



CENTRO UNIVERSITARIO UNIVATES

CURSO DE DIREITO

**A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL
APÓS A EDIÇÃO DA LEI 11.690/2008**

Júlio César dos Santos Hallmann

Lajeado, junho de 2009.

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIVATES
CURSO DE DIREITO

**A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL
APÓS A EDIÇÃO DA LEI 11.690/2008**

Júlio César dos Santos Hallmann

Monografia apresentada na disciplina de Trabalho de Curso II – Monografia, do Curso de Direito, como exigência parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Flávia Colossi Frey

Lajeado, junho de 2009.



Dedico a presente monografia aos meus pais, Roque (*in memoriam*) e Alzira.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela dádiva sublime da vida.

Ao meu pai, Roque A. Hallmann (*in memoriam*), pelos ensinamentos e princípios transmitidos, os quais nunca esquecerei.

À minha mãe, Alzira F. S. Hallmann, pela compreensão dos momentos não compartilhados, por seu incondicional afeto e exemplos de força e determinação demonstrados ao longo de toda a minha existência.

À minha orientadora, Flávia Colossi Frey, pelos inigualáveis ensinamentos, incentivo, paciência, amizade e dedicada orientação externada no decorrer deste trabalho.

Por fim, agradeço à UNIVATES por me proporcionar a realização de mais essa conquista.



Encontrei hoje em ruas, separadamente, dois amigos meus que se haviam zangado um com outro. Cada um me contou a narrativa de por que se haviam zangado. Cada um me disse a verdade. Cada um me contou suas razões. Ambos tinham razão. Ambos tinham toda a razão. Não era um que via uma coisa e outro outra, ou que um via um lado das coisas e outro um lado diferente. Não: cada um via as coisas exatamente como se haviam passado, cada um as via com um critério idêntico ao do outro, mas cada um via uma coisa diferente, e cada um, portanto, tinha razão. Fiquei confuso desta dupla existência da verdade.

Fernando Pessoa

RESUMO

A presente monografia trata acerca das recentes alterações legislativas do Código de Processo Penal (CPP) pátrio, em especial no que tange à Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, que versa sobre a possibilidade da produção probatória *ex-officio* do magistrado, em consonância com os princípios gerais que regem o ordenamento jurídico brasileiro. O trabalho inicia analisando o conceito de sistema processual penal para, em seguida, detalhar as características principais e acessórias dos diversos sistemas processuais penais construídos ao longo da história da humanidade. Ainda, se incute na análise do sistema penal adotado pela República Federativa do Brasil e dos princípios norteadores do processo penal, consoante a Constituição Federal (CF) e o CPP, contrapondo e relacionando-os com o momento histórico de criação de cada diploma legal. Ao final, aprofunda o tema principal do estudo trazendo à baila a Lei 11.690/2008 e a análise doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de o magistrado suprir de ofício eventual carência probatória nos autos do processo penal, atendendo aos fins primordiais a que se propôs nosso Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS CHAVE: Sistema Processual Penal. Instrução probatória. Magistrado.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
art.	artigo
arts.	artigos
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPP	Código de Processo Penal
DJ	Diário da Justiça
DOU	Diário Oficial da União
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LOMAN	Lei Orgânica da Magistratura Nacional
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RI	Regimento Interno
RHC	Recurso Ordinário em <i>Habeas Corpus</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ/RS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	12
2.1 Conceito de sistema.....	12
2.2 Sistema acusatório.....	14
2.3 Sistema inquisitivo.....	19
2.4 Sistema misto.....	24
2.5 Constituição Federal e o sistema processual penal adotado	27
2.6 Código de Processo Penal e seus ideais inquisitivos.....	35
3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL	39
3.1 Princípios: conceito e aplicabilidade.....	39
3.2 Princípio do devido processo legal	41
3.3 Princípio do contraditório.....	42
3.4 Princípio da identidade física do juiz	44
3.5 Princípio do estado de inocência.....	45
3.6 Princípio da busca pela verdade real	50
3.7 Princípio da proporcionalidade	54
4 LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ CRIMINAL	59
4.1 Reforma do Código de Processo Penal com a edição da Lei 11.690/2008	60
4.2 Iniciativa do Estado-Juiz na produção da prova	61
4.3 Iniciativa jurisdicional e a absolvição do réu.....	76
4.4 Breves considerações acerca do anteprojeto de lei relativo ao novo Código de Processo Penal.	81
5 CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS.....	87
ANEXOS	94

1 INTRODUÇÃO

A persecução criminal do Estado face ao indivíduo sempre foi tema de discussões e estudos promovidos por filósofos e doutrinadores, em todos os momentos históricos vivenciados pela humanidade.

A busca pela verdade sempre fascinou o homem, pois essa é uma importante base para uma estável convivência dos homens em sociedade, de forma que, em algumas épocas, se tem notícias do uso de cruéis instrumentos, tanto concretos quanto abstratos, criados com o desiderato de obrigar as pessoas a informarem ou confessarem a verdade, e assim ser provida a idéia vigente de “justiça”.

Desde a origem das sociedades, vários foram os suportes em que líderes, autoridades ou representantes políticos se apoiavam para legitimar a persecução e punição de membros da sociedade que infringiam determinada regra ou princípio, fossem tais de natureza divina ou terrena.

Regressando aos primórdios da civilização, constata-se que os procedimentos de punição eram aplicados, por exemplo, pelo pajé da tribo, sendo de natureza mística e associado a um ritual de superstições, em que a preocupação maior era mais punir o sujeito com o objetivo de inibir a ira das divindades do que propriamente distribuir justiça. Notadamente, nesse momento não eram discutidos os princípios do estado de inocência ou do devido processo legal.

Após, durante o período conhecido como inquisição medieval, o processo penal, adotando o sistema penal inquisitório, seguia ritos sigilosos e secretos, em que a tortura era vista como meio idôneo de extração da verdade.

Nos tempos do absolutismo monárquico, havia a figura do monarca, representante do Estado, que tinha a legitimidade de punir qualquer pessoa e por qualquer motivo, caracterizando-se este período pela irresponsabilidade estatal. Assim, não havia espaço para o surgimento do estudo do direito processual penal, tendo-se apenas a concretização de procedimentos.

Todavia, nas últimas décadas do século XVIII, sobretudo no período que ficou conhecido como Iluminismo, iniciou-se uma seqüência de transformações filosóficas e jurídicas que permitiram o surgimento do direito como ciência. Nesse contexto destacaram-se vários pensadores com marcantes obras tendentes a romper com a antiga ordem: em 1748, Charles de Montesquieu com “O espírito das leis”, trazendo a idéia da tripartição de poderes; em 1762, Jean-Jacques Rousseau com o “Contrato Social”, afirmando que a soberania do poder deveria estar nas mãos do povo; e em 1764, Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria) com seu livro “Dos Delitos e das Penas”, denunciando julgamentos secretos e as torturas empregadas como meio de se obter a prova do crime. Nesse panorama, houve a eclosão da Revolução Francesa em 1789, tendo como lema os famosos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade.

Dessa forma, no século XIX surgiram as condições para o desenvolvimento do direito penal e processual penal, substituindo-se a vontade unitária de uma pessoa pela vontade da lei, de modo que as pessoas passaram a se submeter não mais às vontades de um único indivíduo, mas à vontade extraída de regras impessoais e iguais para todos.

Como conseqüência, em virtude dos milênios de abusos e autoritarismo impingidos à sociedade, houve um apego excessivo à lei, surgindo então, no século XIX, o que ficou conhecido como positivismo jurídico.

Em nosso país, no final do século passado, houve a promulgação da Constituição Federal de 1988, que rompeu com o antigo sistema vigente. O Brasil passou a ser entendido como Estado Democrático de Direito, em que não se busca apenas uma igualdade formal (séc. XIX), mas uma igualdade material.

A CF/88 trouxe os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana como expressos fundamentos. Descreve em seu art. 5º um extenso rol de direitos e garantias individuais, entre eles o princípio da legalidade (inc. XXXIX), o princípio da

individualização da pena (inc. XLVI) e o princípio da presunção da inocência (inc. LVII).

Com a CF/88, o Código de Processo Penal, assim como outros Códigos, foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, sofrendo, todavia, forte influência interpretativa em seu perfil. O preâmbulo da CF/88 apresenta a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito e, em sendo assim, deveria, em tese, adotar um direito processual penal democrático, sendo regido diretamente pela CF/88 em relação à forma e ao conteúdo.

Destarte, vive-se um período de várias alterações nas principais leis do país, configurando-se um novo perfil político democrático da sociedade brasileira. O processo penal, tema do presente estudo, tem sofrido grandes transformações nos últimos 20 anos, principalmente da década de 90 até hoje, culminando num aprimoramento do aparato legislativo do nosso sistema processual penal, com vistas a uma eficiente distribuição de justiça e à constante, mas vagarosa, adequação à Carta Magna.

Todavia, nosso diploma processual penal, apesar de tais atualizações, é datado de 1941, criado em plena vigência da Constituição de 1937, e ainda se apresenta com vários ideais inquisitivos que, por vezes, contrastam diretamente com o ordenamento jurídico constitucional.

Em virtude disso, constata-se conflitos entre o Código de Processo Penal, arraigado aos princípios e influências políticas do tempo ao qual foi “criado” e a CF promulgada em 1988, quanto às regras do processo penal, especialmente quanto à possibilidade da iniciativa da produção de provas ser determinada, de ofício, pelo órgão julgante. Há polêmica acerca deste ponto, o que causa discussões na doutrina quanto na jurisprudência, sendo a intenção desta monografia tentar contribuir para o debate de tão delicada questão.

O nosso atual CPP sofreu significativas alterações no ano de 2008, em especial com a edição da Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, que trouxe novamente a debate a questão da interferência judicial no material probatório produzido nos autos.

Assim, com vistas ao desenvolvimento do tema proposto, o estudo será realizado de forma qualitativa, trabalhando com o exame do alcance e das

interpretações possíveis para o fenômeno estudado, ou seja, dos limites da atuação do juiz criminal na instrução do processo penal (MEZZARROBA; MONTEIRO, 2004).

O método a ser utilizado para a pesquisa e desenvolvimento deste trabalho será o dedutivo, em que, na visão dos autores supracitados, os argumentos passam de gerais para particulares, sendo apresentados os argumentos que se consideram já consolidados para, em seguida, chegar às conclusões formais.

A pesquisa utilizada foi eminentemente bibliográfica, tendo como base a revisão teórica que envolve o estudo da Constituição Federal e seus princípios norteadores, da legislação processual penal, de doutrinadores especializados, artigos de revistas e sites jurídicos, bem como de decisões jurisprudenciais dos Tribunais Estaduais, Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal.

Dessa maneira, o desenvolvimento do estudo inicia apresentando os sistemas processuais históricos, detalhando suas principais características e finalidades, com a subsequente análise do Código de Processo Penal e da Constituição Federal, no que tange aos dispositivos ligados ao tema.

Após, o trabalho se ocupa dos princípios atinentes ao tema e que regem a CF/88 e o CPP, confrontando o contexto político em que estes diplomas foram moldados com a atual interpretação de seus dispositivos.

No derradeiro capítulo, a presente monografia aprofunda o tema principal, com o estudo da reforma do CPP pela Lei 11.690/2008, primordialmente no que tange aos dispositivos que disciplinam a possibilidade ou não da atuação *ex officio* do magistrado na produção probatória do processo penal, bem como as conseqüências daí advindas. Por fim, destaca o recente movimento tendente à reestruturação do CPP segundo a atual égide constitucional.

A relevância do tema mostra-se na persecução do verdadeiro sentido da lei, para que se possa construir um entendimento acerca da real intenção do constituinte derivado quando da referida alteração legislativa. Com isso, proceder-se-á à análise, com clareza de fundamentos, da legitimidade de dispositivos do CPP que permitem à autoridade judiciária ter a iniciativa ou não na determinação de diligências e de produção de prova.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Durante a história da humanidade, vários sistemas penais foram adotados pelas nações em diversos momentos históricos. Os sistemas penais alternaram-se entre o sistema acusatório, sistema inquisitório e o sistema misto, mudando, por conseguinte, as características dos procedimentos penais e métodos de produção e gestão da prova para a avaliação dos fatos e condutas penalmente relevantes.

Tais sistemas correspondem diretamente aos valores e princípios vigentes em cada época respectiva, mostrando a forma que o processo penal foi desenhado nos diversos períodos vividos pela humanidade.

De início, será analisado o conceito de sistema, as principais características dos sistemas processuais penais acima mencionados, de acordo com sua evolução histórica, bem como sua adequação à Constituição Federal de 1988 e ao Código de Processo Penal de 1941, para que então se possa construir conceitos e fundamentos para o seguimento do estudo ventilado.

2.1 Conceito de sistema

Primeiramente, em um sentido genérico, buscando um significado denotativo puro para a palavra, tem-se a seguinte definição:

1. conjunto de elementos, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação.
2. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada.
3. Plano, método.
4. Modo.
5. Costume. (FERREIRA, 1985, p. 444).

Conforme Bobbio (1997, p. 76) sistema “é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências”. Relacionando o termo com o viés jurídico, transcreve-se o conceito firmado por Andrade (2008, p. 30), para quem:

[...] o termo sistema jurídico pode ser inicialmente definido como a reunião, conscientemente ordenada de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente.

Tradicionalmente, o estudo dos sistemas processuais penais é dividido em três modelos conhecidos: acusatório, inquisitivo e misto, sendo que cada sistema possui características próprias de funcionamento, de acordo com a forma que o processo penal foi encarado e os valores da sociedade em cada período histórico.

Embora os estudos doutrinários apontem a adoção de sistemas processuais desde a Idade Antiga, o aprofundamento do estudo dos sistemas processuais penais é muito recente, pois “somente a partir do século XIX é que o Direito Processual Penal passou a receber um tratamento autônomo, desvinculado do Direito Penal” (THUMS, 2006, p. 174).

A adoção de um sistema específico está ligada aos objetivos que visam ser alcançados com processo penal, de modo que aquele se destina a “nortear a atividade processual para que o Estado consiga atingir a *causa finalis* a que se propôs quando jurisdicionizou a persecução penal, submetendo-a à disciplina normativa do Direito Processual” (MARQUES, 2003, p. 62, grifo do autor).

Os sistemas processuais citados são formados por vários elementos que os compõem, e que são responsáveis pela diferenciação entre uns e outros. Assim, Andrade (2008) leciona que os sistemas são formados por elementos fixos e variáveis. Conforme sua classificação, os elementos fixos são os que necessariamente devem estar presentes para a configuração do sistema processual, sendo sua base rígida, de modo que os elementos variáveis têm o condão de dar mobilidade e funcionamento aos sistemas jurídicos, sendo definidos de acordo com o momento histórico vivido pela sociedade, podendo estar presentes ou não, sem que isso interfira na identidade do sistema.

Contudo, os elementos identificadores dos sistemas processuais penais históricos não são consenso no estudo doutrinário, havendo extremas divergências

no que concerne às suas conceituações. Estudando o tema, Andrade (2008, p. 23) pondera que:

[...] cada autor apresenta seu próprio conceito ou descrição dos sistemas acusatório, inquisitivo e misto, tornando muito difícil encontrar duas definições iguais entre aqueles que tratam do tema. [...] O que para um autor pode ser um princípio ou elemento integrante do sistema acusatório, para outro pode corresponder a um princípio ou elemento do sistema inquisitivo. [...] Às vezes, essa dissonância chega a tal ponto que o critério utilizado por um grupo de autores para definir o sistema acusatório é igualmente utilizado por outra corrente doutrinal para definir o sistema inquisitivo.

Em que pese tal discordância, na seqüência passa-se a examinar os sistemas processuais penais históricos, conforme estudo proposto.

2.2 Sistema acusatório

O sistema penal acusatório tem sua origem na antiguidade clássica, especialmente no direito grego, em que sua sistematização era caracterizada pela participação direta do povo tanto no exercício da acusação como no exercício jurisdicional (LOPES JR., 2007). Todavia, embora o povo participasse como julgador e acusador, estas funções eram bem definidas, separadas, e com suas atribuições específicas; ou seja, quem acusava não julgava, e vice-versa.

Demercian e Maluly (2001, p. 56) relatam que esse sistema prima pelas garantias processuais do acusado e pela imparcialidade do julgador, pois “o réu é tratado como sujeito da relação processual e não como objeto. [...] A apreciação das provas incumbe a um juiz imparcial que deverá necessariamente fundamentar sua decisão”.

Partindo da constatação de que o sistema acusatório – ou sistema de partes – vigorou em momentos distintos, Andrade (2008) relata que o sistema em tela deve ser analisado sob dois diferentes momentos: o sistema acusatório clássico, vigente nos direitos ateniense e romano, e o sistema acusatório contemporâneo, ressurgido no século XX.

No sistema acusatório clássico, também chamado de sistema acusatório puro, havia um “predomínio do acusador popular sobre o acusador público” (ANDRADE, 2008, p. 99), bem como, na maioria dos casos, o julgamento era realizado por tribunais populares, a semelhança do nosso atual tribunal do júri.

Entretanto, afirma o autor que o sistema começou a apresentar falhas de exeqüibilidade, com a existência concomitante de vários fatores que levaram o sistema acusatório a ser substituído pelo sistema inquisitivo.

Primeiramente, ressalta a exigência de condições financeiras para o povo iniciar o processo, o que levava os cidadãos com poucos recursos a se omitirem na persecução penal. Esta situação não ocorre, por exemplo, no Brasil, pois existe o órgão estatal denominado Ministério Público, ao qual compete promover, privativamente, a ação penal (CF/88, art. 129, I).

Outro fator citado pelo autor diz respeito à inexistência de proteção aos populares que promoviam a persecução penal, ficando expostos a ameaças diversas e pressões políticas. Por conseqüência, visto que a regra era o início da ação penal por cidadãos comuns, aprimorou-se o distanciamento dos cidadãos comuns desse exercício político. Tal situação contrasta com o atual sistema brasileiro, tendo em vista as garantias asseguradas aos membros do Ministério Público, positivadas constitucionalmente no art. 128, § 5º, I.

Nota-se que naquela época não havia uma instituição de garantias que impulsionassem os cidadãos ao livre exercício de sua função política, de maneira que alguns delitos ficaram sem acusação, iniciando um movimento de proliferação de impunidades (ANDRADE, 2008)

Nessa esteira, Lopes Jr. (2007) afirma que, na época do Império, o modelo acusatório não era mais eficaz para a repressão dos crimes, de modo que a insatisfação com o sistema foi a causa para que os magistrados comesçassem, gradativamente, a invadir a esfera de atribuições dos acusadores privados, sobrevivendo, dessa forma, o sistema penal inquisitivo (ver 2.3).

De outra banda, diferentemente do sistema acusatório clássico, hodiernamente vivenciamos o sistema acusatório contemporâneo, moldado com a presença preponderante de um acusador público, salvo as hipóteses em que a lei expressamente prevê a faculdade do ofendido iniciar a ação penal.

No atual cenário mundial, vários países adotam o sistema acusatório, citando-se a Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, Portugal e Itália, entre outros. No caso de Portugal, sua Constituição prevê expressamente a adoção da estrutura acusatória, conforme dispõe o art. 32, § 5º.

Nesse sistema, ensina Nucci (2008) que as principais características desse sistema são a separação entre o órgão acusador e o julgador, a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo, a publicidade dos procedimentos, o princípio do contraditório e a possibilidade de recusa do julgador, entre outras.

É um sistema em que as partes estão em igualdade de condições, havendo a clara separação de funções atribuídas a pessoas distintas, se desenvolvendo sob os princípios do contraditório, da oralidade, da publicidade e da presunção de inocência (BADARÓ, 2008).

No mesmo sentido, Lopes Jr. (2007) leciona que o sistema acusatório se caracteriza pela iniciativa probatória pertencente às partes, possibilidade de resistência e tratamento igualitário das partes, entre outras, tendo sempre o juiz como um terceiro imparcial.

Ainda, Tourinho Filho (1994) analisa tal sistema como sendo uma garantia do cidadão, estando as partes acusadora e acusada em iguais condições no processo, tudo em consonância com o princípio do contraditório. Ressalta também as separações distintas entre as funções de acusação, defesa e julgamento, tendo o processo caráter público, salvo exceções previstas em lei em que o processo corre em segredo de justiça.

Na visão de Gonçalves *et al. apud* Andrade (2008, p. 117), o sistema acusatório “procura promover uma igualdade de poderes entre a acusação e a defesa na actuação processual, estando o Juiz numa atitude passiva de forma a que o julgamento decorra de modo independente, numa posição *super partes*”.

Acrescentado outras características, Mossin (1998, p. 19) doutrina que neste sistema “não pode o juiz provocar sua própria jurisdição, fica esta na dependência das partes, [...], livre convicção quanto à apreciação das provas, [...], a sentença faz coisa julgada”.

Dessa forma, na visão de Barreiros *apud* Mossin (1998, p. 18):

No tipo acusatório o argüido é verdadeiramente uma parte processual, em posição de igualdade com a parte acusadora, pública ou privada, que aqui surge com autonomia e sem qualquer relacionamento com a autoridade encarregada do julgamento [...].

No que se refere à gestão da prova, Lopes Jr. (2007) afirma que o sistema acusatório adota o princípio dispositivo, em que a responsabilidade da produção e carreamento da prova aos autos é das partes, sendo o juiz mero espectador.

Assim, a principal crítica dirigida a esse sistema tem relação com o comportamento passivo do magistrado, visando à imparcialidade, mas que pode vir a infligir às partes e à sociedade uma possível ineficiência, culminando com uma queda na credibilidade do poder judiciário.

Andrade (2008, p. 389) alerta que o sistema penal acusatório deve manter uma eficiência em seus objetivos precípuos, sob pena de a estrutura do sistema ruir:

[...] o que sempre motivou o renascimento do sistema inquisitivo foi a falência do sistema acusatório, em razão da forma como este último estava estruturado. E, para que isso não volte a ocorrer, o sistema acusatório deve estar formado por elementos que garantam a defesa da sociedade contra a criminalidade [...].

Sobre a gestão da prova no sistema acusatório, Ada Grinover *apud* Souza (2008) ressalva que o sistema pode se valer do modelo *adversarial system* ou do *inquisitorial system*: no primeiro, a gestão da prova compete exclusivamente às partes, assumindo o juiz uma postura completamente passiva na instrução do feito, tendo relação com o sistema acusatório clássico; no segundo modelo, é permitido ao magistrado, em alguns casos, determinar de ofício a produção de prova ou a realização de diligências para esclarecimentos.

Destarte, salienta-se que neste sistema não há hierarquia entre as provas colhidas (prova tarifada), sendo que sua valoração pode ocorrer de forma subjetiva no momento em que o julgador prolatar a sentença. Isso faz com que não haja um direcionamento das partes na busca de determinados tipos de provas, pois todos os meios probatórios estarão em pé de igualdade na consideração do juiz.

Badaró (2008) considera aceitável a possibilidade de se dotar o magistrado de poderes instrutórios *ex officio*, haja vista que o moderno processo acusatório poderia assumir a feição de *inquisitorial system* devido a sua evolução.

É importante ressaltar que o sistema acusatório inspirado no modelo *inquisitorial system* não é sinônimo do sistema penal inquisitivo, o qual será tratado no próximo item.

Entretanto, deve-se analisar quais características formam a base sólida do sistema acusatório, ou seja, os elementos que sempre se fizeram presentes ao longo da história, haja vista que nem todos são essenciais para sua configuração.

Segundo Andrade (2008), o princípio da publicidade não é requisito essencial para se caracterizar um sistema de acusatório, haja vista que tanto no sistema clássico (Atenas e Roma) havia exceções a vigência deste princípio. Ainda, no sistema contemporâneo, temos a restrição deste princípio quando está em jogo a intimidade do ofendido, conforme preceitua a recente alteração do art. 201 do Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008.

Na visão do autor supracitado, o princípio do contraditório não seria, igualmente, um elemento fixo do sistema acusatório, pois mesmo neste sistema o juiz pode proferir decisões *inaudita altera parte*, principalmente em processos cautelares, onde este princípio é temporariamente suprimido em prol de se resguardar o direito pleiteado de um possível perecimento antecipado. Nesse sentido, também pode ser afastada a regra da liberdade do acusado, pois no sistema contemporâneo há a possibilidade de o juiz decretar a prisão preventiva do réu sem que isso descaracterize o sistema acusatório.

Mais tormentosa é a questão da passividade judicial. A doutrina majoritária se inclina a erigir a passividade judicial como elemento precípua do sistema acusatório. Entretanto, o mesmo autor ressalta que na Inquisição Espanhola, regulamentada em 1484, não só não havia autorização para que os magistrados produzissem outras provas além das carreadas pelas partes, como também eram autorizados a buscar testemunhas que depusessem em favor do acusado.

Ainda, verificando-se a possibilidade de dois modelos de produção de provas (*adversarial / inquisitorial*), que influenciará diretamente na atividade ou passividade do juiz na gestão da prova, se conclui que a passividade judicial não pode ser considerada essencial para a caracterização do sistema acusatório, pois “a inércia judicial poderá estar presente ou ausente nos processos de natureza acusatória, em razão do que o legislador entenda ser mais adequado aos costumes e cultura jurídica de seu país” (ANDRADE, 2008, p. 249).

Entretanto, no que tange ao princípio acusatório, ou seja, a atribuição de funções a pessoas distintas, acusador e julgador, vislumbra-se que esse é um

elemento que se pode caracterizar como base fixa do sistema, haja vista que “está presente tanto no sistema clássico quanto no contemporâneo, e não apresenta nenhuma exceção nos países que adotaram ou ainda adotam o sistema acusatório” (ANDRADE, 2008, p. 246).

De outra banda, na visão do mesmo autor, o processo somente é aberto com a apresentação da acusação ao órgão judiciário, posto que o início do processo acusatório corresponde ao início da fase de julgamento, com o exercício da defesa e a instrução processual. Assim, esse seria o segundo elemento fixo do sistema acusatório, sendo que os demais seriam elementos variáveis e intermitentes.

Compilando as ponderações transcritas, constata-se que este é um sistema que prima pelo respeito à pessoa do acusado, preocupando-se com a imparcialidade do julgador, com a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, podendo adotar modelos diferenciados de gestão da prova, o qual será definido de acordo com a cultura e os valores da sociedade.

2.3 Sistema inquisitivo

A expressão “inquisitivo” tem sua origem em Roma, onde, segundo Carrara *apud* Demercian e Maluly (2001, p. 58), havia “cidadãos excepcionalmente encarregados pelo Senado de investigar certos delitos especiais”. Na mesma linha, Netto (2008, p. 26, grifo do autor) manifesta que “o processo do tipo inquisitório nasceu em 1215, com o Concílio de Latrão, e consolidou-se com a *bula Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252”.

Afigura-se o consenso doutrinário de que o sistema inquisitivo sucedeu ao sistema acusatório clássico no período medieval. Entretanto, em entendimento minoritário, Andrade (2008), afirma que, ao contrário, o sistema inquisitivo teria sido precursor no direito ateniense que, baseada em uma sociedade oligárquica, legitimava os magistrados para iniciar, proceder à instrução e julgar as demandas da época. Entretanto, teria sido substituído pelo sistema acusatório por volta de 640 a.C., por conta de conflitos internos decorrentes da opressão social que era impingida ao povo.

Nos dizeres de Netto (2008), inicialmente o sistema inquisitivo teria nascido com o intuito de suprimir as injustiças que emergiam do sistema acusatório clássico;

não obstante, os detentores do poder viram no sistema uma poderosa forma de controle, desvirtuando seus objetivos originais e se transformando em um instrumento de opressão.

Assim, de acordo com a evolução dos sistemas processuais penais, constata-se que o sistema penal inquisitório é costumeiramente encontrado em nações que primam pelo autoritarismo estatal em detrimento dos direitos individuais. Nesse sistema, “confundem-se as atividades do juiz e acusador, [...], o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre juiz-inquisidor e o acusado” (LOPES JR. 2007, p. 63).

É um sistema que se manifesta em períodos históricos ligados à necessidade de o Estado impor suas idéias unilateralmente, de forma que afasta de plano a opinião popular quanto aos métodos utilizados para condução social religiosa e política, sendo encontrado em governos monárquicos e ditatoriais (ANDRADE, 2008).

A origem do sistema inquisitivo está diretamente ligada à falência do sistema acusatório, de modo que, somado à estagnação cultural na idade média, este sistema se baseou em procedimentos de torturas e agressões físicas. Lopes Jr. (2007, p. 60) argumenta que “os juízes começaram a proceder de ofício, sem acusações formais, realizando eles mesmos a investigação e posteriormente dando a sentença”.

Comparando-o ao sistema acusatório, tem-se que o sistema inquisitivo possui características diametralmente opostas àquele, porquanto “o juiz é o diretor do procedimento e concentra as funções de acusar e julgar” (DEMERCIAN; MALULY, 2001, p. 58).

Conforme leciona Andrade (2008, p. 277) “o procedimento deveria ser simples, expedito e sem juiz e advogados. Não era permitido dar a conhecer o conteúdo das imputações ao suposto herege, assim como não se admitiam os debates e apelações”.

O sistema inquisitivo prima pela celeridade dos julgamentos, restringindo ao máximo as garantias do acusado, pois seu objetivo precípuo era atingir uma verdade

absoluta – mediante a confissão, preferencialmente - com a prolação de uma sentença temporalmente próxima ao crime investigado.

Neste sistema, “o acusado é, na verdade, objeto do processo (e não sujeito de direitos) e não tem, como conseqüência, a proteção de qualquer garantia substancial” (DEMERCIAN; MALULY, 2001, p. 59). Com esta orientação, um modelo processual baseado no sistema inquisitivo tem como norte apurar os fatos a qualquer custo, falecendo ao acusado qualquer relevância processual, sendo tratado apenas como um meio de se extrair a verdade.

Na acepção de Badaró (2008), é um sistema entendido como a busca da verdade através da autoridade do juiz inquisidor, estando este autorizado a proceder à tortura para que se obtenha a confissão. Ainda, não existe a figura do contraditório e a igualdade entre as partes, sendo o processo escrito e secreto.

Conforme Nucci (2008, p. 116), o sistema penal inquisitório “é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador”. Ainda, os procedimentos são sigilosos e somente escritos, sendo a defesa meramente decorativa, pois não há debates orais ou contraditório. Acrescenta Andrade (2008) que a base ideológica do sistema inquisitório tinha como norte a natureza pecadora do homem, razão pela qual este escondia a verdade quando inquirido.

Assim, havia uma concentração exacerbada de poder nas mãos do juiz-inquisidor, de modo que, na condução do processo, tinha plenos poderes de iniciar a persecução penal, promover a acusação, investigar os fatos, sentenciar o acusado e, por fim, promover a execução da pena (LOPES JR., 2007).

Na visão de Mossin (1998, p. 18), neste sistema “o juiz tem a tarefa de acusar, defender e julgar, sempre se sobrepondo à pessoa do acusado”, bem como a decisão proferida no processo “jamais transita em julgado, podendo o processo ser reaberto a qualquer tempo”.

Acrescenta Marques (2003) que o princípio do segredo é predominante nesse sistema, tramitando o procedimento em sigilo e sem a utilização do contraditório às provas trazidas aos autos, bem como o uso da tortura nas diligências investigativas.

Com este pensamento, o sistema inquisitivo abandonou o “*princípio ne procedat iudex ex officio*”, inclusive para permitir a denúncia anônima, pois o nome do

acusador era mantido em segredo” (LOPES JR., 2007, p. 66, grifo do autor). Também afirma o autor que nesse sistema a prisão era a regra, de maneira que o acusado ficava desde logo à disposição do inquisidor para que este iniciasse os procedimentos de tortura, objetivando a produção da rainha das provas – a confissão.

No que se refere à produção da prova, o sistema inquisitório adota o princípio inquisitivo, onde há a prescindibilidade de um acusador distinto do juiz, bem como a gestão da prova é atribuição do julgador que, assumindo postura ativa na confecção do conjunto probatório, ignora o contraditório com o comprometimento da imparcialidade.

De outra banda, neste sistema ocorre a chamada hierarquia entre as provas (prova tarifada), pois há uma valoração prévia e objetiva entre as provas produzidas. Conforme Andrade (2008, p. 372), a confissão do acusado “era a prova que tinha mais valor no processo”, ao passo que o testemunho ocupava o grau mais baixo de valoração. Assim, mesmo se houvesse um conjunto probatório que favorecesse o réu, em havendo confissão esta prevaleceria sobre as demais provas, haja vista o nível de importância que o sistema lhe conferia.

Criticando tal sistema, Marques (2003, p. 65) o descreve alegando que “além de incompatível com os fundamentos das garantias individuais, apresenta inúmeras imperfeições, [...] poucas garantias de imparcialidade e objetividade”. De fato, no sistema havia graves falhas, pois se alguém formula uma acusação contra outrem, por certo está convencido da culpabilidade deste, de modo que o correto seria que o julgamento fosse feito por outra pessoa (MOSSIN, 1998).

Sobre os condenáveis métodos de extração da verdade, Tasse, Miléo e Piasecki (2008) afirmam que a tortura era entendida como prova de fé, sendo amplamente utilizada na Idade Média e tendo o apoio da população e de pensadores da época, que a entendiam como imprescindível no enfrentamento das ameaças demoníacas. Assim, mais de 36.000 (trinta e seis mil) templários foram cruelmente assassinados com o emprego de impensáveis meios de tortura, em questão de três anos (1307-1310).

Andrade (2008) afirma que a tortura era utilizada quando havia contradições nas declarações do acusado, ou quando havia confissão parcial sem provas colhidas neste sentido.

Um personagem marcante da história mundial - Galileu Galilei, físico e astrônomo italiano – ficou conhecido por ser condenado pela Inquisição Católica a abjurar seus estudos publicamente, pois argumentava em seu livro – Diálogo sobre os Dois Máximos Sistemas - ser possível o sistema desenvolvido por Copérnico, segundo o qual a Terra girava em torno do Sol - sendo este o centro do universo. A Igreja, assumindo para si a competência de interpretar e dizer a verdade, reagiu negativamente às afirmações de Galileu, pois acreditava que Deus tinha colocado o homem no centro do universo, motivo pelo qual todos os astros e planetas giravam em torno da Terra.

Após diversos interrogatórios secretos e a aplicação de procedimentos de tortura, Galileu Galilei foi obrigado pelo Santo Ofício a assinar a abjuração de seu livro, prometendo não mais disseminar heresias. Na sentença, assim se pronunciou o juiz Ginetti:

Decretamos que o livro Diálogo, de Galileu Galilei, seja publicamente interdito; e quanto a vós, vos sentenciamos ao encarceramento, ficando este a cargo do Santo Ofício, por um período a ser determinado; e como penitência deveis repetir sete salmos por semana durante três anos. (CLARET, 2001, p. 122).

Segundo consta, após a abjuração de sua obra e a prolação da sentença, Galileu teria murmurado a famosa frase "*eppur si muove*", o que traduzido significa "contudo, ela se move", em referência ao planeta Terra girar em torno do Sol.

Entretanto, por mais aterrorizante, absurdo e inimaginável que este sistema penal possa parecer, seja em virtude das cruéis formas de tortura empregadas, seja em razão das autoritárias decisões proferidas por inquisidores, não se pode olvidar que, à época, este sistema estava assentado em fundamentos teóricos, contando com o apoio de maioria absoluta da população. A sociedade da época via nas praxes inquisitoriais um modelo eficaz de controle do demônio, sendo necessário o combate àqueles que seguiam o mal, o que justificou a sustentação do sistema por cerca de quatro séculos (TASSE; MILÉO; PIASECKI, 2008).

Tamanho era o rigor do sistema que mesmo os mortos poderiam ser processados por heresia, de maneira que, em algumas situações, os bens do *de cujus* poderiam ser objeto de confisco e atribuídos ao Santo Ofício (THUMS, 2006).

Entretanto, para sua configuração, deve-se analisar quais os pontos que estruturam a base deste sistema, para que se possa chegar aos elementos fixos que sempre estiveram conduzindo esse sistema ao longo da história.

Segundo Andrade (2008), os elementos fixos do sistema inquisitivo são a possibilidade de início do processo através da *notitia criminis*, por ato de juiz inquisidor ou mediante uma acusação, bem como a prescindibilidade da distinção de funções entre acusador e juiz. Isso porque o segredo processual, a ausência de contraditório, a desigualdade de armas e a concentração das atribuições de instrução e julgamento do processo nas mãos do juiz são características que não se mantiveram constantes ao longo da história.

Esse sistema vigorou até o início do século XIX e foi à falência devido ao seu rigor excessivo aliado ao comprometimento da imparcialidade dos julgadores; neste cenário, ocorreu a Revolução Francesa, trazendo consigo princípios de valorização do ser humano e movimentos filosóficos que gradualmente retiraram do mundo jurídico as características do sistema inquisitório (LOPES JR., 2007).

2.4 Sistema misto

O sistema penal misto, também denominado de sistema reformado ou napoleônico, teve seu nascedouro após a Revolução Francesa, trazendo em seus fundamentos a junção das características do sistema inquisitório e acusatório (NUCCI, 2008).

Da mesma maneira que ocorreu a transição do sistema acusatório clássico para o sistema inquisitivo, a sociedade da época estava descontente com este último sistema, marcado pelas desumanidades e freqüentes erros judiciais, motivo pelo qual foram resgatados os valores de igualdade, tolerância religiosa e extinção da tortura com o movimento conhecido como Iluminismo (ANDRADE, 2008).

Também, o ressurgimento do respeito à dignidade humana, fruto do Iluminismo, faz com que se acelere a ruína do sistema inquisitivo e se estabeleça o predomínio da razão sobre os procedimentos (THUMS, 2006).

A doutrina majoritária marca o nascedouro do sistema misto a partir do Código de Instrução Criminal Francês (*Code d'Instruction Criminelle*), concebido em 27 de novembro de 1808. Com relação a este diploma, Lopes Jr. (2007, p. 70) afirma que “foi pioneiro na cisão das fases de investigação e juízo”.

Corroborando tal informação Mossin (1998, p. 33), para quem “não resta a menor dúvida de que a forma mista teve sua origem e aplicação pela primeira vez na França, quando a Revolução Francesa fez expungir da legislação desse país o sistema inquisitório puro”.

Acrescenta Andrade (2008) que o grande mérito do *Code* foi extinguir a tortura dos procedimentos penais e do sistema da prova legal, bem como adotar o livre convencimento motivado nas decisões judiciais, sob pena de nulidade.

Aceitando essa origem, o sistema penal misto pode ser denominado como sistema reformado ou sistema napoleônico, por agregar elementos dos sistemas acusatório e inquisitório, compreendendo as fases de instrução e julgamento: a primeira tendo por objeto a investigação do crime, marcada pelo sigilo, e a segunda contendo a publicidade e o contraditório (MOSSIN, 1998).

Nucci (2008) ressalta que o sistema misto se desenvolve, primeiramente, numa fase preliminar de investigação, de onde se extraem pontos claramente inquisitórios, sendo seguido, após, da fase judicial, onde se percebem nitidamente os componentes ligados ao sistema acusatório.

Calha trazer à baila a lição de Lopes Jr. (2007, p. 70), afirmando que “a divisão do processo em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter ‘misto’”.

Assim, o processo tem uma estrutura mesclada, se desenrolando com a adoção de duas fases distintas e adaptando elementos dos dois sistemas penais já relatados: o inquisitivo e o acusatório, nessa ordem.

Atualmente, Espanha e França são exemplos de adoção do sistema misto, onde o processo é dividido em duas fases: a) investigação, conhecida como juizado de instrução e b) instrução, ambas presididas por magistrados. Todavia, Andrade (2008, 201, grifo do autor) ressalta que “aquele que *instruir* (no sentido de investigar) não poderá ser o mesmo encarregado da fase de produção de provas e do julgamento do processo”.

A fase inicial do processo ficou conhecida como “juizados de instrução”, haja vista que nessa primeira fase a investigação criminal é presidida por um juiz, que tem a função de conduzir a investigação promovida pela polícia judiciária, sendo que aquele estaria excluído da segunda fase processual, qual seja, a fase que se inicia no momento da acusação (ANDRADE, 2008).

O autor afirma que este sistema foi pensado para resolver os problemas verificados nos modelos anteriores, pois:

A impunidade do sistema acusatório seria solucionada em razão do modo como o sistema misto autorizaria o início de seu processo punitivo (...), e a perda de imparcialidade do julgador – presente no sistema inquisitivo – seria mitigada com a presença obrigatória de um acusador distinto do juiz (princípio acusatório). (ANDRADE, 2008, p. 438)

Todavia, há autores que negam a existência do sistema penal misto, haja vista ser originário dos sistemas vigentes (acusatório / inquisitivo), não podendo ser classificado como um terceiro sistema por não possuir autonomia. Para Coutinho *apud* Andrade (2008) cada sistema possui um princípio unificador, o que não acontece com o sistema misto, o que revelaria a inexistência deste como sistema autônomo. Para Thums (2006, p. 231), “o sistema misto certamente não é um sistema, mas um amontoado de regras”.

Agregando características dos dois sistemas detalhados anteriormente, o sistema misto seria fundado em um elemento fixo do sistema inquisitório e do sistema acusatório, sendo o primeiro elemento concernente à possibilidade de o processo não ser iniciado pela acusação e o segundo relacionado ao princípio acusatório.

Assim, um sistema processual de um país é dito como “misto” se a abertura do processo se dá sem a necessidade de acusação, podendo ser por *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz, combinado com a necessidade de o acusador ser pessoa distinta da pessoa do juiz – o que se chama de princípio acusatório. Os demais

elementos dos sistemas acusatório e inquisitivo também fazem parte do sistema misto; entretanto, são classificados como variáveis (ANDRADE, 2008).

2.5 Constituição Federal e o sistema processual penal adotado

A existência de pontos controvertidos entre a Constituição Federal promulgada em 1988 e o Código de Processo Penal datado de 1941 é assente, isso porque o Código é revestido de traços inquisitórios em contraponto à Constituição promulgada com princípios acusatórios.

Conforme descreve Lenza (2009), o Brasil já teve oito Constituições em sua história. A primeira foi a Constituição do Império, outorgada por Dom Pedro I, no ano de 1824, caracterizada por uma grande concentração de poder nas mãos do Imperador, e também por uma centralização administrativa e política. A mais importante peculiaridade desta Constituição foi a criação de um quarto poder Estatal; além do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, foi criado o Poder Moderador, exercido pelo próprio Imperador.

Após dois anos da proclamação da república, foi promulgada pela Assembléia Constituinte a Constituição de 1891, tendo como relator Rui Barbosa, estabelecendo o sistema presidencialista de governo, o federalismo como forma de estado e a República como forma de governo.

A terceira Constituição brasileira, a de 1934, “sofreu forte influência da Constituição de Weimar da Alemanha de 1919, evidenciando, assim, os direitos fundamentais de 2.^a geração ou dimensão e a perspectiva de um Estado Social de Direito” (LENZA, 2009, p. 61), sendo marcada por consagrar o voto feminino e o voto secreto, bem como introduzindo no ordenamento jurídico remédios constitucionais, tais como o mandado de segurança e a ação popular.

Ainda, três anos após, em plena ditadura de Getúlio Vargas, foi outorgada a Carta de 1937, “apelidada de ‘Polaca’ em razão da influência sofrida pela Constituição polonesa fascista de 1935” (LENZA, 2009, p. 64), sendo o berço do código processual penal ainda vigente, em um cenário marcado pela 2^a Guerra Mundial.

Na década seguinte, após o desfecho da 2ª Guerra Mundial, em um clima de redemocratização, a Assembléia Constituinte promulgou nossa 5ª Constituição, a de 1946, influenciada, entre outras, pela Constituição norte-americana (modelo de federalismo) e pela Constituição Francesa de 1848 (BARROSO, 2000). Foi marcada por reconhecer o direito de greve aos trabalhadores, bem como de estabelecer Brasília a capital da nação.

Seguindo a história, surge a Carta de 1967, elaborada em plena ditadura militar sob o comando do Marechal Humberto Castelo Branco. Neste período, houve uma restrição às liberdades individuais e às garantias fundamentais, deixando como herança a figura do Decreto-Lei, ato normativo editado unilateralmente pelo Presidente da República.

Já em 17/10/1969, por força da Emenda nº 1, foi outorgada a Carta de 1969, sendo a 7ª Constituição brasileira, momento em que a nação passou a ser governado por juntas militares, intensificando-se o desrespeito à democracia e à liberdade.

Então, com o fim da ditadura militar e o movimento “diretas-já”¹, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, a 8ª Constituição da história brasileira, conhecida como Constituição Cidadã, em virtude da ampliação dos direitos políticos e sociais, mantendo o país como uma república presidencialista e um estado federativo. Conforme afirma Barroso (2000, p. 42), a CF/88 foi a “reconquista dos direitos fundamentais, notadamente os de cidadania e os individuais, simbolizando a superação de um projeto autoritário, pretensioso e intolerante que se impusera ao país”.

No que diz respeito às garantias fundamentais do cidadão expressas no texto constitucional, cita-se o tratamento igualitário às partes, a ampla defesa, a garantia da tutela jurisdicional, o devido processo legal, o princípio do estado de inocência e a publicidade dos atos processuais e sua motivação, ente outras.

Todavia, há divergência na doutrina quanto ao sistema penal adotado pelo Brasil.

¹ Movimento social que objetivava a instituição de eleições diretas para Presidente da República no país, rompendo com o sistema de eleição pelo modo indireto.

Direcionando o tema à esfera processual penal, vislumbra-se que a CF/88 instituiu o Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, atribuindo-lhe várias funções institucionais, entre as quais a encartada no art. 129, inciso I, onde o texto constitucional determina que “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Esta atribuição tem o caráter de obrigatoriedade, desde que haja no inquérito policial elementos probatórios suficientes ao oferecimento da denúncia pelo *parquet*, ressaltando-se a necessidade de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça no caso de ser condicionada (NUCCI, 2008).

Lenza (2009) destaca que a única exceção a esta atribuição está prevista no próprio texto constitucional, no art. 5º, inciso LIX, onde há a possibilidade de ser ajuizada ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for ajuizada no prazo estabelecido em lei. Tal permissão encontra-se também no art. 29 do CPP.

Sobre o tema, é pacífico o entendimento doutrinário no que concerne à função privativa do MP na promoção da ação penal pública:

[...] havendo um crime cuja persegüibilidade é de ação penal pública, compete ao Ministério Público, na qualidade de dominus litis, invocar o Poder Judiciário, pedindo a aplicação do preceito secundário contido na norma sancionatória àquele que violou a lei penal (MOSSIN, 1998, p. 62).

Tal atribuição foi reforçada pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, dando nova redação ao art. 257 do CPP, dispondo: “Ao Ministério Público cabe: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código. [...]”

É a materialização do brocardo jurídico conhecido como *ne procedat iudex ex officio*, de onde se afere que “cumpre à acusação delimitar a área de incidência da jurisdição penal e também movimentá-la através da propositura de ação penal” (MARQUES, 2003, p. 205). Entretanto, certa celeuma vem à tona quando se discute se a extensão da palavra “privativamente” compreende a iniciativa privativa da gestão da prova no processo criminal.

Conforme Gomes *apud* Andrade (2008, p. 206), se ao Ministério Público foi atribuída a competência privativa da ação penal pública, da mesma forma deve-se

entender a gestão da prova, sendo o marco que divide o sistema acusatório do inquisitivo.

Em sentido contrário, Andrade (2008, p. 395) entende que o juiz está proibido apenas de iniciar o processo, não havendo restrição quanto a agir de ofício durante a instrução criminal:

[...] o brocardo *nemo procedat iudex ex officio* não significa que o juiz não esteja autorizado a agir de ofício, no curso do processo, em determinadas situações. Basta lembrar que a palavra *procedat*, quando aplicada em âmbito jurídico, não significa outra coisa senão a proibição de o juiz iniciar, por ato próprio, o processo que irá julgar.

Em julgamento à apelação criminal nº 70006183826, o TJ/RS afirmou expressamente que o art. 156, do CPP, agride frontalmente o art. 129, inciso I, da CF/88, haja vista que o texto maior teria legitimado privativamente o MP para a promoção da ação penal pública e para a gestão da prova penal:

[...] SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. ARTIGO 156, DO CPP. AGRESSÃO AO ARTIGO 129, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AO JUIZ É VEDADO PERSEGUIR PROVA. [...] **O texto do artigo 156, do CPP, proclamado pela acusação, fere expressamente a norma constitucional, quer genericamente diante da recepção do sistema processual acusatório, quer especificamente em seu artigo 129, I (onde resguarda o princípio da inércia da jurisdição):** eis a regra básica do jogo no sistema processual democrático: um acusa (e prova), outro defende e outro julga - não se pode cogitar da inquisitorial relação incestuosa entre acusador e julgador. [...]. (Apelação Crime Nº 70006183826, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 28/05/2003, grifo nosso).

Nesse diapasão, Tasse, Miléo e Piasecki (2008, p. 40) afirmam que “ao Ministério Público cabe privativamente buscar a satisfação do poder de punir do Estado, recaindo desta maneira sobre seus ombros o ônus de provar os fatos constitutivos, autoria e materialidade”.

De seu turno, Lopes Jr. (2007) afirma que “frente ao inconveniente de ter que suportar uma atividade incompleta das partes (preço a ser pago pelo sistema acusatório), o que se deve fazer é fortalecer a estrutura dialética e não destruí-la, com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz”. Assevera o autor que é insuficiente a CF/88 legitimar o MP a promover privativamente a ação penal e o CPP conferir ao juiz postura ativa na produção da prova, a exemplo dos arts. 156, 209, 212, 234, 242 e 616 deste.

Em sentido contrário, Andrade (2008) relata que a legitimidade acusatória do MP não determina, por consequência, a inércia do juiz em melhorar o conjunto

probatório que lhe é posto a disposição pelas partes, afastando de plano vínculo obrigatório dessa atividade com o sistema inquisitivo. Nesse sentido afirma o autor:

[...] os Ministérios Públicos alemão, português e italiano são tão titulares da ação penal pública quanto o brasileiro. Contudo, isso não foi obstáculo a que, em seus países, o legislador entendesse por conceder poderes ao julgador para determinar a realização de provas não produzidas pelas partes. [...]. E nem por isso a doutrina internacional aponta esses países como seguidores do sistema inquisitivo.

Todavia, em relação a Portugal, sua Corte Constitucional declarou inconstitucional o art. 40 do Código de Processo Penal português, pois permitia que o magistrado participasse da instrução que precedia a acusação, o que não se coadunava com o sistema penal acusatório expressamente previsto (THUMS, 2006).

A elucidação deste ponto não é tarefa das mais simples, pois há a necessidade de, primeiramente, identificar o sistema penal adotado pelo Brasil e seu respectivo modelo, para somente então analisar a extensão dos poderes privativos conferidos ao MP e a conseqüente faculdade do juiz na gestão da prova.

Conforme o entendimento de Nucci (2008, p. 117), “o sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto”; complementa afirmando que na fase preliminar de investigação vislumbram-se características essencialmente inquisitórias, seguida da fase judicializada, na qual se notam claramente os elementos relativos ao sistema acusatório. Confirmando o hibridismo de nosso ordenamento, o autor ressalta que temos “um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório”, o que evidenciaria o sistema misto.

Em sentido contrário, Andrade (2008, p. 458) descarta a adoção do sistema misto pelo Brasil, haja vista que, com base no *Code d’Instruction Criminelle* francês de 1808, vislumbra-se que “a investigação criminal fazia parte do processo penal propriamente dito, não sendo, portanto, uma atividade meramente administrativa, como hoje a atividade policial é encarada por nós”. Assim, o sistema processual brasileiro não se enquadraria no sistema misto, pois o inquérito policial (IP) se constitui em uma fase pré-processual, não se podendo falar em ação penal ou em partes (autor / réu).

Todavia, face à dificuldade de se evidenciar o sistema adotado pelo ordenamento jurídico, Thums (2006, p. 175) afirma que o Brasil não possuiria

nenhum sistema, “porque ser misto corresponde a não existir nada definido, tudo é possível na área processual penal”.

Para Gomes, Cunha e Pinto (2008, p. 280), em comentário as alterações proporcionadas pela Lei 11.690/08, em especial o art. 156, explicitam o afastamento do sistema acusatório, comentando:

[...] 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.

No diapasão doutrinário de Lopes Jr. (2007, p. 71) o nosso sistema processual é um “monstro de duas cabeças (inquérito policial totalmente inquisitório e fase processual com ‘ares’ de acusatório), [...], nossa realidade diária nos foros e tribunais do país inteiro”. Indo além e, confrontando o CPP frente à CF/88, assevera que “o **processo penal brasileiro é inquisitório, do início ao fim**, e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à necessária filtragem constitucional” (p. 77, grifo do autor).

Com entendimento contrário, afirma Souza (2008, p. 26) que a sociedade está “diante de uma constituição que adotou expressamente o sistema acusatório”. O mesmo entendimento tem Prado (1999, p. 171), para quem a CF/88 adotou um sistema acusatório com características do *adversarial system*, e que “embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou”.

Sobre o modelo *adversarial*, existente em países de cultura anglo-saxônica, Zilli (2003, p. 45) expõe que

[...] constituiria um meio extremamente eficaz de prevenção contra qualquer abuso do poder estatal por ato dos seus representantes, dentre os quais o juiz, ficando afastada a possibilidade de formação de juízos de convicção prematuros sobre uma dada prova os quais poderiam dar causa a conclusões apressadas, invariavelmente impossíveis de serem superadas.

Assim, deduz-se que, se o sistema adotado pelo Brasil foi o acusatório, por certo adotou o modelo *inquisitorial system*, pois da legislação infraconstitucional (CPP) resta claro o intuito do legislador em promover uma atuação subsidiária do magistrado, conforme situações previstas em lei.

Contrariando o entendimento de Prado (1999) e Souza (2008), Andrade (2008) nega a adoção do sistema acusatório, tendo em vista que a atribuição da

titularidade da ação penal ao Ministério Público ocorreu tanto no sistema misto nascido na França quanto na Inquisição Espanhola.

Entretanto, a doutrina realmente se inclina no sentido de que no Brasil vigora o sistema acusatório, pois o inquérito policial não integra a ação penal, sendo, por vezes, dispensável, bem como porque “o processo tem estrutura acusatória e a previsão de uma fase investigatória preliminar não lhe retira essa conotação” (DEMERCIAN; MALULY, 2001, p. 59).

Nessa senda, embora a persecução penal se inicie com o inquérito policial, onde não há o princípio do contraditório e publicidade, isto não altera o sistema acusatório vigente em nosso país, pois o que caracteriza tal sistema é a maneira como se desenvolve o processo judicial, sendo o inquérito apenas procedimentos administrativos (MOSSIN, 1998).

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça gaúcho tem entendimento consolidado acerca da adoção do sistema acusatório pela CF/88. Destaca-se o seguinte precedente:

ESTELIONATO. PRETENSÃO PUNITIVA ABANDONADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. **No sistema acusatório consagrado na Constituição Federal**, não pode o magistrado levar adiante a pretensão punitiva já abandonada pelo seu autor, à vista das provas produzidas. [...]. (Apelação Crime Nº 70022113773, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 19/12/2007, grifo nosso)

Todavia, ao mesmo tempo em que a Lei 11690/08 manteve vários dispositivos do Estatuto Penal Adjetivo no que concerne à atuação *ex officio* do juiz, a Lei 11719/08 substituiu a redação do art. 538, revogando-o. Tal art. previa a possibilidade do magistrado “[...] proceder às diligências indispensáveis ao esclarecimento da verdade, quer tenham sido requeridas, quer não [...]” Ainda, foi revogado o § 4º do mesmo art., que previa possibilidade ao magistrado de, após inquiridas as testemunhas de defesa, marcar para um dos cinco dias seguintes a continuação do julgamento, caso entendesse a necessidade de realização de diligências.

Face ao Código de Processo Penal vigente somado às mais diversas legislações esparsas produzidas pelo legislador, fica difícil a caracterização do sistema adotado pelo Brasil. Nesse sentido, Thums (2006, p. xx) critica a atuação do Poder Legislativo Federal, asseverando que este “não possui nenhum compromisso

no sentido de desenvolver um sistema processual, eis que edita leis sob o impulso da mídia e do casuísmo, sem respeitar o princípio fundante”.

Andrade (2008, p. 460) afasta de plano a adoção do sistema acusatório, ressaltando que, em pelo menos duas situações, a ação penal condenatória pode ser iniciada por magistrados, o que caracterizaria, tipicamente, a adoção de juizados de instrução, posto que “nada mais são do que investigações criminais presididas por magistrados”. As situações se referem à Lei Complementar nº 35/1979 e ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

Lei Complementar nº 35/1979 - LOMAN

Art. 33 - São prerrogativas do magistrado:

(...)

Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional é datada de 1979, bem como o Regimento Interno do STF é datado de 1980, de forma que, o que se poderia questionar nesses casos seria a recepção ou não destas normas pela Constituição Federal de 1988, posto que anteriores a esta. O fato é que as normas em epígrafe estão em plena vigência, não tendo o legislador ordinário suprimido o parágrafo único do art. 33 da LOMAN, nem o STF extirpado de seu Regimento Interno o art. 43.

No caso do RI do STF, não se afigura nenhuma manifestação volitiva do tribunal em suprimir o dispositivo, posto que bastaria a reunião de seus ministros em plenário para a modificação ou retirada do artigo, não se consubstanciando em um procedimento de maior complexidade.

Desse modo, denota-se uma indecisão do legislador quanto ao sistema processual penal adotado pelo Brasil, podendo-se dizer, inclusive, que não se adotou nenhum sistema processual, pois não há um compasso entre a CF/88 e as normas infraconstitucionais em vigor.

2.6 Código de Processo Penal e seus ideais inquisitivos

Em sendo um ramo do Direito Público, o Direito Processual Penal enseja o interesse do Estado em apurar e punir os fatos delitivos cometidos pelos indivíduos. Este direito pertence exclusivamente ao Estado, que, através das leis ordinárias penais e processuais penais, tem o direito de iniciar a persecução penal e punir o indivíduo que infringir a norma penal material legalmente estabelecida. Por conseguinte, atualmente inexistente em nosso sistema jurídico a figura da vingança privada.

A insatisfação da sociedade brasileira em relação à incapacidade de nosso sistema penal se prolonga há tempos, se transformando em um sentimento de impunidade e colocando diariamente a questão da repressão criminal nos meios de comunicação. Este sentimento, ainda vigorante, imbuíu o espírito do legislador na redação do atual Código de Processo Penal.

Da leitura do CPP, afere-se que a persecução penal do Estado, em regra, inicia com a instauração do Inquérito Policial que, após devidamente instruído pela Polícia Judiciária, é remetido ao Ministério Público (com exceção dos crimes de ação privada) para o ajuizamento da ação penal pública, sem olvidar-se dos casos em que o MP necessita de representação da vítima ou de requisição do Ministro da Justiça como condição de procedibilidade. Em outras palavras, o inquérito policial é uma fase administrativa prevista pelo CPP que “prepara a persecução penal que vai ser levada a juízo por meio da ação penal” (DEMERCIAN; MALULY, p. 56).

Esquemmatizando a dialética processual, pode-se dizer que o processo penal se integra de três momentos distintos: a denúncia oferecida pelo MP - que se configuraria na “tese” apresentada – a resistência pela defesa (antítese) e a prolação da sentença judicial (síntese) (BADARÓ, 2008).

Em nosso país, o Código de Processo Penal, estabelecido pelo Decreto-Lei nº 3.689, de outubro de 1941, entrou em vigência na época em que vigia a Constituição de 1937, e ainda está impregnado com resquícios de característica inquisitiva, apesar de várias atualizações até os atuais dias.

Nucci (2008, p. 73) afirma que “a hegemonia da Constituição sobre todo o sistema normativo é uma realidade inerente ao próprio processo de criação da Lei Fundamental, alicerçado sobre a vontade do povo, detentor do poder constituinte

originário”. Contudo, como já relatado, o CPP não foi confeccionado conforme a ordem constitucional de 1988, mas sim recepcionado por ela, ainda que não integralmente, de forma que sua vigência e efeitos permanecem desde 1942.

Anteriormente à época em que entrou em vigor, no ano de 1942 (art. 810, CPP), havia legislações processuais diversas para cada Estado da Federação, ou seja, cada Estado federado possuía seu próprio Código de Processo Penal.

Acerca dessa divisão, Mossin (1998, p. 45) ressalta que

[...] embora a Constituição republicana de 24-2-1891 não tivesse previsto em seu art. 34, inciso XXVIII, a competência dos Estados para legislar sobre matéria de processo penal, mesmo assim a grande maioria o fez, propiciando um múltiplo aparecimento de sistemas processuais.

Contrariamente a esse antigo sistema, Marques (2003, p. 108) afirma que “essa fragmentação contribuiu para que se estabelecesse acentuada diversidade de sistemas, o que, sem dúvida alguma, prejudicou a aplicação da lei penal”.

Como solução para esta disparidade entre os Estados-membros e, unificando a legislação processual penal no Brasil, foi editado o Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, promulgado em 03 de outubro de 1941. Ainda, concomitantemente, foi promulgada a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3.931, de 11 de dezembro de 1941, “para melhor adaptação do novo estatuto processual aos processos pendentes” (MARQUES, 2003, p. 111). Ambos os Decretos-Leis entraram em vigor em 1º de janeiro de 1942.

Um dos mentores do CPP foi o Dr. Francisco Campos, o qual exerceu o cargo de Ministro da Justiça de 1937 a 1941 durante a era Vargas, arquitetando, ainda, Constituição de 1937, conhecida como *Polaca*, haja vista a “influência sofrida de sua congênere polonesa de 1935, imposta pelo Marechal Josef Pilsudski” (BARROSO, 2000, p. 22).

Conforme explana Coutinho (2007, p. 11), o CPP - surgido em meio ao Estado Novo, durante o governo de Getúlio Vargas (1937 / 1945) - seria uma “cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis*, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório”.

Na exposição de motivos do Código de Processo Penal, em 04 de novembro de 1940, Francisco Campos inicia afirmando que:

[...] impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. [...] Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. [...] É restringida a aplicação do *in dubio pro réu*. [...]

Conforme dicção supra transcrita, percebe-se no texto um tom autoritário e voltado à sobreposição do interesse geral ao individual, em que claramente procura restringir direitos individuais em prol do bem comum. Na seqüência, no que pertine mais diretamente à questão da produção de provas de ofício pelo magistrado, descreve:

Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença. [...] o juiz deixará de ser um espectador inerte na produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade. [...] Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.

Do derradeiro trecho, percebe-se a nítida permissão, podendo ser caracterizado como um “quase-dever”, de o magistrado se imiscuir na produção de provas juntamente com as partes, o que caracteriza a direta inserção neste diploma do princípio da busca pela verdade real. Tal princípio será mais detidamente analisado no item 3.6.

A par da maneira e das condições políticas em que foi concebido, ao transcorrer do tempo o Estatuto Penal Adjetivo passou por alterações legislativas decorrentes da adequação aos princípios das Constituições que se seguiram e da evolução das construções doutrinárias e jurisprudenciais. Por exemplo, cita-se a possibilidade do réu em apelar sem a obrigatoriedade de recolhimento prévio à prisão, conforme Lei nº. 5.941/73; a revogação do art. 35, em que a mulher casada, para ajuizar queixa-crime, deveria ter o consentimento do marido, salvo se estivesse separada ou quando o marido figurasse como réu na queixa-crime (Lei nº. 9.520/97); a impossibilidade de julgamento do réu revel citado por edital que não tenha constituído advogado, alteração imposta pela Lei nº. 9.271/96, entre outras. Ainda, houve a criação de textos legislativos esparsos, dentre os quais menciona-se a lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95, no âmbito estadual, e a Lei 10.259/01, na Justiça Federal).

Ainda, mesmo com as várias alterações em seu texto original e a promulgação da Constituição Cidadã, para Tucci (2002, p. 179), “o processo penal ostenta, na integralidade da *persecutio criminis*, caráter inquisitório”. Entretanto, também afirma que as características inquisitórias do processo penal não impedem que a fase judicial “se realize procedimentalmente sob a forma acusatória, assemelhando-se a um processo de partes”, de modo que, conforme seu entendimento, a ação penal no Brasil é materialmente inquisitiva e formalmente acusatória.

Thums (2006) critica a comportamento do nosso Poder Constituinte derivado, afirmando que este age no sentido de preservar o sistema inquisitivo que moldou o CPP, inclusive com a anuência do Poder Judiciário, tendo em vista a visível desarmonia entre as normas processuais infraconstitucionais editadas após 1988 e os princípios constitucionais.

As diretrizes da matéria processual penal têm íntima ligação com o sistema político ao qual está submetido, de forma que um sistema autoritário terá um direito processual penal autoritário, bem como um sistema democrático terá um direito processual penal democrático. Partindo dessa premissa, afigura-se conturbada a convivência entre a redação do Código de Processo Penal e as normas da CF/88, tendo em vista as características inquisitivas daquele comparadas ao sistema de garantias desta, principalmente quando o tema abordado é a iniciativa do magistrado na produção de provas ou diligências processuais.

Analisados os sistemas processuais penais e feito o cotejo entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, torna-se fundamental adentrar-se no estudo dos princípios que regem o processo penal brasileiro, de forma a buscar uma melhor aplicabilidade às normas jurídicas de acordo com o singular espírito de nosso sistema jurídico.

3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

3.1 Princípios: conceito e aplicabilidade

Os direitos e deveres individuais e coletivos encontram-se positivados no art. 5º da CF/88, bem como espalhados ao longo do texto constitucional. Para a proteção desses direitos fundamentais, também estão insertos no texto maior garantias fundamentais (instrumentos processuais constitucionais) e princípios.

Na lição de Alexy (2001, p. 86), princípios se conceituam como

normas que ordenan que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.

No sistema pátrio, os princípios jurídicos são fontes formais de direito, de forma que se constituem numa “ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo” (NUCCI, 2008, p. 62). Em outra acepção, princípio pode ser definido como a ordem central de um sistema organizado, sendo aquele a regra inicial e externa ao sistema por ele ordenado (BADARÓ, 2008).

Consoante Nunes (2002, p. 37, grifo do autor), “os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao *edifício jurídico*. Assim, devem ser obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper”.

Entretanto, em nosso ordenamento jurídico não existem princípios absolutos; de ver-se que nem mesmo o direito à vida é um direito absoluto, posto que o Código

Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940) prevê a exclusão de ilicitude (art. 23) para crimes praticados nas situações que descreve. Ainda, o próprio texto constitucional, em seu art. 5º, inciso XLVII, alínea *a*, prevê a pena de morte em caso de guerra declarada.

Nessa senda, “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna” (MORAES, 2006, p. 28).

Por outro lado, é fato a prévia existência do CPP em relação à CF/88, sendo que ambos trazem em seu bojo princípios que interessam ao presente estudo.

Há inúmeras classificações quanto aos princípios reguladores do processo penal, sejam constitucionais ou infraconstitucionais. A Constituição Federal e a legislação ordinária trazem em seu conteúdo uma série de garantias relacionadas ao processo penal, entre elas cita-se o princípio da dignidade humana, da imparcialidade, da ampla defesa, do juiz natural, do promotor natural, do devido processo legal, do estado de inocência, da busca pela verdade real, da proporcionalidade, entre outras.

Da mesma forma que há princípios expressamente previstos em lei, outros permanecem implícitos no ordenamento jurídico, citando-se, por exemplo, o princípio da verdade real, da indivisibilidade da ação penal privada e da indisponibilidade do processo; entretanto, não há uma valoração diferenciada entre eles.

Embora cada princípio tenha uma tendência à proteção de determinado direito ou garantia, por vezes eles se entrelaçam para formar intersecções em seus campos de abrangência. Conforme Nucci (2008, p. 80), “há princípios que dão origens a outros, bem como alguns que constituem autênticas garantias humanas fundamentais”. A título de exemplo, podem-se considerar os princípios do contraditório e da motivação das decisões insertos no princípio do devido processo legal, bem como o princípio do *in dubio pro reo* formando área comum com o princípio do estado de inocência.

Nessa senda, delineando a aplicação dos princípios que interessam ao estudo, será desenvolvido neste capítulo um detalhamento acerca dos princípios trazidos pela CF/88 em comparação a princípios vertentes do CPP, sendo

aprofundados os princípios mais intimamente ligados com o tema principal do trabalho.

3.2 Princípio do devido processo legal

Buscando as origens do princípio em tela, nota-se que já havia previsão do devido processo legal na *Magna Charta Libertatum* de 1215, em que a cláusula 39 ficou denominada de *clause of due process of law*².

*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land*³.

Também, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948, em seu art. XI, destaca-se:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Em nosso ordenamento jurídico o princípio tem previsão constitucional, estando inserto na Carta Magna em seu art. 5º, inciso, LIV, o qual refere que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Nessa linha, tem-se uma dupla vertente do devido processo legal, tendo em vista que atua tanto no âmbito material, assegurando os direitos do indivíduo, quanto no âmbito formal, garantindo a tramitação do processo conforme princípios constitucionais.

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa. (MORAES, 2006, p. 94)

Corroborando as afirmações supra, Nucci (2008) relata que o aspecto material deste princípio se liga à previa definição do fato definido como crime em lei,

² Tradução livre: Cláusula do devido processo legal.

³ Tradução livre: Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado dos seus direitos ou propriedades, ou incriminado ou exilado, ou desprovido de sua atual situação de qualquer outra maneira, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele, exceto através de um julgamento legal por seus iguais ou pela lei do país.

sendo que o aspecto processual teria vinculação às garantias processuais previstas na Carta Maior.

Segundo o entendimento de Badaró (2008, p. 36), o princípio em questão abrange todos os princípios e garantias constitucionais, de forma que “bastaria que a Constituição assegurasse o devido processo legal e todos os demais princípios dele defluiriam”.

Evidentemente o princípio propicia aos cidadãos uma forma de controle dos atos estatais, conferindo um instrumento de defesa da sociedade contra eventuais arbitrariedades do *Leviatã*.

Assim, não há como conceber o processo penal de um Estado Democrático de Direito sem a conjunta aplicação dos princípios do contraditório, da motivação das decisões, da dignidade humana, do estado de inocência, do juiz natural e da proporcionalidade, entre outros previstos na Constituição e nas leis, sob pena de não haver um devido processo legal.

Neste sentido se mostra a importância da observância do devido processo legal pelos órgãos judiciários, a fim de se garantir um processo que obedeça ao modelo processual traçado pelo ordenamento jurídico constitucional, conferindo efetividade ao Direito Penal e promovendo as garantias fundamentais do réu.

3.3 Princípio do contraditório

A doutrina majoritária entende que o princípio do contraditório teve seu nascedouro no sistema acusatório, em que havia um sistema de garantias ao cidadão, conforme descrito anteriormente (ver 2.2). Nesse sentido, é o pensamento Nucci (2008), Badaró (2008) e Tourinho Filho (1994), entre outros.

O princípio do contraditório vem expressamente positivado como um direito fundamental do cidadão, tendo aplicabilidade tanto em processos judiciais quanto administrativos, conforme se infere da redação do art. 5º, LV, CF/88: “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”.

Anteriormente, na década de 50, já estava expresso na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. X: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a

uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

No dizer de Greco Filho (1998, p. 74), “o contraditório não se refere apenas à instrução, colheita de provas, mas a própria oportunidade de contrariar a acusação de modo, em tese, eficiente”.

Sendo assim, a função primordial deste princípio é proporcionar uma igualdade de condições entre as partes, dando ciência às partes envolvidas a respeito de todos os atos do processo, sejam passados ou vindouros, e das provas produzidas ou determinadas, bem como oportunizar prazo razoável para manifestação nos autos acerca de tais impulsos judiciais.

Nesse sentido, Mossin (1998, p. 49) leciona que

[...], o contraditório representa uma garantia para as partes que compõem a relação jurídico-processual, porquanto a decisão do magistrado somente poderá dar-se com esteio nas provas produzidas pelos sujeitos processuais ou pelo próprio juiz de ofício, na instrução probatória do processo de conhecimento penal, ficando excluídas aquelas que não foram apresentadas e discutidas.

No entanto, o princípio comporta exceções, pois é previsto ao juiz decidir *inaudita altera pars*, a exemplo dos casos de prisões cautelares previstas na legislação processual (preventiva, temporária), sendo este princípio suprimido temporariamente quando houver os requisitos estabelecidos em lei (ANDRADE, 2008). Cita-se, por oportuno, a ausência do contraditório nos inquéritos policiais, posto que “a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado” (MORAES, 2006, p. 96-97).

Apesar das exceções retratadas, em regra, qualquer determinação de provas pelo juiz deverá ser seguida pela intimação das partes (em especial do acusado), forte no princípio do contraditório, considerando-se que a eventual falta de oportunidade para ciência e manifestação poderá ser causa de nulidade do ato, haja vista a violação ao princípio do contraditório.

Tão especial é a abrangência deste princípio que o CPP ordena ao juiz a dissolução do conselho de sentença, a designação de novo dia para o julgamento do réu e a nomeação de novo defensor, caso verifique que o réu encontra-se indefeso, mormente por uma defesa ineficaz (CPP, art. 497, V).

Este princípio guarda relação com outros princípios instituídos. De um lado, relaciona-se com o estado de inocência, tendo em vista que permite ao acusado resistir à pretensão acusatória promovida pelo Estado, contrapondo-se aos fatos descritos na acusação e visando à garantir a imaculabilidade de sua presumida inocência, bem como de seu *status libertatis* (MOSSIN, 1998); de outro, se liga à busca da verdade, pois possibilita “o funcionamento de uma estrutura dialética, que se manifesta na potencialidade de indagar e de verificar os contrários” (BADARÓ, 2008, p, 10).

Com isso, o princípio atua como um pilar destinado a garantir um desenrolar justo e cercado das garantias constitucionais conferidas ao acusado, possibilitando-lhe acompanhar toda a seqüência de atos tendentes à elucidação dos fatos a serem apurados.

3.4 Princípio da identidade física do juiz

O princípio da identidade física do juiz não se confunde com o princípio do juiz natural. Este se relaciona com a competência legal a que os juízes são investidos, conforme a organização do Poder Judiciário, pois inadmitido em nosso ordenamento a figura do juízo de exceção, conforme previsto expressamente na CF/88, art 5º, XXXVII.

De outra banda, o princípio da identidade física do juiz se consubstancia na vinculação do magistrado que dirigiu e instruiu o processo ao julgamento do feito. Ou, nas palavras de Netto (2008, p. 99), “consiste na vinculação do Juiz, que inicia a instrução, ao processo e ao julgamento da causa”.

Com a edição da Lei nº 11.719/2008, que acresceu o parágrafo segundo ao art. 399 do CPP, o princípio em questão foi expressamente positivado na lei processual, aplicando-se somente aos processos ainda não sentenciados: Nesse sentido:

APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRELIMINARES. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. (...). 1. A identidade física do juiz, instituída no processo penal pela Lei 11.719/08, só entrou em vigor após a prolação da sentença, portanto, não cabe a nulidade arguida. Além do que imprescindível a declinação de prejuízo que no caso inexistente. (...). NEGADO PROVIMENTO. (Apelação Crime Nº 70026994798, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 15/01/2009)

No entanto, mesmo tendo atualmente caráter explícito, a jurisprudência entende que o princípio deve ser relativizado em certas circunstâncias, com a aplicação do Código de Processo Civil por analogia, sob pena de criar entraves ao regular andamento da demanda:

APELAÇÃO-CRIME. [...]. PRELIMINARES. SENTENÇA PROLATADA POR MAGISTRADO QUE NÃO INSTRUIU O PROCESSO. SUPOSTA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. No tocante ao princípio da identidade física do juiz, a partir da publicação da Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008, passou a ter previsão expressa no Código de Processo Penal, diante da inclusão do § 2º no art. 399 do citado Diploma Legal. Entretanto, tal princípio não é absoluto, podendo ser relativizado nos caso em que o magistrado tenha sido licenciado, afastado (por qualquer motivo), promovido ou aposentado. Nessas hipóteses, a causa passa ao seu sucessor, segundo inteligência do art. 132 do Código de Processo Civil, aplicada analogicamente. [...]. Assim, plenamente justificado o não atendimento ao princípio da identidade física do juiz. [...]. (Apelação Crime Nº 70020434437, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 11/03/2009)

Conforme Dotti *apud* Nucci (2008, p. 108), “o princípio da identidade física, portanto, assenta numa das magnas exigências do processo penal, situando-se em plano superior às condições da ação e muitos outros pressupostos de validade da relação processual”.

Com esta inovação, o réu será julgado pelo magistrado que melhor terá condições de apreciar o mérito da questão, pois o julgador terá conhecimentos pormenorizados de todos os detalhes que surgiram na instrução processual, do que se conclui ser ele a pessoa mais indicada a proferir a sentença.

3.5 Princípio do estado de inocência

Segundo Dezem (2008), o princípio de que se trata teve seu nascedouro no Direito Romano, sendo, todavia, esquecido durante o período medieval e a adoção do processo inquisitivo; voltou, contudo, a vigorar nos primórdios da era moderna. Ainda, Netto (2008) faz referência à recepção do princípio pela Magna Charta (1250), *Act of Habeas Corpus* (1679) e *Bill of Rights* (1681).

No último dia 10 de dezembro de 2008, completou-se 60 anos da assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual o Brasil aderiu, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas.

Assinada na década de 40, mais precisamente em 10 de dezembro de 1948, proclama:

Art. XI

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Quase quatro décadas mais tarde, o princípio do estado de inocência, ou da presunção de inocência, como também é denominado pela doutrina e jurisprudência, vem expressamente descrito na CF/1988, art. 5º, inciso LVII, sendo também conhecido como princípio da presunção da inocência (SOUZA, 2008): “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

E, em sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, Dezem (2008) ressalta a consequência lógica deste princípio vir expresso no texto constitucional, garantindo a presunção inicial de inocência a todos cidadãos.

Consagrando a força do princípio, o Brasil é signatário do tratado internacional denominado Pacto de São José da Costa Rica, firmado em 22 de novembro de 1969 e ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1995, através do Decreto 678/92.

Na época da assinatura deste tratado, o Brasil era governado pela ditadura militar - governo de Emílio Médici - com várias restrições aos direitos fundamentais, sendo que, ironicamente, a República Federativa do Brasil assinou o referido Pacto em 1.969, curvando soberania ao *pacta sunt servanta* do direito internacional.

O pacto firmado tem a intenção de consolidar o reconhecimento aos direitos humanos essenciais, afirmando em seu preâmbulo que

[...] só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

Dessa maneira, o art. 8ª deste diploma internacional ratifica o princípio do estado de inocência.

Garantias judiciais

[...]

§2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas. [...].

Com relação à semântica de sua expressão, há entendimentos de que este princípio deveria denominar-se de princípio da não culpabilidade, pois “a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado” (BECHARA; CAMPOS *apud* LENZA, 2009, p. 711).

Em outro viés, é válida a observação de Badaró (2008), entendendo que não há diferença substancial nas expressões presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade, pois não há possibilidade de separar tais idéias, devendo ser interpretadas como idêntico substrato.

Por certo, o princípio em tela protege a liberdade do cidadão, que se classifica como um direito fundamental de primeira geração, consoante destacou o Ministro Celso de Mello:

[...] os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade [...]. (Mandado de Segurança nº 22.164 – SP, Tribunal Pleno, STF, Relator Ministro Celso de Mello).

Sob este prisma, Moraes (2006, p. 105-106) leciona que o princípio em questão é “um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal”, sendo que tal princípio tem como objetivo conter o arbítrio estatal, cabendo a este o ônus de provar a culpabilidade do acusado. Afirma, ainda, que esse princípio traz ao sistema jurídico “a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios”.

A abrangência do princípio em tela não se resume apenas no curso da ação penal, mas engloba também a fase do inquérito policial, tendo em vista que as autoridades policiais devem ministrar observância ao estado de inocência do indivíduo que figure como investigado ou indiciado nos procedimentos administrativos (TAVARES, 2002).

Nessa direção, tal princípio veio a consagrar a presunção *juris tantum* de não-culpabilidade dos indivíduos que figurem como réus nos processos penais condenatórios. Todavia, tal princípio não é absoluto em nosso sistema jurídico, como, aliás, nenhum outro é, de maneira que o Estado tem plena legitimidade para

limitar o *status libertatis* do indivíduo, impondo as modalidades de prisões cautelares arroladas no Código de Processo Penal (STF, HC 69.696-SP).

O que o princípio veda é a invasão desvinculada de elementos legais e com meandros autoritários do Estado na esfera de liberdade do indivíduo, posto que tal conduta não pode ser aceita em um Estado Democrático de Direito.

Na lição de Illuminati *apud* Andrade (2008, p. 221), “a presunção de inocência pode ser entendida sob uma dupla visão: ao mesmo tempo, ela é uma regra probatória ou de julgamento, e também uma regra de tratamento ao acusado, que deve ser considerado inocente durante o processo”.

Assim entendido, o princípio irradia seus efeitos para duas vertentes: a primeira, com relação à forma de consideração do indiciado ou réu desde o início da persecução penal, que não poderá sofrer tratamento como se condenado já estivesse; a segunda, diz respeito ao ônus probatório, aplicando-se o julgamento de absolvição em caso de insuficientes provas incriminatórias. Em relação a esta última direção, Nucci (2008) ressalta a ligação com o princípio da prevalência do interesse do réu, sendo que, em havendo dúvida, deve-se decidir em favor do acusado. É a conhecida expressão *in dubio pro reo* ou *favor rei*, de onde se conclui que estes estão contidos no princípio do estado de inocência, tendo a maior amplitude deste último.

Dessa forma, Andrade (2008) declara que o princípio do estado de inocência não enseja nenhum ônus ao acusado para que sua inocência seja mantida, bem como nenhuma atitude para ser preservada, de forma que cabe ao acusador o afastamento dessa presunção.

Assim, eventual insuficiência probatória juntada aos autos vem ao encontro dos interesses do réu, face ao princípio do estado de inocência:

ROUBO MAJORADO. SISTEMA ACUSATÓRIO. [...] FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. [...] 2. A condenação só pode emergir da convicção plena do julgador e sua base ética indeclinável. **A prova controversa, insegura e que não afasta todas as dúvidas possíveis enseja um desate favorável ao acusado, em homenagem ao consagrado princípio *in dubio pro reo*.** (Apelação Crime Nº 70022266498, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 12/03/2008, grifo nosso)

FURTO. CONCURSO DE PESSOAS E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULOS. Compulsando os autos, verifica-se inexistir prova segura de que o fato narrado na denúncia tenha sido praticado pelos acusados. **A insubsistência da prova acostada aos autos não pode vir em desfavor**

dos réus, em face do princípio da presunção de inocência, devendo a absolvição ser mantida. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL. (Apelação Crime Nº 70024641839, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 04/12/2008, grifo nosso)

O princípio da inocência é um exemplo claro de norma constitucional de eficácia plena, que, conforme Lenza (2009, p. 135), são normas “aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional”.

Nesse sentido, Silva *apud* Lenza (2009) assevera que tais normas não requerem normatização posterior para serem aplicadas, gerando todos os seus efeitos desde 05/10/1988, data da promulgação da CF/88, com aplicação direta sobre a condução do processo penal.

Entretanto, analisando o princípio com ressalvas, Damásio de Jesus (2008, p. 221) relata que “o princípio deve ser empregado com critério e equilíbrio, buscando-se uma justaposição entre o direito de punir do Estado e o direito penal público subjetivo de liberdade do cidadão”.

Isso porque se o texto constitucional prevê esta garantia, entre outras, ao réu, prevê também outras garantias em favor da sociedade, como, por exemplo, o direito à vida, ao patrimônio e à segurança, de forma que todas essas garantias devem ser observadas também, não se podendo interpretar as normas constitucionais somente em favor do réu (AVENA, 2008).

Ainda, outro ponto a ser destacado refere-se ao ônus probatório conjugado com o princípio em tela. Da mesma forma em que o acusado não está obrigado a fazer prova da sua inocência, tendo em vista que o ônus probatório recai quase que exclusivamente sobre o *parquet*, cabe à defesa do réu promover as provas que sustentem suas teses defensivas, pois “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, como se infere do art. 156 do diploma processual penal.

Em suma, o réu tem a seu favor o princípio do estado de inocência, não vindo em seu desfavor eventual inatividade nos autos; todavia, lhe pertence o ônus probatório em relação aos fatos por ele alegados em juízo.

3.6 Princípio da busca pela verdade real

O princípio da busca pela verdade real, também conhecido como princípio da verdade material ou princípio da livre investigação da prova, vigora em todas as legislações dos países democráticos, tendo como finalidade “catalisar elementos probatórios aptos a demonstrar com segurança imutável quem realmente praticou o crime e o modo e o meio como ele foi na realidade executado” (MOSSIN, 1998, p. 65).

Assim, o princípio em questão vem a reger o CPP, tendo em vista que “é sabido que uma das características mais marcantes do processo penal é a vigência de tal princípio, que sugere ao juiz criminal não se satisfazer com a mera verdade formal (aparente) que lhe é exibida pelas partes” (GOMES; CUNHA; PINTO, 2008, p. 275).

As afirmações supramencionadas ficam corroboradas quando da leitura da exposição de motivos do Código de Processo Penal (ver 2.6), de onde se depreende a notória inserção do princípio em tela na regência da orquestra processual penal.

Nucci (2008, p. 105, 106) relata que o princípio da busca pela verdade real traz ao magistrado o dever de “buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente”. Indo além, afirma o dever do magistrado em ser um “co-partícipe na busca dos elementos probatórios”.

Seguindo a mesma orientação:

[...] em busca desse ideal, o legislador do Código de Processo Penal fez inserir vários dispositivos que possibilitam ao juiz agir além do simples impulso processual, estando mesmo autorizado a contribuir na produção da prova [...]. (ANDRADE, 2008, p. 87).

Justificando a validade do princípio no processo penal, Rubianes *apud* Mossin (1998, p. 65) leciona que “para condenar é necessário que o juiz penal tenha a certeza de que o acusado é responsável pelo fato delituoso”.

Tal princípio incontestavelmente legitima o juiz a não manter uma postura passiva perante as provas que lhe são apresentadas, de modo que, entendendo necessário, pode agir de ofício na busca de elementos que venham a elucidar o fato posto em questão, tendo sempre em vista o interesse público.

Nesse sentido, Tucci (2000, p. 177) ministra que a apuração da verdade material somente será possível com “a atribuição de inquisitividade à atuação dos

agentes estatais da persecução penal e ao poder de direção conferido ao órgão jurisdicional na instrução criminal”. Entretanto, esclarece que tal poder inquisitivo do órgão jurisdicional não se confunde como processo penal inquisitório (ver cap. 2).

Em uma afirmação um tanto quanto contundente, Mossin (1998) entende que o fim maior do processo penal é o direito do Estado em promover a aplicação da lei penal ao autor da infração, pois seria a única maneira de conferir uma solução adequada ao pedido exposto na acusação.

O magistrado não pode ser visto como uma parte inerte frente às provas juntadas aos autos; ao contrário, deve promover a investigação do fato em seus detalhes, a fim de elucidar a questão (DEMERCIAN; MALULY, 2001).

Por oportuno, no recurso especial nº 13.375/RJ, julgado em 17 de fevereiro de 1992, o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro sustentou a aplicabilidade do princípio em tela, proferindo em seu voto o entendimento de que o processo penal “busca a verdade real. Aqui reside outra distinção com o processo civil, que se contenta, como regra geral, com a verdade formal. [...] O processo penal visa à verdade real. Evidencia-se o interesse público, sobrepairando ao interesse individual”.

Em pesquisa à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verifica-se que, em recente julgado, a Primeira Câmara Criminal reafirmou tal princípio, *in verbis*:

TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. Nos termos dos arts. 209 e 398 do Código de Processo Penal, podem ser ouvidas outras testemunhas por iniciativa do juiz, além daquelas arroladas pela acusação e em número além do limite legal, diante do encargo do juiz na busca da verdade real. (Apelação Crime Nº 70026057406, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 10/12/2008, grifo nosso).

Outro não é o entendimento da 6ª Turma do STJ, conforme se depreende do julgamento ao REsp 174.290/RJ, publicado no DOU em 03 de outubro de 2005, onde o Ministro relator Hélio Quaglia Barbosa destacou em seu voto que “é assente na doutrina pátria que o magistrado, sob o amparo do princípio da busca da verdade real, pode tomar a iniciativa de determinar a produção de prova que entenda indispensável para a formação do seu convencimento”.

Nesse sentido, Nucci (2008) destaca a plena validade do princípio em questão, asseverando que mesmo perante uma confissão do réu, o juiz deverá

diligenciar na produção de provas, sob pena de ser decretada prisão a um inocente. Neste viés, interessante abordagem tem Tucci (2000) quando menciona que a inquisitividade e a indispensabilidade da apuração da verdade tem uma dupla função: a uma, teria o objetivo de preservar a liberdade do réu inocente, e a duas, teria o desiderato de impor a pena correspondente ao crime cometido, efetivando-se a lei.

Em sentido contrário aos expostos, a 5ª Câmara Criminal do TJ/RS, em diversas oportunidades, negou validade ao princípio da busca pela verdade real, como se afere dos excertos abaixo colacionados:

[...]. SISTEMA ACUSATÓRIO. GESTÃO DA PROVA. VÍTIMA OUVIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ILEGITIMIDADE. AFASTAMENTO DA PROVA. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. 1. **A oficiosidade do Juiz na produção de prova, mesmo que sob a escusa da pretensa busca da “verdade real”, é procedimento eminentemente inquisitório e que agride o critério basilar do Sistema Acusatório:** a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa. Precedentes da Câmara. [...]. (Apelação Crime Nº 70022266498, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 12/03/2008, grifo nosso)

CORREIÇÃO PARCIAL. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA MINISTERIAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. [...]. Viola o sistema acusatório a atividade judicial de produção de prova. **A retórica da busca da verdade real, por inatingível, está superada: processo visa julgamento justo ao acusado.** À unanimidade, julgaram improcedente a correição. (Correição Parcial Nº 70016055188, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 26/07/2006, grifo nosso)

Thums (2006) corrobora tais entendimentos afirmando que a verdade real não pode ser alcançada em virtude das limitações humanas, pois “o juízo será sempre de probabilidades e não de certeza, de verdade absoluta, por maior que seja o número de testemunhas ou provas sobre um evento”.

Mas o fato é que não há dúvidas de que o princípio da busca pela verdade real está implicitamente inserto no art. 156 do diploma processual penal, bem como na exposição de motivos do CPP. No entanto percebe-se que há celeuma na doutrina quanto ao que seria a verdade real. Analisando tal questão, o TJ/RS enfrentou o tema da “busca da verdade real”, adequando-o à nova ordem constitucional:

PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. ARTIGO 156, DO CPP. AGRESSÃO AO ARTIGO 129, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AO JUIZ É VEDADO PERSEGUIR PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE VALOR PROBATÓRIO ABSOLUTO.

[...] A principiologia constitucional suplantou - desde muito - estratégias como a crença mitológica de busca da "verdade real". **Dela o que se alcança é o resultado das limitações históricas, culturais e ideológicas de cada um, exteriorizado na interpretação dos fenômenos mundanos.** (Apelação Crime Nº 70006183826, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 28/05/2003, grifo nosso)

Para Oliveira (2002, p. 256, grifo do autor), mencionando a existência da verdade formal no processo cível, afirma que “no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (freqüentemente chamada de verdade *formal*, porque decorrente de uma *presunção legal*), exigindo-se a *materialização* da prova”.

Há entendimentos de que a verdade real não pode ser um fim em si mesma, atingível a qualquer custo, de modo que se estaria subvertendo os princípios basilares da ordem democrática. Nesse viés, Dias *apud* Mossin (1998, p. 65, grifo do autor) realça que a verdade “não sendo *absoluta* ou *ontológica*, há de ser uma verdade *judicial, prática* e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço, mas *processualmente válida*”.

Por óbvio, a verdade em caráter absoluto nunca será atingida pela instrução processual, pois a percepção humana dos acontecimentos tem caráter momentâneo e eminentemente subjetivo, mormente quando a instrução judicial é realizada após longo tempo do fato investigado.

De outra banda, a verdade absoluta é algo inatingível, pois a busca da verdade dos fatos é limitada por princípios constitucionais - devido processo legal – de modo que o “jogo processual” estabelece regras prévias aos “participantes”, não se podendo olvidá-las sob pena de ilicitude.

Nessa linha, Dezem (2008, p. 93, grifo do autor) considera a verdade em termos relativos, asseverando que é “impossível atingir com grau de certeza o que efetivamente tenha ocorrido, daí porque se fala modernamente em *verdade possível*”.

Ao aceitar que o processo penal busca a verdade real, tem-se que juiz não possuirá o denominado livre convencimento motivado, pois, em sendo verdade a prova dos autos – e a verdade é única - o seu convencimento ficará vinculado, não sendo mais livre, de modo que essa verdade não poderia ser alterada nem mesmo em segunda instância (THUMS, 2006).

A par disso, a duração do processo penal não pode se eternizar em busca da verdade real; ao contrário, deve objetivar uma solução ágil para a questão, bem como ter razoável duração, conforme preceitua o inciso LXXVIII, do art. 5º da CF/88: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Tal garantia está assegurada, também, na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), em seu art. 7º, § 5º.

Assim, a verdade real deve ser encarada como a verdade possível ante o ordenamento jurídico, ou seja, a verdade estampada nos autos de acordo com um conjunto probatório que atenda aos princípios constitucionais.

3.7 Princípio da proporcionalidade

A questão da possibilidade do juiz produzir provas *ex officio* no processo penal está umbilicalmente ligada ao direito fundamental de liberdade do réu. Esse direito é classificado na doutrina como direito de primeira geração, realçando o princípio da liberdade frente ao Estado. Todavia, os direitos e garantias individuais previstos no art. 5º da CF/88 “não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas” (MORAES, 2006, p. 27).

À luz dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais expostos até o momento, é clara a constatação de um conflito (aparente) entre o princípio do estado de inocência, previsto na Constituição Federal, e o princípio da busca pela verdade real, previsto no Código de Processo Penal.

E é exatamente neste ponto que se traz à colação o princípio da proporcionalidade.

Na seara histórica, este princípio remonta à antiguidade clássica (Grécia e Roma) onde era aplicado no bem-estar dos cidadãos ou para regular a intervenção do Estado na vida privada. Desde então, foi se solidificando nos sistemas jurídicos, sendo adotado na tradição germânica, como princípio da razoabilidade, e na lusitana, como princípio da proibição de excesso (SOUZA, 2008).

No campo jurídico, o princípio da proporcionalidade tem seu nascedouro no princípio da dignidade humana, sendo este o início da aplicação da

proporcionalidade em si para a harmonização dos princípios. Assim, os princípios em epígrafe devem ser manejados em conjunto quando da interpretação das normas jurídicas entre si (NUNES, 2002).

De todos os princípios jurídicos que regulam a interpretação e normatização das leis, alguns estão expressamente positivados nos diplomas legais, enquanto outros permanecem implícitos no ordenamento jurídico.

Neste caso, o princípio em epígrafe, ao contrário dos anteriormente tratados, não encontra expressa previsão no texto constitucional. Contudo, conforme afirma Nunes (2002, p. 41), “isso não impede seu reconhecimento, uma vez que, [...], ele é imposição natural de qualquer sistema constitucional de garantias fundamentais”.

A título comparativo, salienta-se que tal princípio tem referência expressa na Constituição da República Portuguesa, sendo descrito em seu art. 18º, n. 2:

A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Todavia, mesmo sem transcrição explícita, o princípio da proporcionalidade é de suma importância para a interpretação da legislação, pois “quando o intérprete se depara com uma circunstância na qual um princípio colide com outro, um dos principais meios de que ele pode se utilizar para solucionar o problema é, exatamente, o princípio da proporcionalidade” (NUNES, 2002, p. 41).

Sua importância se dá “como instrumento de interpretação jurídica, dentro de uma realidade do Direito na qual os seus métodos tradicionais de interpretação não respondem à complexidade das relações sociais que devem regular” (TAVARES, 2002, p. 507).

Ávila (2007) doutrina que o princípio da proporcionalidade é aplicado em momentos em que há um descompasso entre dois elementos, quando há a necessidade de se proceder ao exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Mas há doutrinadores que entendem em sentido contrário, criticando a adoção do princípio da proporcionalidade por ser perigoso relativizar certos conceitos, conforme asseveram Barroso e Barcellos *apud* Gomes, Cunha e Pinto (2008, p. 283):

O entendimento flexibilizador dos dispositivos constitucionais citados, [...], é de todo inconveniente em se considerando a realidade político-institucional do País. Embora a idéia de proporcionalidade possa parecer atraente, deve-se ter em linha de conta os antecedentes do País, onde as exceções viram regra desde a sua criação [...], não é conveniente nem oportuno, sequer de 'lege ferenda', enveredar por flexibilizações arriscadas.

O princípio da proporcionalidade tem em sua essência uma natureza valorativa e axiológica, que provém dos conceitos de moderação, eqüidade e bom senso, sendo especialmente aplicado quando há, no caso concreto, eventual colisão entre princípios constitucionais, objetivando-se uma máxima efetividade concomitante com uma mínima restrição (LENZA, 2009).

Tem como finalidade precípua ser um método de interpretação sistêmica, pois possibilita ao intérprete a possibilidade de solucionar um aparente conflito entre princípios, respeitando-se mais um princípio em detrimento a outro, almejando garantir os direitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico (NUNES, 2002).

Em julgamento ao *Habeas Corpus* nº 33.110, o Tribunal da cidadania (STJ) assim aplicou o princípio em tela:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. “Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.” Precedentes do STF e do STJ. Ordem denegada. (STJ, HC nº 33.110/SP, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 27 de abril de 2004, DJ de 24 de maio de 2004).

Destarte, à luz do aparente conflito entre o princípio do estado de inocência (CF/88) e o princípio da busca pela verdade real (CPP), deve-se analisar até que ponto pode-se aumentar a incidência de um princípio em detrimento de outro, com vistas à consecução da primada justiça.

Recentemente o legislador ordinário editou a Lei 11.690/08 (ANEXO A), alterando dispositivos do Código de Processo Penal. Entre eles, destaca-se o art. 156, inciso I, em que é facultado ao magistrado ordenar a antecipação de provas urgentes, “observando a necessidade, adequação e **proporcionalidade** da medida” (grifo nosso).

Dessa feita, embora constitucionalmente não esteja previsto, o diploma infraconstitucional agora o prevê expressamente, atribuindo-lhe a função de dirigir a atuação do magistrado em sua função jurisdicional.

Novamente, é árdua a tarefa de delinear o modo de agir desta base principiológica, pois não há como se formular uma roteiro de aplicabilidade, tendo em vista que, sendo um princípio, sua interpretação e aplicação é eminentemente subjetiva e voltada a cada situação fática posta a sua apreciação.

Na doutrina de Netto (2008, p. 67), o magistrado deve avaliar “se o sacrifício dos interesses individuais guarda uma relação razoável com a importância do interesse estatal que se pretende salvaguardar (princípio da proporcionalidade em sentido estrito)”.

Nessa linha, Alexy (2001, p. 89) retrata que:

Cuando dos principios entran en colisión [...] uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro.

Por vezes, o processo penal assiste a um conflito de princípios, os quais foram discorridos anteriormente (ver 3.5 e 3.6), de modo que surge, então, a necessidade de se aplicar uma ponderação entre eles, relativizando sua aplicação de acordo com a situação concreta. Assim, “*la máxima de la proporcionalidad em sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas*” (ALEXY, 2001, p. 112).

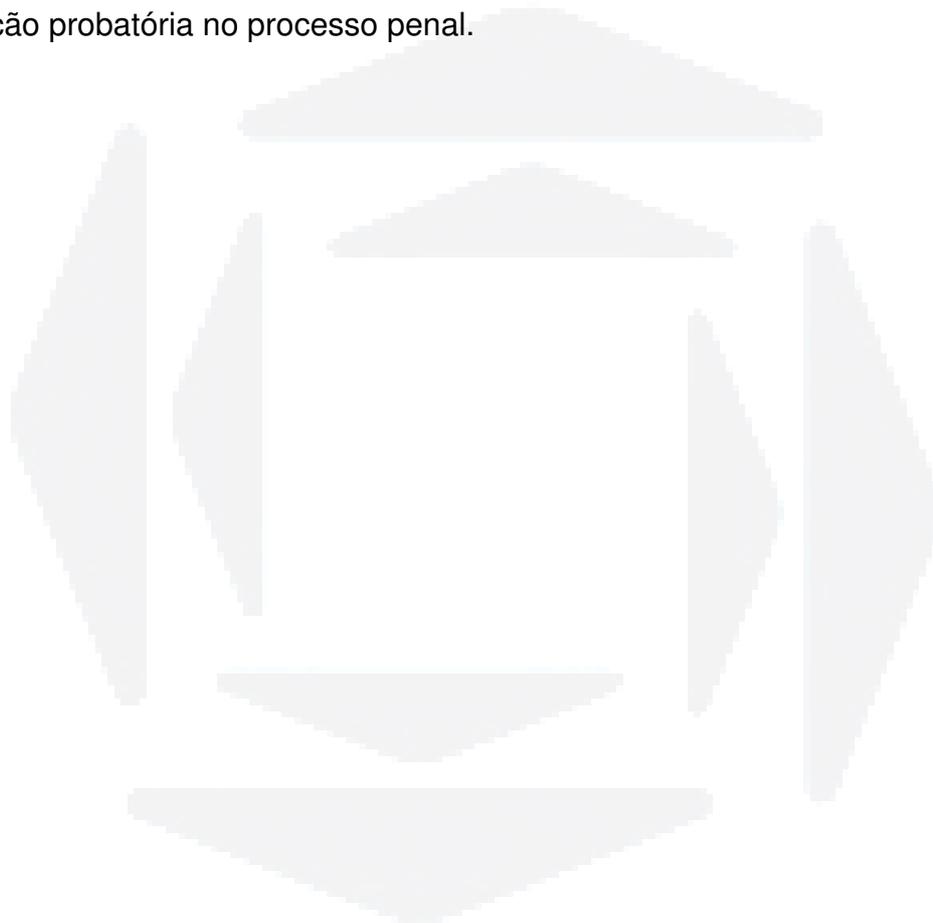
O princípio do estado de inocência tutela a liberdade do cidadão contra os atos autoritários do Estado. De outro lado, o princípio da busca pela verdade real tutela o interesse da coletividade, que prima por uma efetiva aplicação dos mandamentos legais. Disso se extrai que, por tutelarem bens jurídicos diversos, a proporcionalidade em sentido estrito se revela no sopesamento entre dois princípios que se encontram em conflito no caso concreto.

Távora e Alencar (2009) afirmam que a utilização do princípio da proporcionalidade contra o réu, ou seja, sobrelevando a busca da verdade real em detrimento do princípio do estado de inocência, é posição minoritária na doutrina e da jurisprudência, tendo em vista que este último está expressamente previsto na Constituição Federal.

Assim, tendo o princípio da proporcionalidade a função de sopesar princípios colidentes, ao magistrado cabe a atribuição de analisar o contexto do caso concreto para que, de acordo com o ordenamento jurídico, possa dirigir seus atos visando à

entrega jurisdicional esperada de um Estado Democrático de Direito. Para isso deve atribuir maior ou menor valoração aos princípios do estado de inocência e da busca pela verdade real, empunhando em sua atuação o princípio da proporcionalidade.

Aprofundado o estudo acerca dos princípios reguladores do processo penal pátrio e sua intrínseca relação com o sistema jurídico, têm-se os elementos normativos necessários para que se direcione o estudo à interpretação da norma processual penal vigente, em especial à atuação de ofício do juiz ao conduzir a instrução probatória no processo penal.



4 LIMITES À INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ CRIMINAL

Não há consenso na doutrina e na jurisprudência acerca da iniciativa probatória do juiz no processo penal; parte tem o entendimento de que é defeso ao magistrado a produção de provas *ex officio* no processo penal, por entender ser inconstitucional essa atitude; de outra banda, há construções que defendem a plena legitimidade do magistrado em conduzir o processo sempre se direcionando à busca da verdade real, podendo diligenciar de ofício a fim de esclarecer pontos obscuros sobre os quais tenha que decidir.

Exemplificando de maneira inicial, Muccio (2003) entende que o juiz tem permissão legal para produzir e juntar aos autos qualquer material probatório que se mostre útil ao esclarecimentos dos fatos a serem apurados no processo penal, mesmo que a parte interessada não tenha requerido ou produzido a prova.

O mesmo entendimento tem Nucci (2008), para quem a atuação *ex officio* do magistrado é uma consequência lógica dos princípios do impulso oficial e da verdade real, não devendo o julgador se preocupar com um possível beneficiamento da acusação ou da defesa, mas, ao contrário, zelar pela prevalência da verdade real no processo criminal.

Em contraponto, Souza (2008) propugna pela passividade judicial, asseverado que no sistema legal brasileiro o juiz deve-se ater aos requerimentos probatórios feitos pelas partes, sem jamais provê-los de ofício.

Assim, proceder-se-á, neste capítulo, à análise dos efeitos da reforma processual penal ocorrida em 2008, especificamente em relação à Lei 11.690/2008,

confrontando vários dispositivos do Código de Processo Penal, em especial o art. 156, frente à CF/1988 e seus princípios basilares, aprofundando o tema com hodiernas decisões jurisprudenciais e entendimentos doutrinários.

4.1 Reforma do Código de Processo Penal com a edição da Lei 11.690/2008

A referida lei teve seu embrião no Projeto nº 4.205, iniciado no ano de 2001, tendo como Relator o Deputado Federal Flávio Dino. Após o início da tramitação do projeto de lei, passaram-se sete anos, até que, em 10 de junho de 2008, foi publicada a Lei 11.690/2008, entrando em vigência em 11 de agosto de 2008, consoante a *vacatio legis* estabelecida por seu art. 3º.

O novo diploma legislativo modificou vários artigos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) em relação à prova e ao procedimento probatório.

Dentre os dispositivos modificados pela lei em epígrafe, ressaltam-se os artigos 156 e 212, que tratam sobre o ônus da prova e sobre a prova testemunhal, respectivamente:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I— ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II— determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

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

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

Dessa forma, ampliou substancialmente os poderes instrutórios do juiz, conforme se verifica da antiga redação do dispositivo: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Nas palavras de Nucci (2008, p. 119), comentando as alterações da Lei 11.690, afirma que “permanece o poder instrutório do juiz, agora ampliado para a fase investigatória, quando se pode determinar a produção antecipada de provas”.

Tal previsão também é positivada no âmbito da Justiça Militar. A título comparativo, o Código de Processo Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, traz redação semelhante ao art. 156, do CPP:

Art. 296. O ônus da prova compete a quem alegar o fato, mas o juiz poderá, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Realizada a diligência, sobre ela serão ouvidas as partes, para dizerem nos autos, dentro em quarenta e oito horas, contadas da intimação, por despacho do juiz.

De outro lado, é pacífico que alguns artigos do CPP não foram recepcionados pela nova ordem constitucional promulgada em 1988, citando-se o art. 26, em que anuncia a possibilidade da ação penal ser iniciada com o auto de prisão em flagrante ou portaria expedida pela autoridade policial ou judiciária em relação às contravenções penais. Resta claro sua incompatibilidade com a Constituição, haja vista a competência privativa do Ministério Público em promover a ação penal pública.

Contudo, há divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à legitimidade do art. 156 do CPP frente à CF/88, de modo que neste trabalho será aprofundado o estudo em relação ao inciso II deste artigo, ou seja, a possibilidade de atuação *ex officio* do juiz criminal na instrução probatória da ação penal.

4.2 Iniciativa do Estado-Juiz na produção da prova

Definindo o vocábulo “prova”, Liebman *apud* Souza (2008, p. 29) diz que “chama-se de provas os meios que servem para dar conhecimento de um fato, e por isso a fornecer a demonstração e a formar a convicção da verdade do próprio fato”.

Partindo desse conceito, pode-se traçar um comparativo entre as atribuições do juiz e o trabalho de um historiador, pois ambos se imiscuem na missão de reconstruir fatos passados com base em elementos encontrados ou produzidos, embora em nenhum caso será atingida a utópica e pretérita verdade absoluta (BADARÓ *apud* SOUZA, 2008).

A finalidade precípua da prova é atingir “a *verdade processual*, ou seja, a verdade *atingível* ou *possível*” (NUCCI, 2008, p. 392), bem como de convencer o espírito do julgador a se inclinar pela condenação ou absolvição do réu, devendo aquele motivar sua convicção de acordo com o material probatório carreado ao processo.

Avena (2008) diferencia os conceitos de obrigação e ônus, caracterizando aquele como um dever que, se descumprido, corresponderá a uma penalidade, enquanto este se caracteriza como um arbítrio, uma faculdade posta a disposição, sem que o descumprimento acarrete qualquer sanção.

Nesse sentido, o ônus da prova pode ser definido como uma faculdade das partes em demonstrarem em juízo fato específico e relevante, não tendo caráter de obrigatoriedade, mas sim de conveniência, de modo que não há penalidade aplicada por eventual inércia (GOMES; CUNHA; PINTO, 2008).

Da redação do art. 156, fica claro que o ônus primário da prova compete às partes: Ministério Público (ou ofendido) e réu. É ônus do acusador a prova do fato penal e da respectiva autoria, cabendo ao acusado provar negativa de autoria, excludentes de ilicitude ou atipicidade do fato. Todavia, para Greco Filho (1998), o ônus da prova em relação à defesa é um ônus diminuído, imperfeito, posto que a dúvida da imputação penal leva à absolvição, tendo em vista que milita em favor dessa o princípio do *in dubio pro reo*.

Todavia, da leitura processual constata-se que o ônus da prova compelido às partes não tem caráter absoluto, pois o artigo 156 (CPP), inciso II, faculta ao juiz uma atividade supletiva, subsidiária à atuação das partes.

Em relação a este dispositivo, Damásio de Jesus (2004, p.160) entende legítima a faculdade secundária conferida ao magistrado, comentando que:

Ao contrário, porém, do que ocorre no processo civil, na esfera criminal, vigorando o princípio da verdade real, pode o juiz determinar diligências, independentemente de provocação das partes, no sentido de apurar fato ou qualquer causa excludente do crime ou da culpabilidade, nos termos da segunda parte do dispositivo.

Nessa esteira, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em julgamento à apelação criminal da defesa, manifestou-se no sentido de caber ao juiz empreender diligências, subsidiariamente, em caso de omissão do *parquet*:

PROCESSO PENAL. PECULATO. OITIVA DE TESTEMUNHAS EM JUÍZO DEPRECADO. INTIMAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DOCUMENTAL. ÔNUS PROBATÓRIO DO PARQUET. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. DILIGÊNCIAS. VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS. [...]. 4. Em nome do princípio da verdade real, o julgador pode requerer, ex officio, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156 do CPP). Contudo, sob pena de ferir a imparcialidade exigida pelo sistema processual acusatório, não pode solicitar a produção de prova sobre a própria existência do delito, muito menos após encerrada a fase instrutória, em recurso exclusivo da defesa. (Apelação Criminal nº 2000.70.01.001840-4/PR, Oitava Turma, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator: Élcio Pinheiro de Castro, Julgado em 03/08/2005)

Na decisão acima, o Relator do julgamento cita em seu voto lição de Fernando Capez, em que ressalta restrição existente na aplicação do princípio norteador do processo penal – a busca pela verdade real:

Em razão de nosso Código de Processo Penal adotar o sistema acusatório, e não inquisitivo, tal faculdade de produção de provas pelo magistrado é supletiva, devendo, pois, ser comedida, nesse sentido, na sua atuação. Somente em casos excepcionais, quando a dúvida persistir no espírito do magistrado, é que este poderá dirimi-la, determinando as diligências. Essa pesquisa probatória a ser efetivada pelo juiz deve restringir-se a uma área de atuação por ele delimitada, com o fito de evitar a quebra de imparcialidade. [...].

Oliveira (2002) entende possível a atividade supletiva do magistrado conferida pelo art. 156, mas ressalta que as diligências empreendidas deverão ser direcionadas a qualidade ou idoneidade da prova já produzida nos autos, seja pela acusação ou defesa, não sendo permitido determinar diligências para produzir nova prova, sob pena de desigualar as forças dos pólos da ação.

Assim, no caso de haver dúvidas sobre pontos relevantes discutidos no processo, cabe ao juiz empreender diligências com o objetivo de esclarecer os pontos obscuros, pois não pode obrigar qualquer das partes a diligenciarem nesse sentido (DEMERCIAN, MALULY, 2001).

A pacificação social, objetivo fundamental das normas jurídicas, passa por um delicado equilíbrio entre as garantias asseguradas ao acusado e a eficácia do sistema, no caso, penal. Assim, este frágil equilíbrio somente é atingido quando há um refreamento do uso arbitrário do poder combinado a uma eficácia mínima do processo penal, de modo que não se apregoe a máxima eficácia do sistema nem o garantismo exacerbado.

Nesse sentido, Binder *apud* Dezem (2008, p. 73) afirma que o sistema ideal seria aquele em que há “uma máxima eficiência na aplicação da coerção penal, embora com respeito absoluto pela dignidade humana”.

Sobre o assunto, Muccio (2003, p. 175) pesa os bens jurídicos envolvidos no processo, destacando o interesse social em ver a efetividade da norma penal a uma insuficiente instrução do feito:

Ao Estado não interessa a condenação de um inocente, fruto da negligência ou omissão de sua defesa, mas também não interessa à sociedade a absolvição de um culpado; muito menos que o resultado de um processo criminal resulte da pura astúcia ou esperteza de uma das partes em detrimento da outra, se perceptível ao juiz.

O mesmo entendimento tem Grinover *apud* Thums (2006, p. 285), para quem “a pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte”.

Em sentido contrário e atacando frontalmente o art. 156 do Estatuto Penal Adjetivo, Lopes Jr. (2007) comenta que:

[...] dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156 do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador.

Corroborando a interpretação supra colacionada, o TJ/RS afirmou expressamente que o art. 156 (CPP) agride frontalmente o art. 129, inciso I, da CF/88, haja vista que este teria legitimado privativamente o MP para a promoção da ação penal pública e para a gestão da prova penal:

PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. ARTIGO 156, DO CPP. AGRESSÃO AO ARTIGO 129, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AO JUIZ É VEDADO PERSEGUIR PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE VALOR PROBATÓRIO ABSOLUTO. - **O texto do artigo 156, do CPP, proclamado pela acusação, fere expressamente a norma constitucional, quer genericamente diante da recepção do sistema processual acusatório, quer especificamente em seu artigo 129, I** (onde resguarda o princípio da inércia da jurisdição): eis a regra básica do jogo no sistema processual democrático: um acusa (e prova), outro defende e outro julga - não se pode cogitar da inquisitorial relação incestuosa entre acusador e julgador. [...]. (Apelação Crime Nº 70006183826, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 28/05/2003, grifo nosso).

Por certo, qualquer determinação de provas ou diligências *ex officio* pelo magistrado deverá ser ampla e previamente fundamentada, bem como as partes

deverão ser intimadas para manifestação em prazo razoável, em homenagem ao princípio do contraditório positivado na Constituição Federal, art. 5º, inciso LV, sob pena de ser caracterizado o cerceamento de defesa.

Entretanto, em que pese o caráter geral do art. 156, do CPP, há vários dispositivos espalhados no diploma processual que legitimam o magistrado, em casos específicos, a assumir uma postura ativa na colheita das provas, tendo em vista a busca da verdade real.

Em relação à prova testemunhal, o art. 209 do CPP possibilita ao magistrado a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes. Assim dispõe:

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1.º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

Com relação à faculdade conferida pelo artigo em epígrafe, o e. Superior Tribunal de Justiça corroborou a efetividade do dispositivo, se manifestando pela licitude do juiz em ouvir testemunhas se utilizando da previsão legal do art. 209:

RECURSO ESPECIAL – RÉU REVEL – ADMISSÃO DE ARROLAR TESTEMUNHAS FORA DO TRÍDUO LEGAL DO ART. 395, DO CPP – AFRONTA À TAXATIVIDADE DO ART. 798, DO MESMO DIPLOMA LEGAL – OITIVA QUE PODE SER DETERMINADA NA FORMA DO ART. 209, DO CPP. 1. Os prazos fixado no processo penal são contínuos e peremptórios (art. 798, do CPP), devendo, em obediência ao princípio da igualdade, serem respeitados pelas partes. Logo, não pode o juiz alterá-los, a seu talante, quebrando o equilíbrio que deve persistir no decorrer do feito. **Isso não significa que, à busca da verdade real, fique o magistrado impedido de ouvir as testemunhas arroladas a destempo** (mormente em casos de revelia, onde mais dificultoso se torna o contato entre defensor e acusado), **o que poderá fazê-lo se utilizando da faculdade que lhe permite o art. 209**, do mesmo estatuto. (STJ, RESP nº 141.628/GO, 6ª Turma, rel. Min. Anselmo Santiago, julgado em 02 de junho de 1998, DJ de 29 de junho de 1998, p. 00344, grifo nosso).

De maneira semelhante, o Excelso Pretório também conferiu validade à norma processual penal em epígrafe (RTJ 53/578 *apud* JESUS, 2004, p. 185), decidindo que “encerrada a instrução criminal, decorrido o prazo de diligências e já oferecidas pelas partes as alegações finais, é lícito ao juiz ouvir em diligência testemunhas, usando a faculdade do art. 209 do CPP”.

Na mesma senda, em recente julgado, a Oitava Câmara Criminal do TJ/RS validou o procedimento adotado pelo juiz, porquanto procedera à oitiva de

testemunhas estranhas à peça inicial acusatória, reafirmando, inclusive, o princípio da busca pela verdade real, tratado no item 3.3:

APELAÇÃO-CRIME. RECEPÇÃO QUALIFICADA. NULIDADE PROCESSUAL. INOCORRÊNCIA. **Sobressai no Processo Penal a busca pela verdade real**, o que autoriza, na esteira do artigo 209 do CPP, a oitiva de ofício pelo juiz de testemunhas não arroladas na denúncia. [...]. (Apelação Crime Nº 70023495831, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Landvoigt, Julgado em 13/08/2008)

Conforme leciona Mirabete (2001), não há óbice ao juiz para determinar a oitiva de testemunha não arrolada pelas partes, tendo em vista que o processo penal se dirige pelo princípio da verdade real, objetivando o correto sentenciamento do processo. Entretanto, Nucci (2008) ressalva que o juiz somente poderá determinar a oitiva de outras testemunhas após a colheita dos depoimentos das arroladas pelas partes, sob pena do artigo promover a desigualdade entre as partes.

Todavia, em sentido contrário, transcreve-se entendimento da Quinta Câmara Criminal do Tribunal gaúcho:

CORREIÇÃO PARCIAL. 1. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ, DESNECESSIDADE. 2. SISTEMA ACUSATÓRIO. **INQUIRIÇÃO DE OFÍCIO, VEDAÇÃO**. [...] 2. No sistema acusatório, o réu é tratado como sujeito de direitos, deve ter, suas garantias individuais (constitucionais) respeitadas, sem qualquer concessão (favor rei). [...]. **Manifestado desistência ministerial na inquirição de testemunhas, não incumbia ao magistrado determinar sua oitiva de ofício, pois sua iniciativa viola o sistema acusatório consagrado na Carta de 1988**. (Correição Parcial Nº 70017121849, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 08/11/2006)

No que diz respeito à nova redação do art. 212, o legislador retirou do CPP o sistema presidencialista, em que as partes formulavam as perguntas diretamente ao juiz, e este as reformulava à testemunha. Da forma atual, o Brasil adota o sistema da “*cross-examination*, que autoriza a inquirição direta das testemunhas, sem antes passar pelo filtro judicial” (GOMES; CUNHA; PINTO, 2008, p. 302), conforme se infere:

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

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

Não obstante, o dispositivo em tela atribui ao magistrado a possibilidade de complementar a prova testemunhal, inquirindo a testemunha sobre pontos obscuros de seu depoimento. Assim, traçando uma linha comparativa ao art. 156 do mesmo

diploma, verifica-se que o art. 212 assegura ao magistrado participar da produção probatória. Embora o julgador não mais reformule as perguntas às partes, manteve-se o espírito de formação do CPP de 1941, primando-se pela busca da verdade real dos fatos e atribuindo-se ao juiz a possibilidade de se posicionar ativamente na colheita testemunhal.

Já em relação à prova documental, o art. 234 do CPP legitima o magistrado a diligenciar na busca de provas documentais que tenham relação com as teses acusatórias ou defensivas, mesmo sem solicitação das partes:

Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

Ademais, existem documentos que somente poderão ser confeccionados com a requisição judicial, - documentos expedidos pela Receita Federal ou por instituições bancárias - razão pela qual é possível ao magistrado diligenciar neste sentido (NUCCI, 2008).

Todavia, a Quinta Câmara Criminal do TJ/RS tem entendimento consolidado que vai de encontro ao texto legal, descartando qualquer validade ao dispositivo em comento:

PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". SISTEMA ACUSATORIO. PROVA. GESTAO. PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA DE OFICIO PELO JUIZ. ILEGITIMIDADE. – Nulo é o ato processual em que restam agredidos os mandamentos constitucionais sustentadores do Sistema Processual Penal Acusatório. **A oficiosidade do juiz na produção de prova, sob amparo do princípio da busca da “verdade real”, é procedimento eminentemente inquisitório e agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa.** [...]. (Habeas Corpus Nº 70003938974, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 24/04/2002, grifo nosso).

Impende registrar que tal dispositivo não foi objeto de alteração pela Lei 11.690/2008, permanecendo com sua redação original, o que demonstra uma ratificação do legislador acerca desta postura a ser adotada pelo magistrado.

No que tange ao instituto da busca e apreensão, está previsto no art. 242, do CPP, a possibilidade de ser determinado de ofício pelo juiz, e está assim expresso: “A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento das partes”.

Sobre este ponto, o STJ proferiu julgamento ao REsp nº 502.881/PR, analisando situação em que o juiz, frente ao pedido de arquivamento do MP, determinou de ofício a realização de busca e apreensão cujos frutos deram embasamento a posterior oferecimento da denúncia pelo *parquet*. Em seu voto, o Ministro José Arnaldo da Fonseca asseverou que:

Contudo, corretamente alega o Ministério Público Federal que o magistrado efetivamente pode, de jure (e com base no Art. 242 do CPP), determinar a medida de busca e apreensão *ex officio*, em homenagem ao Princípio da Busca da Verdade Real, o que não pode ser visto como atividade vulneradora do sistema constitucional vigente. (STJ, REsp nº 502.881/PR, 5ª Turma, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 09 de dezembro de 2003).

Ressalta-se que, da mesma forma que o art. 234, o art. 242 não sofreu alteração em sua redação original pelas reformas ocorridas em 2008, demonstrando o legislador uma presunção de legalidade do dispositivo em tela.

Ainda, traz-se à discussão a possibilidade do art. 616, em que o Tribunal, em sede de recurso, poderá determinar diligências ou proceder novamente à oitiva de testemunhas para esclarecimento de pontos controvertidos. O art. 616 está assim redigido: “No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências”.

Em julgamento ao *Habeas Corpus* nº 69.335/SP, julgado em 09/06/1992, o STF relator Min. Marco Aurélio se utilizou da faculdade prevista no art. 616:

Ao Órgão revisor é assegurada a possibilidade de levar a efeito novo interrogatório do acusado, a reinquirição de testemunhas e determinar outras diligências (CPP, art. 616). Tal procedimento é norteado pela busca da verdade real, não se podendo cogitar de limitação consideradas as balizas do recurso interposto.

O dispositivo em comento permite ao Tribunal converter o julgamento em diligência, caso entenda pela necessidade de outras informações pertinentes ao julgamento da apelação, podendo tal decisão partir do relator ou revisor, bem como o Ministério Público atuante no Tribunal poderá promover parecer neste sentido (MIRABETE, 2001).

Ressalva Nucci (2008) que o art. 616 tem natureza suplementar destinado a esclarecer eventuais dúvidas dos integrantes do Tribunal, de maneira que não se

pode ampliar a matéria debatida nos autos, pois estaria configurada a supressão de instância e uma conseqüente nulidade.

Mirabete (2001, p. 1329) assevera o acima transcrito, entendendo que “em recurso exclusivo da defesa não se deve converter o julgamento em diligência”. Assim, em segunda instância, não pode o Tribunal se utilizar do princípio da busca da verdade real, sobretudo se o MP não houver apelado. Por certo, implicitamente fala-se do princípio do estado de inocência, devendo o Tribunal, em havendo dúvidas, interpretar o conjunto probatório em benefício do acusado, julgando desde logo o apelo defensivo.

Lecionando acerca do dever de inatividade do magistrado na iniciativa probatória, Thums (2006, p. 238) conclui que “o traço que caracteriza o juiz inquisidor contemporâneo é o poder de controle da prova, a possibilidade de condenar o réu mesmo com pedido de absolvição”. Aqui, o autor se refere ao art. 385 do CPP, que permite ao juiz condenar o réu mesmo que o Ministério Público propugne pela absolvição, podendo reconhecer agravantes ainda que o MP não as tenha alegado.

Salienta-se, nesse ponto, que o dispositivo em questão não foi suprimido ou alterado até os atuais dias, bem como a jurisprudência se utiliza do artigo para fundamentar decisões, conforme diversos julgados do Tribunal de Justiça do RS, citando-se, por exemplo, a Apelação Criminal nº 70027442789, em decisão publicada no DJ em 12/01/2009.

Após a análise destes dispositivos do CPP e seus respectivos entendimentos, percebe-se grande divergência quanto à legitimidade dos artigos comentados.

Na inolvidável lição de Lopes Jr. (2007, p. 73), o autor dispõe que “deve-se descarregar o juiz de atividades inerentes às partes, para assegurar sua imparcialidade”, alertando que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz criminal pode caracterizar o que chama de “quadro mental paranóico”, haja vista que o juiz que decide produzir material probatório já antecipadamente toma uma decisão, de modo que, após, se direciona a colher provas que justifiquem sua decisão, abrindo-se, dessa forma, a possibilidade do juiz primeiramente decidir e, só após, diligenciar nas provas que sustentem sua pré-decisão. Destarte, afirma o autor que “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo

penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador” (2007, p. 79).

Nesse viés, Oliveira (2002) entende que vários dispositivos do processo penal brasileiro deveriam ser reformulados, principalmente no que tange à produção probatória, a fim de que fosse afastada sua postura inquisitorial, de modo a não se permitir nem mesmo uma atividade supletiva do juiz.

Indo além, Maier *apud* Geraci e Tovil (2004) afirma que, em um plano ideal, não só o juiz não deveria se imiscuir na produção de provas, como também deveria existir um segundo julgador, que entraria em cena com a função específica de sentenciar o feito. Assim, este juiz não seria influenciado por fatores externos, não teria conhecimento de eventuais prova ilícitas produzidas e depois desentranhadas dos autos, bem como não saberia nem o nome do acusado; com isso, seria evitada qualquer contaminação que pudesse influenciar o espírito do magistrado quando do julgamento.

Nesse sentido, externando sua preocupação com o espírito que flui no CPP e na legislação extravagante, Thums (2006, p. 95) ressalta que “a questão mostra-se preocupante na medida em que a Constituição Federal garantista não consegue impor-se perante um Código de Processo Penal de 60 anos, com nítida ideologia inquisitória”.

A doutrina garantista baseia suas argumentações no princípio do estado de inocência asseverando que o magistrado não deve se imbuir no esclarecimento de fatos e dúvidas, assumindo postura ativa no processo, mas sim deve adotar o princípio como regra de julgamento, mantendo sua imparcialidade e absolvendo o acusado por insuficiência de provas.

Durante a gestação da Lei 11.690/2009, o Congresso Nacional fez figurar tal ideal no projeto de lei nº 4.205/01, onde se propunha a inclusão do § 4º ao art. 157 do CPP: “O juiz que conhecer do conteúdo de prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Contudo, tal dispositivo foi vetado pelo Presidente da República sob o fundamento de que o disposto no § 4º seria contrário à celeridade e à adequada prestação jurisdicional, tendo em vista os transtornos advindos de eventuais impedimentos dos juízes. Todavia, não foi envidado esforços pelo Plenário do Congresso Nacional para derrubar o veto presidencial.

Desta maneira, a par dos vários entendimentos acerca do tema, é extremamente valioso conhecer da interpretação dos tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, tendo em vista ser o guardião da Carta Magna. Assim, traz-se à colação decisões dos tribunais mencionados:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. JUÍZO DE CONVENIÊNCIA A PROPÓSITO DA IMPORTÂNCIA DA DILIGÊNCIA. 1. O artigo 7º do CPP confere à autoridade policial a faculdade de proceder à reconstituição do crime ou reprodução simulada dos fatos. **Nada impede que o juiz, no exercício dos poderes instrutórios, a determine se achar relevante para dirimir dúvidas.** (CPP, art. 156). (STF, RHC 88.320/PI, Segunda Turma, rel. Min. Eros Grau, julgado em 25/04/2006, grifo nosso).

RHC – PROCESSO PENAL – PROVA – REPRODUÇÃO – AMPLIAÇÃO – O processo penal, ao contrário do civil, não transige com a busca da verdade real. **O juiz pode determinar a reprodução de provas e colher as que sejam úteis à instrução**” (STJ, RHC nº 1330/RJ, 6ª Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 20 de agosto de 1991, DJ de 09 de setembro de 1991, p. 12.214, grifo nosso).

Ressalta-se que se o magistrado criminal determinar *ex officio* a produção de determinada prova, por óbvio não saberá ele, antecipadamente, o resultado daquela, de forma que, em tese, a imparcialidade do juiz não estaria comprometida. Tanto uma nova prova produzida de ofício pela autoridade judiciária poderá não ter nenhuma pertinência com a acusação quanto poderá, exemplificando, corroborar uma eventual tese de autoria negativa da defesa.

Neste sentido a lição de Greco Filho (1998, p. 217), para quem o juiz pode se imbuir na colheita do material probatório, desde que resguardada a imparcialidade e a equidistância em relação às partes:

[...] mesmo no processo penal, os poderes instrutórios do juiz, quanto à determinação de prova de ofício, são poderes complementares à iniciativa das partes que tem o ônus originário de requerer ou propor as provas pertinentes. [...]. Postas as questões relevantes, o juiz pode ultrapassar a iniciativa das partes determinando prova não requerida [...].

Partindo do pressuposto que a legislação busca aprimorar o sistema para uma reconstrução efetiva dos fatos pretéritos, Badaró (2008, p. 39) ressalta que “a prova produzida *ex officio* também poderá demonstrar – ou ao menos gerar dúvida sobre – a inocência do acusado”. Em contraponto, deverá o juiz ter “o cuidado de não perder de vista a imparcialidade, agindo de maneira supletiva e jamais assumindo a condição de parte, acusando ou defendendo” (GOMES; CUNHA; PINTO, 2008, p. 275).

Há de ser salientado que os problemas surgidos durante o período ateniense e romano, na vigência do sistema acusatório clássico, tinham origem justamente na passividade judicial. Concluindo a respeito do tema Andrade (2008, p. 216) ressalta que “na verdade, um processo assim desenhado trazia consigo suas naturais conseqüências negativas, que eram o ajuste entre as partes e a omissão proposital de uma delas à hora de comprovar a veracidade de seus argumentos”.

Nessa direção, Muccio (2003, p. 176) dita que “ao contrário do que se possa imaginar, [...], ao determinar a produção da prova faltante, nem de longe o juiz estará agindo com parcialidade, uma vez que necessita da prova para bem decidir, inclusive com imparcialidade”. Ressalta o autor a importância da riqueza probatória juntada aos autos para que o processo atinja sua finalidade, não podendo o juiz contentar-se passivamente com o que as partes trouxeram aos autos, mas sim carrear aos autos elementos de prova necessários para elucidação dos fatos.

Se por um lado a CF/88 ergueu-se sobre o modelo acusatório, o CPP adotou o princípio da verdade real, de maneira que “embora não possa o magistrado trazer para si o poder de uma ampla iniciativa probatória [...], também não é correto que assuma uma postura estática, de mero espectador diante dos acontecimentos patrocinados pelas partes” (AVENA, 2008, p. 156).

Nucci (2008, p. 394) entende perfeitamente válidos os dispositivos que autorizam o juiz a determinar a produção de provas, discorrendo que:

Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão-somente atingir a verdade.

Igualmente, Badaró (2008, p. 38) afirma não haver incompatibilidade entre o ônus da prova conferida às partes com o poder instrutório do juiz, sendo lícito ao sistema acusatório dotar o magistrado de tal faculdade, pois “permite uma maior eficiência tanto para a resolução das questões de direito, quanto para as questões de fato”.

Em análise à Lei nº 9.034/1995, Luiz Flávio Gomes *apud* Geraci e Tovil (2004) ataca frontalmente o art. 3º, argumentando que o diploma legislativo feriu os princípios da imparcialidade e do devido processo legal. Referida lei legitima o juiz a proceder, pessoalmente, à diligências para repressão de organizações criminosas,

sem mesmo haver ação penal instaurada. Nessa linha, a Corte Constitucional julgou parcialmente procedente a ADIn nº 1570, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, se manifestando pela inconstitucionalidade de dispositivos da referida lei, *in verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. **2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.** 3. **Funções de investigador e inquisidor.** Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (STF, ADIn 1.570/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 22/10/2004, grifo nosso)

Com base nos argumentos supra expendidos, o STF afasta a interferência pessoal do magistrado no inquérito policial, sob pena de abalo na imparcialidade do julgador.

Não obstante tal entendimento, a Lei 11.690/2008 altera a redação do art. 156 do CPP, incluindo a atribuição ao juiz de “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”. Assim, denota-se um grave descompasso entre os Poderes da República (Judiciário e Legislativo), criando dificuldades para os operadores jurídicos em assimilar a normatização jurídica e interpretar o sentido da lei.

Salienta-se que até a presente data não há nenhuma Ação Direta de Inconstitucionalidade em tramitação no STF questionando a constitucionalidade do art. 156 do CPP. Todavia, se fosse ajuizada uma ADIn questionando este artigo, provavelmente a demanda obteria êxito, especialmente quanto ao inciso I, com a declaração de inconstitucionalidade do referido artigo. Aqui, refere-se à

constitucionalidade, tendo em vista que o dispositivo sofreu alteração após a promulgação da CF/88 (Lei 11.690/2008).

Entretanto, no que diz respeito ao inciso II do art. 156, enfoque precípua desse trabalho, a tendência pode não ser a mesma. A Corte Constitucional parece inclinada a legitimar as recentes alterações do *codex* processual, haja vista o entendimento exposto no julgamento do *habeas corpus* 92.819/RJ, julgado pouco mais de dois meses depois da edição da Lei 11.690/2008.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. [...] FALTA DE COMPARECIMENTO DE TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. [...] 5. O Direito Processual Penal, na contemporaneidade, não pode mais se basear em fórmulas arcaicas, despidas de efetividade e distantes da realidade subjacente, o que é revelado pelo recente movimento de reforma do Código de Processo Penal com a edição das Leis n.ºs. 11.689 e 11.690, ambas de 09 de junho de 2008 [...] (STF, HC 92.819/RJ, Segunda Turma, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 24/06/2008)

De outro lado, a parte que se sentir prejudicada por qualquer postura ativa do magistrado na produção probatória, extrapolando as limitações legais, tem a possibilidade de arguir exceção de suspeição, prevista no CPP, art. 95, inciso I, bem como se utilizar de todos os recursos previstos no CPP, a fim de que se restaure a imparcialidade do julgador.

Também, a produção *ex officio* da prova deve ser previamente motivada (CF/88, art. 93, inciso IX) e cabalmente demonstrada sua necessidade, bem como não poderá haver no bojo dos autos nenhuma prova já produzida que atinja o mesmo fim da prova que se pretenda produzir.

Todavia, não há dúvidas de que o CPP deve ser interpretado e filtrado pela Constituição Federal.

Dessa forma, Moraes (2006, p. 11) ressalta que “a presunção de constitucionalidade das leis [...] exige que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal”.

Disso se conclui que as divergências acerca da instrução probatória *ex officio* pelo juiz criminal resolvem-se procedendo à interpretação da norma infraconstitucional de acordo com o estabelecido na Constituição. Antônio Magalhães Gomes Filho *apud* Geraci e Tovil (2004, p. 35) afirma que “a participação mais ativa do juiz na colheita das provas pode – e deve – ser preservada num

modelo processual acusatório, desde que limitada e orientada pelas garantias do devido processo legal”.

Não se pode olvidar da aplicação do princípio da proporcionalidade nesta questão, pois este dirá a forma como o magistrado deverá sopesar as garantias expressamente descritas na Constituição no caso concreto, devendo harmonizar os suportes principiológicos construídos por esta, a fim de que não haja enfraquecimento do sistema.

Com esse entendimento, Nucci (2008, p. 65) ressalta que os princípios têm a missão de “dar uniformidade ao sistema jurídico, cuja norma máxima é a Constituição, permitindo que a interpretação e a integração dos preceitos jurídicos sejam feitas de modo a dar coerência ao sistema normativo”.

Em outras palavras, prevendo a legislação processual penal a possibilidade de o magistrado proceder de ofício à coleta de provas para a instrução do processo penal, eventual prova carreada aos autos somente poderá ser considerada e mantida nos autos se vier em benefício do réu.

Esta pode ser uma interessante conjugação do princípio do estado de inocência somado ao princípio da busca pela verdade real, ambos manejados pelo princípio da proporcionalidade.

Caso contrário, ou seja, se a diligência procedida produziu prova em desfavor do réu, deve ser ela imediatamente retirada dos autos e desconsiderada para efeitos de motivação sentencial. Possivelmente, esta é a única interpretação possível dos diversos artigos do CPP analisados em consonância com o princípio da presunção da inocência expressamente previsto no art. 5º, inciso LVII.

Entendimento contrário seria agredir o texto constitucional, provocando uma ruptura nas bases principiológicas estabelecidas pelo Poder Constituinte originário.

Ressalta Moraes (2006, p. 22, 23) que o Poder Constituinte originário

[...] é o suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada pelos poderes constituídos. É, pois, esse Poder Constituinte, distinto, anterior e fonte da autoridade dos poderes constituídos, com eles não se confundindo. [...] Ressalte-se, ainda, que o Poder Constituinte é permanente, pois não desaparece com a realização da obra, ou seja, com a elaboração de uma nova Constituição.

Nessa esteira, denota-se que as orientações estabelecidas por este Poder não podem ser alteradas pelo Poder Constituinte derivado.

O Poder Constituinte derivado está inserido na própria Constituição, pois decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, portanto, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas [...]. Apresenta as características de derivado, subordinado e condicionado. (MORAES, 2006, p. 24)

Assim, em sendo o princípio da presunção da inocência uma norma constitucional de eficácia plena (art. 5º, LVII), se configurando em normas que “produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais” (Moraes, 2006, p. 7), sua normatividade recai e molda de maneira direta o CPP, para que este seja interpretado e aplicado de acordo com a Carta Magna, desde a sua promulgação.

4.3 Iniciativa jurisdicional e a absolvição do réu

Com relação ao dispositivo sentencial, a questão ora tratada difere do processo civil, na medida em que no semelhante penal não existe a possibilidade de o magistrado proferir decisão de “parcialmente condenado” ao réu. Assim, aparentemente a questão cinge-se à resolução de mérito proferida pelo juiz que, baseado em seu livre convencimento motivado, condena ou absolve o réu.

O Código de Processo Penal regula a chamada ação civil *ex delicto* nos arts. 63 a 68, de onde advém possibilidade da vítima buscar, em face do autor da infração penal, indenização material para o dano sofrido.

De início, o art. 63, do CPP, prevê que após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória a vítima poderá ajuizar ação de indenização, objetivando a reparação do dano sofrido.

De outro lado, não é correto afirmar-se que uma sentença absolutória na esfera penal isente o réu de quaisquer ônus. Por certo, a sentença de absolvição é um “certificado” fornecido pelo Estado de que o acusado nada deve à sociedade. Todavia, embora a responsabilidade civil seja independente da criminal, os efeitos penais da sentença de absolvição podem ultrapassar esta esfera, adentrando a responsabilidade na esfera cível.

Ao absolver o acusado da imputação feita pelo órgão do Ministério Público, ou pelo querelante, o magistrado deve fundamentar sua decisão com fulcro no art. 386 do CPP, mencionando no dispositivo sentencial o inciso em que se apóia; esta indicação ganha relevância na medida em que poderá, ou não, haver conseqüências jurídicas na esfera cível, de forma que o interesse do réu vai além do binômio condenação/absolvição.

Em análise a este dispositivo, visualiza-se que o mesmo é composto por sete incisos, conforme transcrito a seguir:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;
- VII - não existir prova suficiente para a condenação.

Convencido da absolvição ou da não-culpabilidade do réu, o magistrado deverá mencionar o inciso em que se funda sua decisão, mencionando-o expressamente no dispositivo da sentença, conforme se infere do *caput*.

Entretanto, dependendo de qual inciso for fulcrada a decisão judicial, diferentes conseqüências e possibilidades advirão para o réu e para a vítima.

Por isso há legitimidade do acusado em recorrer de sentença penal absolutória, visando modificar o fundamento legal da decisão. Mirabete (2001, p. 851) relata que “é possível apelar o réu absolvido da decisão para obter a modificação do fundamento legal quando preenchido o necessário pressuposto do recurso (eventual prejuízo em tese) que lhe confere legítimo interesse”.

Nessa senda, cola-se julgado do Tribunal de Justiça gaúcho:

[...] **SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. FALTA DE PROVAS. RECURSO DEFENSIVO. FUNDAMENTO LEGAL DA DECISÃO ABSOLUTÓRIA. PARCIAL PROVIMENTO.** [...]. II Relativamente ao segundo fato, embora ocorrido, certo que os comentários realizados pelo apelante não perfazem nenhum ato de grave ameaça ou violência. Atipicidade. III **Recurso parcialmente provido, com vistas a modificar o fundamento legal da absolvição no que diz com o segundo fato.** (Apelação Crime Nº 70018060350, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Eugênio Tedesco, Julgado em 19/04/2007, grifo nosso)

Na decisão acima, o apelo defensivo teve provimento para alterar o fundamento legal da absolvição, passando o *decisum* a ter fulcro no inciso III (art. 386), modificando assim o julgamento do juiz singular.

O inciso I (art. 386) absolve o réu pela inexistência do fato; desta disposição, conjugada com o art. 66 do CPP, afere-se que a sentença penal irradia seus efeitos para a esfera cível, impossibilitando eventual ação *ex delicto*. Távora e Alencar (2009, p. 185) afirmam que “a absolvição com este fundamento tranca as portas da esfera cível, fazendo coisa julgada”.

De outra banda, o inciso II absolve o réu por não haver prova da existência do fato: em outras palavras, não diz que o fato não ocorreu, se resume apenas a certificar que não foram juntadas provas suficientes à comprovação do fato penal. Na lição de Tourinho Filho (1998, p. 39), assevera que a vítima poderá buscar indenização na esfera cível em caso de absolvição do réu com fulcro no art. 386, inciso II, do CPP, *in verbis*:

Se, porventura, a absolvição basear-se na ausência de prova quanto à existência do fato, a ação civil poderá ser proposta, porque o Juiz penal deixou em aberto a questão de sua existência. Ele não negou a existência do fato. Disse, apenas, não ter sido feita prova perante ele. Evidente, pois, que tal prova poderá ser feita no civil.

Já o inciso III, declara o réu absolvido por não ser o fato penalmente típico. Destarte, neste caso não há vedações para o exercício da ação de reparação de danos pelo ofendido, pois “o reconhecimento jurisdicional da atipicidade da conduta somente deixa claro que o fato irrogado ao acusado não encontra moldura na norma penal sancionatória” (MOSSIN, 1998, p. 407).

O inciso IV foi agregado pela Lei. 11.690/08, não existindo no texto primitivo do art. 386. Este inciso afirma contundentemente a absolvição do réu pela existência de provas inequívocas de não ter ele concorrido para a prática do delito. Nesse sentido, Távora e Alencar (2009, p. 186) ressaltam que “fica clara a possibilidade de absolver pela certeza da negativa de autoria, o que por conseqüência, irá trancar as portas da ação indenizatória”. Tal entendimento é corroborado pelo art. 935 do Código Civil.

De outro lado, o inciso V absolve o réu por não haver provas de ter o réu concorrido para a infração penal, pois “trabalha com a dúvida, ou seja, da inexistência de prova suficiente para a condenação, já que a prova dos autos não foi

segura nesse sentido” (GOMES; CUNHA; PINTO, 2008, p. 306). Uma eventual e futura ação de reparação de danos materiais e/ou morais poderá ser intentada contra o réu, haja vista que à vítima é facultada a iniciativa de uma construção probatória na esfera cível.

Ainda, o inciso VI decreta a absolvição do acusado por haver qualquer das circunstâncias previstas no Código Penal que excluam o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo se houver dúvida acerca destas circunstâncias. Dentre estas, cita-se a coação irresistível e obediência hierárquica (art. 22), o estado de necessidade (art. 24) e a legítima defesa (art. 25), entre outras circunstâncias. Reforçando tal previsão, menciona-se o art. 65 do CPP: “Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

Assim, ao assumir uma postura ativa de acordo com o descrito nas situações acima, o cidadão age de acordo com o regramento jurídico vigente, não tendo, por conseqüência, nenhum dever de indenizar eventuais danos causados por sua ação, tendo em vista que agiu em conformidade com a lei (MOSSIN, 1998). Contudo, poderá haver reflexos na esfera cível, “pois a absolvição fundada em dúvida, [...], não inibe a vítima ou seus sucessores de manejar a respectiva ação de reparação” (GOMES; CUNHA; PINTO, 2008, p. 310).

Por fim, o art. 386 prevê o inciso VII, que trata da absolvição por insuficiência de provas carreadas aos autos. Assim, uma sentença absolutória fundada neste inciso por certo “não impossibilita a ação civil para a reparação do dano” (DEMERCIAN; MALULY, 2001, p. 488).

Francisco Campos, na exposição de motivos do CPP, no tópico dedicado à ação *ex delicto* assevera que:

Não será prejudicial da ação cível a decisão que, no juízo penal: 1) absolver o acusado, sem reconhecer, *categoricamente*, a inexistência material do fato; [...]; 3) declarar extinta a punibilidade, ou 4) declarar que o fato imputado não é definido como crime (grifo do autor).

Embora o excerto supra tenha sido redigido em 1941, quando da confecção do diploma processual, os dispositivos a que se refere estão intactos dentro do CPP,

corroborando os entendimentos colacionados em relação aos incisos II, VI e III, respectivamente.

É certo que o réu almeja a decisão judicial absolutória, mas o fundamento em que essa se dá reflete diretamente na responsabilidade civil do indivíduo.

Assim, uma postura ativa do juiz na colheita da prova pode vir a alterar o fundamento da absolvição. Por exemplo, se num determinado processo crime há fracos indícios probatórios de o réu ser culpado pelo crime narrado na denúncia, a consequência lógica é a absolvição do réu com fundamento no art. 386, inciso VII. Ou seja, o magistrado apenas estará declarando que não houve robustez suficiente nas provas a fim de condenar o acusado. Todavia, restará o réu absolvido.

No entanto, tomando-se como exemplo a mesma situação, em havendo íntima convicção do juiz acerca da inocência do réu, poderia o julgador se utilizar das faculdades conferidas pela legislação infraconstitucional e determinar uma diligência para dirimir dúvidas sobre pontos ventilados nos debates.

Dessa forma, a diligência poderia vir em benefício do réu, comprovando materialmente sua inocência, de modo que o julgador teria o substrato necessário para absolver o acusado com fulcro no art. 386, inciso IV, vetando eventual ação cível e retirando dos ombros do réu um “rótulo” de “não-culpado”. É claro o maior benefício vertido ao réu nesta situação do que na primeira narrada.

Assim, estar-se-ia aplicando os princípios ventilados no capítulo 3, buscando, outrossim, a maior eficácia dos institutos combinado a uma mínima restrição.

Nessa linha, também é certo que, observando o espírito constitucional que rege o nosso país, não poderia o CPP promover diferenciações quanto ao comprovadamente absolvido e ao absolvido por insuficiência de provas, haja vista as consequências morais e sociais já explicitadas. Nesse sentido, há um movimento no Congresso Nacional Brasileiro tendente a sepultar o vetusto e desfigurado Código de Processo Penal brasileiro, de modo a conceber um novo Código de Processo Penal, editado e sancionado conforme a nova ordem constitucional, o qual trata-se a seguir.

4.4 Breves considerações acerca do anteprojeto de lei relativo ao novo Código de Processo Penal

Instalada em 09 de julho de 2008 pelo então presidente do Senado, Garibaldi Alves Filho, a Comissão de Reforma do Código de Processo Penal foi criada através do Requerimento nº 227/2008 do senador Renato Casagrande. Atualmente a Comissão é composta de nove membros, sendo presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Hamilton Carvalhido.

Tais movimentos vêm ao encontro do que apregoa Lopes Jr. (2007, p. 78), para quem “a estrutura do Código de Processo Penal de 1941 deve ser adequada e, portanto, deve ser conformada à nova ordem constitucional vigente, cujos alicerces demarcam a adoção do sistema acusatório”.

Conforme notícia veiculada no sítio do Superior Tribunal de Justiça (CÓDIGO..., 2009), a Comissão de Juristas teria prazo até o final de julho de 2009 para finalizar o anteprojeto de lei, com a subsequente realização de audiências públicas para a apresentação do documento e o recolhimento de sugestões.

Todavia, antecipando-se aos prazos previstos, a redação do anteprojeto de lei foi concluída e entregue ao Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, em 22 de abril de 2009. Ato contínuo, o anteprojeto foi apresentado como projeto de lei, sendo autuado com o número PLS nº 156/2009, estando disponível para consulta pública no sítio do Senado Federal⁴.

Da análise do texto, verifica-se que vários são os pontos que o atual anteprojeto visa alterar, objetivando a celeridade processual e a reafirmação das garantias fundamentais (NOVO CPP..., 2009). Entre as mudanças estão a maior restrição de aplicação da prisão preventiva e o estabelecimento de um prazo máximo à segregação, a extinção da ação penal privada e da prisão especial para pessoas com diploma de nível superior.

Todavia, em relação ao tema desenvolvido neste trabalho, a proposta de mudança mais relevante diz respeito à criação da figura do juiz de garantias, sendo este responsável apenas por garantir a legalidade da investigação com o respeito aos direitos fundamentais, deixando a condução do inquérito policial a cargo da autoridade policial e do Ministério Público.

⁴ <http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/anteprojeto.pdf>

De acordo com o anteprojeto, este juiz não se confunde com o que atuará na fase processual, posto que aquele somente atuaria na fase pré-processual, com atribuições específicas de autorizar diligências que de alguma forma tenham relação com os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, por exemplo, a interceptação telefônica.

Dessa forma, o juiz de garantias se consubstancia em figura distinta do juiz da causa, objetivando assegurar uma maior imparcialidade ao juiz que futuramente sentenciará eventual ação penal. Assim, sua atuação teria fim com o oferecimento da denúncia, momento em que outro magistrado assumiria o processamento da ação penal. Segundo o Ministro Carvalho

[...] o juiz tem que julgar e deve se manter como tal. A acusação incumbe ao Ministério Público; a investigação, à polícia e o julgamento, ao juiz, que não tem de produzir prova de ofício. (...) O juiz de garantias é presença que não se pode mais retardar no direito penal brasileiro. (NOVO CPP..., 2009)

Todavia, na Corte Constitucional não há plena simpatia à figura do juiz de instrução. No julgamento da ADIn 1.570 (12/02/2004), em que foi declarada a inconstitucionalidade do art. 3º da lei 9.034/95, o Ministro Maurício Corrêa asseverou que “o dispositivo em questão parece ter criado a figura de Juiz de instrução, que nunca existiu na legislação brasileira, tendo-se notícia de que em alguns países da Europa esse modelo obsoleto tende a extinguir-se”.

De qualquer maneira, nota-se mais uma tentativa do Poder Legislativo e Judiciário de tornar a prestação jurisdicional mais eficaz, no que tange ao processo penal. Por ser apenas um anteprojeto de lei ainda não está completamente amadurecido, estando atualmente em fase de discussão e aperfeiçoamento.

Por esse motivo, não há produção doutrinária em relação à propostas de mudanças; mas, por certo, no decorrer deste ano e do ano vindouro, muitas discussões e debates serão travados, pois as mudanças sugeridas são substancialmente importantes aos operadores jurídicos e aos cidadãos jurisdicionados.

Por mais que seja pretendida, muitas vezes a verdade não é alcançada pelo processo judicial. No entanto, essa “verdade”, tão amplamente perseguida diariamente nos fóruns e tribunais de nosso país, não deve ser um fim em si mesma,

de maneira que fira garantias individuais homogêneas descritas em nossa Constituição.

Sobre este tema – a verdade – em breves linhas transcreve-se abaixo um poema de autoria de Carlos Drummond de Andrade, intitulado “Verdade”, o qual tive oportunidade de conhecer quando da pesquisa do tema desta monografia (ANDRADE, 2007, p. 47):

A porta da verdade estava aberta, mas só deixava passar meia pessoa de cada vez. Assim não era possível atingir toda a verdade, porque a meia pessoa que entrava só trazia o perfil de meia verdade. E sua segunda metade voltava igualmente com meio perfil. E os meios perfis não coincidiam. Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta. Chegaram ao lugar luminoso onde a verdade esplendia seus fogos. Era dividida em metades diferentes uma da outra. Chegou-se a discutir qual a metade mais bela. Nenhuma das duas era totalmente bela. E carecia optar. Cada um optou conforme seu capricho, sua ilusão, sua miopia.

O poema retrata conotativamente a cotidiana e árdua missão do juiz em juntar os dispersos e tendenciosos fragmentos de verdade trazidos pelas partes para, após minucioso processamento, formar uma imagem dessa verdade – que nunca será alcançada em sua plenitude.

Assim, de todo o exposto no presente trabalho, pode-se precisar que há esforços legislativos, estudos doutrinários e decisões jurisprudenciais que visam buscar uma interpretação razoável do ordenamento jurídico, buscando a celeridade e a garantia dos direitos fundamentais, conforme os princípios e valores construídos por nossa atual sociedade. A questão se é válida ou não a produção de provas *ex officio* pelo juiz criminal será discutida por muito tempo ainda, até que o legislador, revestido do Poder Constituinte derivado, possa estabelecer um sistema processual penal definido e uma redação clara e consonante com a legislação reguladora do processo penal.

5 CONCLUSÃO

Os entendimentos da jurisprudência e da doutrina apresentam posicionamentos divergentes quanto ao assunto tratado, ora tangenciando parcialmente em uma mesma direção, ora se dirigindo em sentidos totalmente opostos.

De toda a análise expendida é cabível direcionar-se ao entendimento de que o caminho mais apropriado é a interpretação do Código de Processo Penal em consonância com os princípios insculpidos na Carta Política de 1988, de modo que não haja exclusões de dispositivos ou princípios. Com esse olhar, denota-se que a interpretação aplicável vai no sentido de que ao juiz é lícita a determinação de provas e diligências no processo penal, desde que o material probatório seja produzido para o benefício do réu.

Assim, dissecando-se o art. 156 (CPP) frente ao ordenamento constitucional vigente, tem-se que não cabe outra interpretação deste dispositivo a não ser a possibilidade de produção probatória *ex-officio* pelo juiz somente nos casos em que tenha a convicção da inocência do acusado. Em outras palavras, convicto o magistrado da inocência do réu, teria aquele respaldo legal e constitucional a determinar diligências, se houver dúvida sobre ponto relevante, de modo que, esclarecendo-as, tem a possibilidade de fundamentar a sentença absolutória com base em dispositivo legal que impeça eventual ação de reparação de danos, bem como que preserve o princípio da dignidade humana.

Por conseguinte, tendo a diligência *ex officio* culminado na produção de uma prova que venha em desfavor do acusado, aquela deve ser desentranhada dos

autos e totalmente desconsiderada quando da apreciação probatória e realização do julgamento. Do contrário, estaria-se retrocedendo no tempo e voltando às origens do sistema inquisitivo, onde um dos elementos fixos seria a gestão da prova nas mãos de uma única pessoa, que agregaria as funções de julgador e acusador.

Do contrário, tendo o juiz a convicção da culpabilidade do réu e assumindo uma posição ativa na complementação da prova, estará ele ultrapassando as limitações impostas pela lei e pela Constituição Federal, tendo em vista o princípio do estado de inocência amplamente consagrado nesta.

Tal interpretação vem ao encontro do princípio da dignidade humana, constitucionalmente previsto (CF/88, art. 1º, III), pois não haveria prejuízo ao acusado se fosse produzida determinada prova ou diligência que viesse em seu favor. Ao contrário, com o fortalecimento do conjunto probatório em seu benefício, tanto mais poderá o julgador, ao proferir sua sentença, absolver o réu por inexistência do fato, ou por estar provado que este não concorreu para o delito imputado, caso em que estaria-se afirmando o princípio da dignidade humana e obstando-se uma eventual e futura ação civil *ex delicto*.

Não há dúvidas de que o princípio do estado de inocência é um pilar-mestre de nosso ordenamento jurídico; todavia, como já desenvolvido no item 3.5, ele não tem caráter absoluto, devendo ser conjugado com outros princípios constitucionais, entre eles, o princípio da dignidade humana.

Aqui se mostra a relevância do tema desenvolvido para a consecução dos objetivos a que o processo penal se propõe: um julgamento justo ao acusado, com respeito ao devido processo legal e aliado a uma necessária reprimenda estatal aos que efetivamente infringirem determinada norma penal.

Analisando e buscando um sentido constitucional para os dispositivos que autorizam o magistrado a determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, tem-se que, além da importância do princípio da presunção da inocência, há também reflexos no princípio da dignidade humana, pois não pode ser pacificamente aceito que um cidadão acusado inocentemente venha a ser absolvido com fulcro no inciso VII do art. 386, gerando, além da condição estigmatizante de “não-culpado”, uma possibilidade de que tal este venha a ser acionado na esfera

cível, gerando outra série de transtornos a quem não cometeu nenhuma infração à lei.

Tal situação, repise-se, poderia ser evitada se os dispositivos processuais penais fossem interpretados em consonância com todos os princípios constitucionais.

Entretanto, o tema é bastante polêmico, considerando se tratar da restrição de um direito individual de primeira geração, qual seja, a liberdade. Não há, aqui, qualquer pretensão de se esgotar o tema tratado, mas sim, retroceder historicamente a fim de buscar as origens das normas que vigem atualmente e, dessa maneira, compreender a forma como as disposições normativas estão postas a regular toda a semântica normativa.

Em suma, são vários os aspectos relacionados ao tema em questão, cabendo aos operadores jurídicos interpretar sistematicamente a legislação em consonância com a ordem constitucional e a constante evolução da sociedade, procurando-se abstrair ao máximo a real vontade da lei, tendo em vista que outro não é o desejo dos cidadãos da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANDRADE, Carlos Drumond de. **Corpo**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

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

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, t. 1.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2008.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 out. 1941**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2008.

_____. Decreto-Lei nº 3.931, de 11 de dezembro de 1941. Lei de Introdução ao Código de Processo Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 dez. 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del3931.htm>. Acesso em 28 jan. 2009.

_____. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002.htm>. Acesso em 28 jan. 2009.

_____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 25 mar. 2009.

_____. 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 República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 15 ago. 2008.

_____. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 jun. 2008. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11719.htm>. Acesso em: 12 fev. 2009.

_____. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 mar. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 18 mar. 2009.

_____. Senado Federal. **Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/novocpp/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Brasília, STF, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF2009.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2009.

_____. Ministério da Justiça. Assembléia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 05 fev. 2009.

_____. Ministério Público Federal. Convenção Americana de Direitos Humanos. **Pacto de San José da Costa Rica**. 1969. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs_convencao/convencao_americana_dir_humanos.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.330/RJ. Sexta Turma. Relator: Ministro Luiz Vicente Cercchiaro. Brasília, 20 de agosto de 1991. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199100129348&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 06 fev. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 13.375/RJ. Sexta Turma. Relator: Ministro Luiz Vicente Cercchiaro. Brasília, 17 de fevereiro de 1992. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199100157244&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 05 fev. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 141.628/GO. Sexta Turma. Relator: Ministro Anselmo Santiago. Brasília, 02 de junho de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199700517942&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 06 fev. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 33.110/SP. Quinta Turma. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 27 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200400049084&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 15 fev. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 174.290. Sexta Turma. Relator: Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, 13 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199800347925&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 18 fev. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 502.881. Quinta Turma. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, 09 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=502881&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em: 17 fev 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus nº 69.696. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 de dezembro de 1992. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2069696.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2069696.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2069696.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2069696.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 06 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus nº 69.335. Segunda Turma. Relator. Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de junho de 1992. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2069335.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2069335.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2069335.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2069335.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 03 mar 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 de dezembro de 1995. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(MS\\$.SCLA.%20E%2022164.NUME.\)%20OU%20\(MS.ACMS.%20ADJ2%2022164.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(MS$.SCLA.%20E%2022164.NUME.)%20OU%20(MS.ACMS.%20ADJ2%2022164.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 07 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADI\\$.SCLA.%20E%201570.NUME.\)%20OU%20\(ADI.ACMS.%20ADJ2%201570.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADI$.SCLA.%20E%201570.NUME.)%20OU%20(ADI.ACMS.%20ADJ2%201570.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 18 mar. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas-Corpus nº 88.320. Segunda Turma. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 25 de abril de 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RHC\\$.SCLA.%20E%2088320.NUME.\)%20OU%20\(RHC.ACMS.%20ADJ2%208320.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RHC$.SCLA.%20E%2088320.NUME.)%20OU%20(RHC.ACMS.%20ADJ2%208320.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 16 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus nº 86.384. Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 18 de outubro de 2005. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2086384.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2086384.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2086384.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2086384.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 17 fev. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-Corpus nº 92.819. Segunda Turma. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 24 de junho de 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2092819.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2092819.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2092819.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2092819.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 15 fev. 2009.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação nº2000.70.01.001840-4/PR. Oitava Turma. Relator: Élcio Pinheiro de Castro. Porto Alegre, 03 de agosto de 2005. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=504187&hash=ab13a0f27d408ab43602da283a590f3b>. Acesso em 08 fev. 2009.

CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. In: **Vade Mecum**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 7 ed.2009.

CHEMIN, Beatris F. (Org.). **Guia prático da Univates para trabalhos acadêmicos**. Lajeado: Univates, 2005.

CLARET, Martin. **Galileu - Vida e Pensamentos**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

CÓDIGO de Processo Penal: em busca de uma legislação efetiva. Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 01 fev. 2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=90752>. Acesso em: 01 fev. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: n. 175, jun. 2007. Mensal.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2001.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Da Prova Penal**. Campinas: Millenium, 2008.

ENGLAND. **Magna Charta Libertatum**. 1215. Disponível em: <http://www.bl.uk/treasures/magnacarta/translation/mc_trans.html>. Acesso em: 22 abr. 2009.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira S.A., 1985.

GERACI, Denise de Mattos Martinez; TOVIL, Joel. **Poderes instrutórios do juiz**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 26, jun/jul, 2004. Bimestral.

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

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998.

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O princípio da presunção de inocência. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, jun./jul. 2008. Bimestral.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Millennium, v. 1, 2ª ed., 2003.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1998, t. 1.

MUCCIO, Hidejalma. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: HM, 2003.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal**. Sistemas e Princípios. Curitiba: Juruá, 2008.

NOVO CPP deve estar pronto para consulta pública em março, afirma Carvalhido. Superior Tribunal de Justiça. Brasília, 06 fev. 2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=90826>. Acesso em: 06 fev. 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. **Curso de Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao>. Acesso em: 15 mar. 2009.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70003938974. Quinta Câmara Criminal. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 24 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 06 fev. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70006183826. Quinta Câmara Criminal. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 28 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 06 fev. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70017121849. Quinta Câmara Criminal. Relator: Aramis Nassif. Porto Alegre, 08 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 06 fev. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Correição Parcial nº 70016055188. Quinta Câmara Criminal. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 26 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 06 fev. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70022113773. Quinta Câmara Criminal. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 19 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 06 fev. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70018060350. Quarta Câmara Criminal. Relator: José Eugênio Tedesco. Porto Alegre, 19 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 10 fev. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70022266498. Quinta Câmara Criminal. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 12 de março de 2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 06 fev. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70023495831. Oitava Câmara Criminal. Relator: Marlene Landvoigt. Porto Alegre, 13 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 07 fev. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70024641839. Sexta Câmara Criminal. Relator: Mário Rocha Lopes Filho. Porto Alegre, 04 de dezembro de 2008.

Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 05 fev. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70026057406. Primeira Câmara Criminal. Relator: Manuel José Martínez Lucas. Porto Alegre, 10 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 06 fev. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70026994798. Terceira Câmara Criminal. Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos. Porto Alegre, 15 de janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 02 abr. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação nº 70020434437. Primeira Câmara Criminal. Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre, 11 de março de 2009. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 04 abr. 2009.

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

TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. **O novo sistema de provas no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994, t. 1.

_____. **Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998, t. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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



ANEXO

ANEXO A – LEI Nº 11.690, DE 9 DE JUNHO DE 2008.**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos****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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Os arts. 155, 156, 157, 159, 201, 210, 212, 217 e 386 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“**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.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.” (NR)

“**Art. 156.** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” (NR)

“**Art. 157.** São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO)

“Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico.” (NR)

“CAPÍTULO V

DO OFENDIDO

Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.” (NR)

“Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.

Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.” (NR)

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

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.” (NR)

“Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.” (NR)

“Art. 386.

.....

IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Parágrafo único.

.....

II – ordenará a cessação das medidas cautelares e provisoriamente aplicadas;

.....” (NR)

Art. 2º Aqueles peritos que ingressaram sem exigência do diploma de curso superior até a data de entrada em vigor desta Lei continuarão a atuar exclusivamente nas respectivas áreas para as quais se habilitaram, ressalvados os peritos médicos.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 9 de junho de 2008; 187º da Independência e 120º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Tarso Genro

José Antonio Dias Toffoli