

CENTRO UNIVERSITÁRIO
UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO

NAILA CARVALHO DUAILIBE

**UMA ANÁLISE SOBRE O SISTEMA ACUSATÓRIO E A POSSIBILIDADE DE
INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

São Luís

2022

NAILA CARVALHO DUAILIBE

**UMA ANÁLISE SOBRE O SISTEMA ACUSATÓRIO E A POSSIBILIDADE DE
INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentado ao Curso de Graduação em
Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino
Superior Dom Bosco como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me Thiago Gomes Viana

Aprovada em 14/12/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Thiago Gomes Viana (Orientador)

Centro Universitário

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

Profa. Ma. Danielly Thays Campos

Centro Universitário

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

Prof. Me. Carlos Helder Carvalho Furtado Mendes

Centro Universitário

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

São Luís

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Duailibe, Naila Carvalho

Uma análise sobre o sistema acusatório e a possibilidade de iniciativa probatória do juiz no processo penal brasileiro. / Naila Carvalho Duailibe. __ São Luís, 2022.

46 f.

Orientador: Prof. Me Thiago Gomes Viana.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2022.

1. Iniciativa probatória do juiz. 2. Sistema acusatório.
3. Contraditório. 4. Imparcialidade - Constituição. I. Título.

CDU 343.1

“Aos meus pais, não apenas por retribuição mas por agradecimento pelo apoio e amor incondicional.”

“Podeis deixar de atingir vosso objetivo,
mas participai da corrida mesmo assim.”

Giordano Bruno

RESUMO

Esta monografia objetiva analisar o sistema acusatório e a possibilidade de iniciativa probatória do juiz prevista no processo penal brasileiro, através desta análise, pretende-se demonstrar a inconformidade da iniciativa probatória do juiz com um modelo de vertente acusatória do processo penal. Deste modo, inicialmente será abordado os princípios e características principais presentes no sistema acusatório e no sistema inquisitório, buscando destacar os principais conceitos presentes em cada modelo e realizando, ainda, ponderações acerca da possibilidade de um sistema misto, ou seja, um sistema processual que possui características acusatórias e inquisitórias. Além disso, será analisado a atuação do juiz no processo penal, através de uma abordagem que delinea os princípios centrais e as limitações legais que a norteiam. Por fim, analisa-se a iniciativa probatória do juiz sob a perspectiva das limitações do poder jurisdicional, concluindo com algumas ponderações quanto à conformidade do sistema processual penal vigente no Brasil atualmente com o modelo previsto constitucionalmente.

Palavras-chave: Iniciativa probatória do juiz. Sistema acusatório. Contraditório. Imparcialidade. Constituição.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the accusatory system and the possibility of a judge evidentiary initiative foreseen in the Brazilian Code of Criminal Procedure, through this examination, intends to demonstrate the nonconformity of a evidentiary initiative by the judge and a accusatory based persecution. Thus, at first is going to be approached the principles residents in the accusatory system and in the inquisitorial system, seeking to highlight the main concepts present in each template and still complying with weightings about the possibility of a mixed system, meaning a procedural system that has accusatory and inquisitorial characteristics. In addition, it will be analyzed the role of the judge in criminal proceedings through an approach that outlines the main principles and the legal restrains that guides the activity. Lastly, it will be analyzed the judge evidencial initiative under the perspective of the jurisdictional power limitations, concluding with a few weightings about the the conformity of the criminal procedure system currently in force in Brazil with the constitutionally foreseen template.

Key words: Judge evidentiary initiative. Accusatory system. Adversarial principle. Principle of impartiality. Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS

CPP	Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 1941)
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
CF/88	Constituição Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	10
2.1 Sistema Inquisitório	11
2.2 Sistema acusatório	14
2.3 A (in)existência de um sistema processual penal misto	16
3 A ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	21
3.1 Princípio da imparcialidade	22
3.2 Princípio do juiz natural	24
3.3 Princípio do contraditório e suas nuances	25
3.4 Impossibilidade do alcance da “verdade real” e a obtenção da “verdade processual” como limite para atuação do juiz	29
4 A INICIATIVA PROBATÓRIA PELO JUIZ NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	33
4.1 A (in)compatibilidade do sistema processual penal vigente no Brasil com a Constituição Federal	37
5 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia irá realizar uma análise acerca do sistema acusatório e a possibilidade de iniciativa probatória do juiz prevista no processo penal brasileiro, especialmente quanto a relação entre o agir de ofício através da realização de diligências em busca de provas e um sistema processual de vertente acusatória.

A presente discussão gera diversos debates doutrinários já que, atualmente, não existe determinação legal acerca de qual modelo de sistema é adotado pelo ordenamento brasileiro, nem entendimentos jurisprudenciais concretos.

Uma grande maioria reconhece a inexistência de um sistema misto, porém, esta classificação ainda é extremamente utilizada para definir o ordenamento brasileiro, por possuir elementos correspondentes aos dois modelos. Porém, um número significativo já afirma que não existiria um sistema misto, e o oposto também não, ou seja, um sistema completamente acusatório ou completamente inquisitório, sendo necessário delinear os princípios nucleares de cada modelo e perceber quais destes são protegidos legalmente, só assim se reuniria elementos suficientes para classificar um sistema.

Estes desentendimentos doutrinários não impedem a existência do artigo 156 do CPP, que prevê a possibilidade da iniciativa probatória pelo juiz antes e durante a ação penal, fomentando ainda mais a discussão acerca do tipo de sistema processual adotado no Brasil, já que alguns doutrinários afirmam que o artigo representa uma característica inquisitória que deveria ser afastada de um contexto acusatório, outros já afirmam que a iniciativa probatória de ofício pelo juiz, destoa do artigo 129, I da CF/88 previsão constitucional, já que este determina que os deveres da acusação na ação penal pública são delegados de forma privativa ao Ministério Público e a busca de provas seria um dever delegado a acusação, portanto, gera uma inconstitucionalidade. Enquanto outros afirmam que não há qualquer inconstitucionalidade na manutenção da possibilidade de iniciativa probatória pelo juiz, se realizada com limites como a imparcialidade e submissão ao contraditório.

Desta forma, será realizado um aprofundamento acerca destes pontos através de um método dedutivo mediante pesquisa bibliográfica utilizando artigos,

doutrinas, livros e jurisprudência, por meio de uma exploração dos temas que o envolvem.

Inicialmente, o segundo capítulo visa analisar os modelos acusatório e inquisitório, buscando perceber e extrair as características de ambos, além disso, adentrará na discussão da existência de um sistema misto. O segundo capítulo foca na atuação do juiz no processo penal brasileiro e os princípios e os limites legais na atuação jurisdicional, sendo estes a imparcialidade, o juiz natural, o contraditório e a busca da verdade pelo juiz dentro do processo. O capítulo final aprofunda a discussão previamente apontada em relação a iniciativa probatória pelo juiz e o modelo processual vigente no Brasil, sendo inicialmente necessário estabelecer se este é acusatório ou inquisitório, e de que forma essa determinação se relaciona com uma atividade probatória do juiz, também se discute a conformidade do sistema vigente com a Constituição Federal.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

As formas de sistema foram criadas visando atribuir conformidade a um conjunto de normas e instituições, assim os tornando intrinsecamente harmônicos e coerentes.¹ Portanto, estes sistemas serão responsáveis por guiar a interpretação judicial e definir a forma de atuação dos entes processuais sob um certo regimento jurídico.²

Apesar de rotulados como inúteis, ultrapassados e sem nenhuma utilidade além de causar confusão e prejudicar a clareza conceitual³ por alguns doutrinadores jurídicos, os sistemas processuais agem como comandos ou meios descritivos emanados da Constituição, ou seja, a essência ou direcionamento base para construção de um sistema jurídico.⁴

Atualmente as estruturas processuais penais são estabelecidas em sistema inquisitório, acusatório e misto, porém, não correspondem a modelos puros e remetem apenas a necessidade da elaboração de um esquema próximo do ideal.⁵

Aury Lopes remete a insuficiência do conceito de um sistema misto⁶ devido a inexistência de um sistema completamente puro, ou seja, todos os sistemas são mistos, porém possuem um princípio informador que o define como inquisitório ou acusatório em sua essência ou núcleo.

No Brasil, percebemos tal fato com grande clareza, já que a estrutura processual penal brasileira é um produto inacabado⁷, portanto, se classificaria como mista em base no conceito reducionista utilizado na classificação de sistemas mistos⁸, porém se percebe preferência constitucional ao sistema acusatório tratada em momento posterior.

¹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Ebook.

² DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Ebook.

³ MONTERO AROCA, Juan. **El Derecho Procesal em el Siglo XX**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

⁴ Prado, Geraldo. *Op cit.*

⁵ *Ibidem.*

⁶ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Ebook.

⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>> Acesso em: 03 out. 2022.

⁸ LOPES JR., Aury. *Op. cit.*

Com isso, será necessário analisar cada um dos sistemas, inclusive o sistema misto, para assim compreender o sistema processual penal adotado atualmente no Brasil.

2.1 Sistema Inquisitório

O sistema inquisitório se inicia na Roma Antiga, mas toma sua forma mais aperfeiçoada na Idade Média em 1231, através da fundação oficial da Inquisição pelo Papa Gregório IX, por meio da bula *Excommunicamus*. Nesta foram nomeados os inquisidores permanentes iniciais, além de determinar que estes deveriam trabalhar de forma conjunta com os bispos de cada localidade sob jurisdição da Igreja Católica e o poder civil comum – senhores feudais e nobres.⁹

Fortemente fundado no rígido combate a delinquência e necessidade de alta efetividade na persecução penal, o processo criminal é remodelado passando a se tratar de um combate entre o juiz-inquisidor – que acumula as funções de investigar, acusar e julgar – e o acusado – normalmente denominado por herege por descumprir os Mandamentos da Igreja Apostólica Romana.¹⁰

Coutinho pontua a inexistência das partes e a superioridade da figura do juiz-inquisidor como umas das principais características do sistema inquisitório.¹¹

O controle direto do processo penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o *actus trium personarum* já não se sustenta. Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido. A superioridade do juiz, à evidência, é nítida (mas lógica, na estrutura do sistema), até porque o desencadeamento e o impulso processual é atribuição sua, o que pode ser evidenciado, entre outras coisas, a partir do fato de fixar tanto o *thema probandum* quanto o *thema decidendum*. Estabelece-se, assim, uma característica de extrema importância a demarcar o sistema, enquanto puro, ou seja, a inexistência de partes, no sentido que hoje emprestamos ao termo. Não obstante o vigor com que conduz e orienta o discurso de alguns, às vezes usada como ponto de partida ou mesmo como fator único de distinção, trata-se de elemento distintivo secundário, até porque se pode ter um processo inquisitório e partes, como sucedia no ancien régime com as *Ordonnance criminelle* (1670), de Luís XIV.

⁹ SCHULZ, Marcos. **A grande virada da Inquisição**: heresias, tribunais e judeus na Península Ibérica – séculos XV-XVIII. Revista Tempo de Conquista. RTC 13. Jul. 2013.

¹⁰ BOFF, Leonardo. **Memória Mundo Inquisidor**: Prefácio. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/inquisidor/prefacio.html> Acesso em: 04 out. 2022.

¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em: <https://emporiadireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> Acesso em: 04 out. 2022.

Por mais, a gestão da prova é inteiramente dominada pelo juiz e a perseguição penal resumia-se no alcance da verdade absoluta¹², sendo a confissão a maior das provas e a instrumentalização para o caminho da verdade, levando ao entendimento *confessio est regina probationum*.¹³

Visando garantir a efetividade da Inquisição, ela foi revestida de poderes que a tornaram inquestionável. As Escrituras Sagradas e o Manual dos Inquisidores eram as únicas fontes de aplicação do direito e foram reveladas por Deus a juízes selecionados graças a misericórdia divina, já que a humanidade deveria pagar pelos pecados cometidos por Adão e Eva através da exclusão completa do mundo sobrenatural.¹⁴ Este entendimento de que os membros da Inquisição possuíam uma atribuição divina levou a oferta de certas prerrogativas aos inquisidores pelo papa Alexandre IV, como a permissão para torturar e o direito de perdão mútuo e de reabilitação mútua em casos de excomunhão, os tornando imunes contra o direito comum.¹⁵

Esta narrativa atribui infalibilidade ao Magistério da época, sendo os juízes selecionados os únicos capazes de alcançar a interpretação real das Escrituras Sagradas. Por isso, o crimes mais grave não era os cometidos entre as pessoas comuns, mas o que se voltavam contra a ortodoxia aplicada sob a fé cristã católica: a heresia.¹⁶

Portanto, as punições aplicadas aos crimes contra a fé possuíam um alto grau de severidade, culminando no confisco de bens, na perda da liberdade ou – em casos mais graves – na pena de morte.¹⁷

Outra característica marcante do sistema inquisitório apontada por Aury Lopes Jr. é a abolição da acusação e da publicidade – conceitos basilares no processo penal moderno – já que a atuação do juiz-inquisidor ocorre de ofício e em sigilo, sendo

¹² BOFF, Leonardo. **Memória Mundo Inquisidor**: Prefácio. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/inquisidor/prefacio.html> Acesso em: 04 out. 2022.

¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> Acesso em: 04 out. 2022.

¹⁴ BOFF, Leonardo. *Op Cit.*

¹⁵ SCHULZ, Marcos. **A grande virada da Inquisição**: heresias, tribunais e judeus na Península Ibérica – séculos XV-XVIII. Revista Tempo de Conquista. RTC 13. Jul. 2013.

¹⁶ BOFF, Leonardo. *Op Cit.*

¹⁷ SOUZA, Ney de *et al.* **Aspectos da Inquisição Medieval**. Revista de Cultura Teológica. N. 73. V. 19. jan/mar, 2011.

as denúncias de heresia registradas de forma anônima, garantindo que os nomes dos acusadores e testemunhas sejam mantidos em segredo. Portanto, o processo penal era apenas um meio de punir o pecado e a heresia através de um modelo unilateral, onde não havia distinção das partes ou repartições de funções entre os atores do processo.¹⁸

Carvalho afirma que a prova no modelo inquisitório servia apenas para demonstrar se o teor da acusação apontada pelo juiz-inquisidor estava correto, firmando quadros paranoicos e fortes tendências de agir policial no magistrado.¹⁹

Desta forma, o papel do inquisidor se resume a buscar sinais de delito através da investigação, em específico fazer os acusados falarem já que, independentemente de serem culpados ou inocentes, detém toda a informação necessária para o alcance da verdade real, portanto, é o caminho para o sentenciamento perfeito.²⁰ É assim que o sistema inquisitório intensifica os fluxos verbais, transformando o processo em uma sonda psíquica onde cada sílaba proferida pelo acusado é recolhida e decifrada.²¹

As mudanças histórico-sociais levaram a uma alteração da aplicação do sistema inquisitório, especialmente a laicização do direito penal e processual penal, e a mudança de fonte do Direito Natural, deixando o teocentrismo e dando ênfase no homem e na Razão.²²

Nota-se, contudo, que o humanismo e o racionalismo estão inseridos no câmbio de concepção do próprio Direito Natural, ou seja, da sobreposição do jusnaturalismo antropológico ao teocêntrico. Assim, o processo que culmina com a erradicação do delito de heresia, simbolizando a ruptura secular entre delito e pecado, representa mudança nuclear no que tange à legitimidade dos sistemas jurídicos. Se os processos inquisitoriais eram justificados a partir da teoria jusnaturalista de ênfase teológica, a Ilustração igualmente utilizará fundamento de direito natural, porém de sustentação humanitária. Despreza-se o direito natural revelado em prol de um direito natural conquistado pela revolução racionalista.

Com isso, o direito processual penal mantém o sistema inquisitório como norteador de sua aplicação mas deixa o combate à heresia de lado, passando a se

¹⁸ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Ebook.

¹⁹ CARVALHO, Salo de. **Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. V. 42. 2005.

²⁰ LOPES JR., Aury. *Op Cit.*

²¹ CARVALHO, Salo de. *Op Cit.*

²² *Ibidem.*

basear na gravidade do delito, na posição de inferioridade dos delinquentes às pessoas comuns e na predestinação ao cometimento de crimes, mas sempre mantendo os poderes de instrução concentrados na mão do juiz.²³

2.2 Sistema acusatório

O ponto de surgimento do sistema acusatório apresenta-se na Grécia Antiga e no período republicano da Roma Antiga,²⁴ portanto se trata de um sistema fortemente vinculado com a questão da cidadania²⁵, princípio de alta relevância destes períodos históricos.

No contexto moderno, o sistema acusatório se caracteriza pela fortalecimento do contraditório através da paridade de armas, a oralidade e publicidade²⁶, além do tratamento igualitário das partes sendo garantido a igualdade de oportunidades no processo e a possibilidade de resistência a acusação através da atuação da defesa de forma plena.²⁷

Quanto ao poder de julgar, é claramente distinto que atividades acusatórias,²⁸ portanto, o órgão estatal responsável por julgar é completamente diverso do que possui poder exclusivo de iniciativa do processo²⁹, além disso, define que, devido a distinção entre as atividades de julgar e acusar, a iniciativa probatória deve ser das partes e o juiz deve se manter alheio ao processo investigativo e passivo perante a atividade probatória, agindo como um terceiro imparcial no decorrer do processo.³⁰

O juiz também possui dever de fundamentar sua decisão, devido a sua soberania e legitimidade popular, portanto, derivada do próprio povo, por tal razão, as decisões proferidas por ele se tornavam irrecorríveis já que foram desenvolvidas através de um duelo público, oral e contraditório entre acusador e acusado, perante

²³ CARVALHO, Salo de. **Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. V. 42. 2005.

²⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Ebook.

²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> Acesso em: 30 out. 2022.

²⁶ PRADO, Geraldo. *Op Cit.*

²⁷ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022a. Ebook.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ PRADO, Geraldo. *Op Cit.*

³⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022b. Ebook.

um juiz inativo e imparcial.³¹ Cabe informar que esta característica fundamenta a legitimidade do júri popular utilizado nos ordenamentos jurídicos atuais, porém, atualmente os sistemas acusatórios trazem em seu rogo de garantias a possibilidade de impugnação das decisões e o duplo grau de jurisdição.³²

Mediante todas as características apresentadas, a mais importante é a separação do juiz e acusação. Isto ocorre por todos os demais elementos constitutivos do sistema acusatório derivarem deste, seja de forma estrutural ou lógica.³³

Além disso, trata-se de uma exigência de um dos chamados por Ferrajoli³⁴ de axiomas do Garantismo Penal, o *nullum iudicium sine accusatione*, uma das primeiras garantias estipuladas pelo modelo acusatório.

Ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o conseqüente papel de espectadores passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de parte - em posição de paridade com a defesa - consignado ao órgão da acusação e a conseqüente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado. Entendida nesse sentido, a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial do distanciamento do juiz em relação às partes em causa, que, como veremos, é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz, e, de outro, um pressuposto dos ônus da contestação e da prova atribuídos à acusação, que são as primeiras garantias procedimentais do juízo.

Ademais, a forma estrutural do sistema acusatório impede o desenvolvimento de quadros mentais paranoicos pelo juiz, já que não possui poder de gestão da prova, o impedindo de decidir de forma adiantada o mérito e depois buscar corroborar sua decisão através da realização de buscas probatórias de ofício, como o que ocorre quando possui possibilidade de gestão da prova. Portanto, ao confiar a gestão da prova as partes e não aos juiz, o sistema acusatório se afasta largamente do sistema inquisitório, ofertando igualdade às partes e colocando sob o julgador o dever de um árbitro, não possuindo poder investigativo.³⁵

³¹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Ebook.

³² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022b. Ebook

³³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> Acesso em: 30 out. 2022.

Todo o aparato promovido pelo sistema acusatório se concentra na imparcialidade do juiz, o que resulta na principal crítica feita ao modelo, já que a inércia do juiz leva a uma resignação quanto as consequências de uma atividade insuficiente das partes, portanto, deve decidir mesmo perante a um material probatório com baixa qualidade.³⁶

Esta crítica foi a principal razão para um resgate da estrutura inquisitória – já defasada – através da atribuição de poderes instrutórios ao juiz, para que assim este efetive a busca da verdade real, como adotado pelo atual CPP³⁷, mesmo após a demonstração na própria história da humanidade das consequências da reaplicação destes institutos.

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que sentenciará, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranquilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação.

Desta forma, a resolução do problema apontado pela crítica se encontra em um aumento da responsabilização das partes que devem aperfeiçoar sua atuação processual e, para isto, é necessária uma maior responsabilidade e um maior grau técnico dos profissionais do Direito atuantes no processo penal. Complementa-se tal pensamento, reforçando ainda a obrigação estatal de assegurar o mesmo nível de representação processual ofertado aos hipossuficientes, aquele ofertado aos mais abastados financeiramente, garantindo um processo acusatório que garante a obtenção da justiça com uma alta técnica de forma igualitária.³⁸

2.3 A (in)existência de um sistema processual penal misto

O processo penal misto foi fundado por Napoleão Bonaparte através do *Code d'instruction criminelle*, numa tentativa de conter os ânimos após as grandes

³⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022b. Ebook.

³⁷ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022a. Ebook.

³⁸ LOPES JR., Aury. 2022b. *Op Cit*.

revoluções europeias aparentando ser um processo com menos arbitrariedade, interesse político e forte repressão, porém, mantendo ativo as bases fundantes do sistema inquisitorial e, de certa forma, as fortalecendo, já que retira as características já rejeitadas pelo povo como a união intrínseca entre Igreja e Estado, mas mantém sua característica principal que é a concentração dos poderes instrutórios na figura do juiz.³⁹

Portanto, “não há um sistema processual novo, a não ser no aspecto formal”⁴⁰ com a criação do processo misto, apenas uma perpetuação do modelo inquisitório, porém, com formas de aplicação mais amenas que as conhecidas anteriormente.

Ademais, a falta de inovação trazida pelo chamado sistema misto, se esclarece mais ainda através da percepção do plano prática, já que nenhum modelo processual atual aparece de forma pura.⁴¹ Por isso, percebe-se características processuais fundadas por um sistema inquisitório aplicadas em conjunto de institutos acusatórios nos sistemas processuais atuais.

Essa combinação dos sistemas podem ter ocorrido por diversas razões como dinâmicas histórico-políticas espontâneas ou de forma mais explícita, através de escolhas legislativas precárias, como ainda pode se atribuir a evolução do pensamento humano acerca as formas de Estado ocorrida na Idade Moderna, em que levou a seleção de princípios relativos as tradições de períodos anteriores e sua firmação como universalmente válidos, portanto, deveriam se fazer presentes em todos os sistemas processuais fundados posteriormente.⁴²

Então, se atualmente todos os sistemas processuais penais são considerados mistos, por possuir características de ambos os modelos existentes, a classificação de um sistema como misto é reducionista, já que esta análise deve ser realizada através de uma observação do núcleo fundante de um certo sistema, ou

³⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Ebook.

⁴⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> Acesso em: 30 out. 2022.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

⁴² *Ibidem*.

seja, a classificação deve se basear no princípio informador que define o predomínio de uma estrutura inquisitória ou acusatória em um sistema processual.⁴³

Neste sentido, se define como inquisitório todo sistema processual em que o juiz possui poderes voltados para iniciativa probatória, determinando de ofício a busca de provas dentro do contexto do processo, também são características essenciais a este modelo a exclusão ou limitação do contraditório e ampla defesa.⁴⁴

Enquanto isso, se classifica como acusatório os sistemas processuais que separa a atuação das partes de forma rígida e garante em seu teor o julgamento paritário. Ademais, o ônus da prova compete ao acusador e é garantida a defesa uma livre atuação, sendo estas as principais impulsões para o desenvolvimento de um contraditório público solucionado pelo juiz (sujeito passivo/mediador) mediante sua livre convicção.⁴⁵

Aury Lopes⁴⁶ reforça que uma das mais necessárias observações a ser feita para classificação de um sistema como inquisitório ou acusatório, é a forma e quem realiza a gestão da prova. Desta forma, quando presente em um sistema processual o princípio dispositivo se trata de um sistema acusatório, já que este define que a gestão das prova está nas mãos das partes, sendo o julgador um juiz-espectador, porém, quando presente o princípio inquisitivo, trata-se de um sistema que oferece posição ativa ao juiz, depositando a gestão de prova em nas mãos do julgador.

Logo, não há e nem poderia haver um princípio misto, já que desconfigura completamente os sistemas, já que se representam tipos ideais, sendo definidos através de um princípio unificador, portanto, são sempre puros no plano teórico.⁴⁷

Destaca-se que, apesar de dispares, ambos os sistemas trazem certas garantias orgânicas ou procedimentais.⁴⁸

Se o sistema acusatório favorece modelos de juiz popular e procedimentos que valorizam o contraditório como método de busca da verdade, o sistema inquisitório tende a privilegiar estruturas judiciárias burocratizadas e

⁴³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022a. Ebook.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. 2022a. *Op Cit*.

⁴⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em: <https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> Acesso em: 01 nov. 2022.

⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Op Cit*.

procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz, compensados talvez pelos vínculos das provas legais e pela pluralidade dos graus de juízo (instâncias).

Ferrajoli⁴⁹ aponta que as diferenças percebidas no plano teórico não coincidem com as aparentes no plano histórico, sendo de extrema importância verificar a essencialidade de certo elemento pertencente a cada modelo, não se certa característica foi historicamente fundada de modo concomitante a um dos sistemas existentes.

É necessário precisar que as diferenças identificáveis no plano teórico não coincidem necessariamente com aquelas verificáveis no plano histórico, não sendo sempre logicamente conexas entre si. Por exemplo, se fazem parte tanto do modelo teórico como da tradição histórica do processo acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento, o mesmo não se pode dizer de outros elementos que, pertencendo historicamente também à tradição do processo acusatório, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico: como a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos do jurado dentre outros. Por outro lado, se são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução, não o são institutos que nasceram exclusivamente no seio da tradição inquisitória, como a obrigatoriedade e a irrevogabilidade da ação penal, o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade dos graus de jurisdição e a obrigação do juiz de motivar as suas decisões. Essa assimetria foi fonte de confusões múltiplas, pois frequentemente mantiveram-se como essenciais a um ou a outro modelo teórico elementos de fato pertencentes às suas respectivas tradições históricas, mas logicamente não necessários a nenhum dos dois ou com eles incompatíveis. Obviamente a construção teórica dos dois modelos e a decisão a respeito do que neles é essencial e do que, ao invés, é contingente são amplamente convencionais, sendo vinculados apenas à tendente presença dos elementos assumidos como constitutivos nas respectivas tradições históricas e sobretudo à sua compatibilidade lógica. Além disso, a seleção dos elementos teoricamente essenciais nos dois modelos inevitavelmente é condicionada por juízos de valor em virtude da conexão que indubitavelmente pode ser instituída entre sistema acusatório e modelo garantista e, por outro lado, entre sistema inquisitório, modelo autoritário e eficiência repressiva. Tudo isso torna ainda mais essencial, no plano metodológico - de modo a evitar operações ideológicas de desvirtuamento histórico ou construções teóricas logicamente inconsistentes e axiologicamente inúteis -, manter bem distinta a noção teórica e convencional dos dois modelos de reconstrução das suas características empíricas nas diferentes experiências históricas.

Portanto, é considerado completamente simplista afirmar que um sistema processual penal é acusatório apenas por realizar a separação das funções de acusar

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

e julgar, quando neste mesmo sistema, é possível que o juiz determine a coleta de provas sem provocação das partes (art. 156, CPP) ou profira sentença condenatória mesmo mediante um pedido de absolvição do Ministério Público (art. 385, CPP) como ocorre no sistema processual penal brasileiro mesmo com as disparidades expressadas na jurisprudência sobre a constitucionalidade destes dispositivos citados das quais serão tratadas nos capítulos seguintes.⁵⁰

⁵⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022b. Ebook.

3 A ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

A atribuições legais delegadas a um juiz são elementos estruturantes de um sistema processual⁵¹, através da análise da atuação jurisdicional, extraísse o núcleo fundante de um determinado sistema, assim, sendo possível classificá-lo em inquisitório ou acusatório.

Ferrajoli⁵² define o Poder Judiciário em espaços decisórios reservados – em sua grande parte à atividade do juiz – que se constitui da interpretação das leis, da indução probatória, a conotação equitativa e os juízos de valor discricionários. Em específico acerca da atividade jurisdicional penal, é possível analisar o nível de garantismo de um sistema penal avaliando os vínculos normativos que minimizam estes espaços⁵³, portanto, criam um limite na atividade cognitiva discricionária do juiz e o fixa a legalidade em sua atividade.

Reforça-se que, apesar de atuar como figura central no processo por deter o poder jurisdicional, o juiz é considerado uma parte processual, se submetendo ao direito de forma inquestionável⁵⁴, ou seja, se submete às regras presentes nos ritos processuais de forma geral (respeito ao devido processo legal) ou de forma específica (atuação imparcial, noção de juiz natural, etc.)

Na visão tradicionalista, o juiz é sujeito de direitos e deveres em coordenação com o poder que é inerente à função jurisdicional, o que o torna um órgão *super partes*, portanto, se encontra além dos interesses dos demais participantes na relação processual e os seus próprios. Tal característica o torna um sujeito imparcial, incorporando o Estado perante o decorrer processual, na forma Estado-juiz.⁵⁵

No entanto, na visão contemporânea, o Estado Democrático de Direito legitima a atuação do juiz através da Constituição Federal através de uma atuação garantista que objetiva a proteção dos direitos fundamentais das partes.⁵⁶ Esta

⁵¹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022a. Ebook.

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal> Acesso em: 07 nov. 2022.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022b. Ebook.

perspectiva impõe ao juiz não apenas um dever de atuar conforme o texto constitucional, mas de ativamente garantir seu cumprimento em cada fase processual.

3.1 Princípio da imparcialidade

Conforme o art.10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos – absorvido pelo ordenamento constitucional por meio da abertura do art. 5º, §2º da CF/88⁵⁷ – “toda pessoa tem direito que a sua causa seja [...] julgada por um tribunal independente e imparcial que decida [...] das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

Retira-se então, o princípio da imparcialidade dos julgados que, apesar de não explicitamente citado na CF/88, é recepcionado pela ratificação da DUDH e instrumentalizado por dispositivos do Código Processual Penal que possibilitam a retirada do processo de um juiz parcial, através das hipóteses de suspeição e impedimento em caso de juízes que possuíam prévio envolvimento com a causa ou sejam íntimos das partes.⁵⁸

Voltando à regra fundamental é preciso destacar, no entanto, que nas hipóteses de impedimento e suspeição a filosofia que orienta a preservação da imparcialidade deve cuidar de restringir os casos de recusa do juiz, desde que não prevaleça o pensamento autoritário que dedica ao magistrado função punitiva, em substituição àquela que as constituições lhe impõem juridicamente, tal seja, a de apreciar e resolver de forma isenta a questão levada a juízo. A questão da imparcialidade do juiz, conforme o princípio acusatório, contudo, não fica limitada aos termos postos anteriormente. O exercício da jurisdição, em um Estado Constitucional Democrático, está, tanto quanto o exercício de qualquer outro poder no âmbito deste Estado, condicionado a regras de impessoalidade. Não basta somente assegurar a aparência de isenção dos juízes que julgam as causas penais. Mais do que isso, é necessário garantir que, independentemente da integridade pessoal e intelectual do magistrado, sua apreciação não esteja em concreto comprometida em virtude de algum juízo apriorístico.

⁵⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Art. 5º, §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁵⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Ebook.

Neste sentido, o processo penal se resume em um *actum trium personarum* composto por duas partes parciais (acusação e defesa) que atuam sob guarda de um sujeito central responsável pela decisão imparcial de conflitos jurídicos concretos.⁵⁹

Portanto, a posição do juiz como figura central é mantida por um conjunto de regras regidas pelo princípio do juiz natural que exige uma previa determinação das regras do jogo e a imparcialidade do juiz para garantir as partes condições de eficácia plena da jurisdição. Somente através do pleno funcionamento destas regras, o ordenamento jurídico é capaz de assegurar aos demais participantes do processo que não ocorreu qualquer julgamento de forma prévia.⁶⁰

Apenas por meio da existência e salvaguarda destas regras, o devido processo legal é constituído, funcionando como mecanismo civilizado e adequado de resolução de causas, já que é por intermédio do juiz natural e da imparcialidade que ambas as teses de acusação e defesa são capazes de serem apresentadas de forma devida, portanto, com capacidade de convencimento do juiz.⁶¹

Sobre este ponto, Carnelutti⁶² aponta a necessidade da defesa no alcance das melhores condições de escolher para o juiz. Isto ocorre porque o contrabalanceamento do teor da acusação, só ocorre através da tese elaborada por uma ampla defesa, ou seja, por meio do contraditório, já que é através deste que a dúvida chega ao juiz.

No entanto, é importante salientar que a exigência da imparcialidade do julgador, não remete a uma neutralidade, sendo a última impossível de ser alcançada quando se entende o juiz como partícipe da sociedade e que, assim como os demais, conhece os acontecimentos inerente a ela, portanto, se reveste de opiniões, ideologias e convicções políticas.⁶³ Na verdade, a imparcialidade reconhece a impossibilidade de neutralidade por parte do julgador perante a exposição ao caso penal julgado, reforçando a necessidade de uma distância do juiz na busca e elaboração de provas, devendo ser exposto apenas aos produtos do contraditório, após submissão ao rito processual legal.

⁵⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

⁶⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Ebook.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² CARNELUTTI, Francesco. **Derecho Procesal Civil y Penal**. México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1994.

⁶³ PRADO, Geraldo. *Op Cit*.

Mediante este entendimento, as regras do processo penal elaboradas para proteção da imparcialidade do julgador tornam-se absolutas por necessidade, sendo estas: a não possibilidade da atuação de ofício do juiz para iniciar a ação penal (art. 129, I, CF/88) e a observação dos limites do pedido elaborado pelo Ministério Público, não sendo possível ampliar a acusação ou aditar a denúncia.⁶⁴

Já que por meio destas que a natureza constitucional adentra no processo penal, permitindo que a acusação apresente uma alternativa de solução do caso penal oposta a alternativa revelada pelo exercício da ampla defesa, porém sendo ambas capazes de convencer o juiz e, tal feito só será possível, se o juiz não estiver psicologicamente envolvido com nenhuma das alternativas discutidas no processo. Isto explica a relação de dependência existente entre a imparcialidade do julgador e uma acusação real e eficaz, por demonstrar que o principal objetivo do julgador “decidir a causa é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante”.⁶⁵

3.2 Princípio do juiz natural

Estabelecido na Constituição Federal no art. 5º, XXXVII e LIII⁶⁶, o princípio do juiz natural é um direito fundamental promovido para assegurar a imparcialidade e a igualdade de tratamento, através da garantia que todos serão processados por uma autoridade com competência previamente estabelecida pela lei e a vedação da criação de tribunais de exceção, ou seja, a impossibilidade da formação de um órgão colegiado formado de forma posterior ao fato que será julgado por ele e criado apenas para esta finalidade⁶⁷, como o histórico Tribunal de Nuremberg criado apenas com a finalidade de julgar crimes cometidos pelos nazistas ao fim da Segunda Guerra Mundial.

⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Ebook.

⁶⁵ PRADO, Geraldo. *Op Cit.*

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Art. 5º, XXXVII “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Art. 5º, LII “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Ebook.

As regras de fixação de competência é uma forma de instrumentalização do princípio do juiz natural⁶⁸, por meio destas, o juiz permanece predefinido, impedindo que o juiz ou o Estado escolha quem julgará o caso, o que levaria a manipulações processuais e imparcialidade no julgamento.

Quanto a este ponto, Nucci⁶⁹ aponta a impossibilidade de um juiz de exceção ser imparcial.

Seu contraponto é a vedação ao juízo ou tribunal de exceção (art. 5.º, XXXVII, CF), ou seja, a nomeação de um juiz ou a constituição de um tribunal, após a prática do delito, especialmente para julgar o seu autor. Logicamente, havendo um juízo de exceção, não se pode considerá-lo natural, vale dizer, previamente constituído e previsto em lei para julgar toda e qualquer infração, seja quem for o seu autor. Esse juízo de exceção tem enorme possibilidade de não ser imparcial, justamente porque foi criado para analisar um caso concreto já ocorrido. Assim, pelas regras constitucionais, todos têm direito a um julgador desapaixonado e justo, previamente existente.

Por mais, o princípio do juiz natural se refere a um princípio universal e fundante do Estado Democrático de Direito, não se tratando de uma mera característica ou atributo das funções do juiz, mas um pressuposto para a existência deste.⁷⁰ Portanto, qualquer julgamento proferido distante da noção de um juiz natural é injusto e revestido de nulidade e inconformidade constitucional.

Por último, é de extrema relevância relacionar a inamovibilidade do juiz – uma das garantias ofertadas ao magistrados pela Constituição Federal – com o princípio do juiz natural, já que evita uma imposição de relocação do magistrado em outra comarca, além por motivo de interesse público.⁷¹

Esta medida, em adição as demais previstas no art. 95 da Constituição Federal – além da vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios – também são classificados como meio de garantia a imparcialidade, por garantir a independência dos juízes em seu ofício.⁷²

3.3 Princípio do contraditório e suas nuances

⁶⁸ THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais: Tempo, Tecnologia, Dromologia e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Ebook.

⁷⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022b. Ebook.

⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Ebook.

⁷² *Ibidem*.

De forma conceitual, o contraditório é uma característica do processo que permite que um lado ou versão dos fatos apresentado sempre será contraposta por um argumento contrário, em forma de duelo,⁷³ portanto, todo o argumento apresentado por uma parte no decorrer processual garante de forma imediata o direito da parte adversária de se manifestar, garantindo “um perfeito equilíbrio na relação estabelecida pela pretensão punitiva do Estado em confronto com o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado”.⁷⁴

O contraditório está fortemente entrelaçado com a máxima processual que “não há verdade real”, sendo apenas por intermédio da apresentação das teses elaboradas pela livre atuação da acusação e da defesa, da redução do subjetivismo, da garantia dos direitos e garantias fundamentais e – como anteriormente apontado – da imunização do processo a imparcialidade e arbitrariedade do julgador, a atividade jurisdicional penal será considerada legítima e a sentença proferida capaz de reproduzir uma verdade justa.⁷⁵

Desta forma, será legítima a atividade jurisdicional penal, porque terá sido possível conferir à sentença a qualidade de haver apreendido o tipo de verdade que pode ser constatada de modo mais ou menos controlável por todos, mas isso só acontecerá se forem satisfeitas as garantias do juízo contraditório, oral e público, isto é, na vigência do sistema acusatório. A legitimidade do exercício do poder, cujo berço é a soberania popular, é a fonte da democracia.

Em razão disto, a sentença é proferida com ausência de contraditório é revestida de nulidade pela inobservância de uma imposição constitucional – atipicidade constitucional – portanto, constitui nulidade absoluta.⁷⁶

Tal entendimento justifica algumas causas de nulidade mais específicas por parte do ordenamento infraconstitucional, como a ausência de citação do réu prevista no art. 564, item e do Código Processual Penal, derivada diretamente dos princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório. Por esta razão, “a citação deve

⁷³ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Ebook.

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Ebook.

⁷⁵ PRADO, Geraldo. *Op Cit.*

⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

concentrar-se nas formas pessoal ou por hora certa. Nada mais. Enquanto o acusado não for achado, pode-se suspender o processo (como se faz depois da citação por edital) até que o réu fosse encontrado”.⁷⁷

Quanto à isso, Geraldo Prado discorre que, devido ao fato da existência do contraditório ser uma condição imperativa para validade da sentença proferida pelo juiz, deveria ser nula qualquer sentença condenatória proferida mesmo após pedido de absolvição opinado pela acusação, por representar uma retirada das provas apresentadas posteriormente que corroborariam a culpa do réu.⁷⁸

Como destaca Badaró, —a regra da correlação entre acusação e sentença é uma decorrência do princípio do contraditório. Avançando sobre o tema, o culto professor paulista sublinha que, na atualidade, não é correto limitar a ideia – e o alcance – do contraditório apenas ao debate sobre questões de fato. Também as questões de direito estão afetadas ao contraditório, pois que podem estar marcadas pela controvérsia a ser esclarecida mediante escolha entre duas ou mais teses pertinentes ao mesmo tema. Assim, quando em alegações finais o Ministério Público opina pela absolvição do acusado o que ocorre em concreto, no processo, é que o acusador subtrai do debate contraditório a matéria referente à análise das provas que foram produzidas na etapa anterior e que possam ser consideradas desfavoráveis ao réu. Como a defesa poderá reagir a argumentos que não lhe foram apresentados? Esta é, em resumo, a posição de Santiago Martínez, ao avaliar a posição dos tribunais argentinos sobre o assunto.

No entanto, apesar dos argumentos apontados constantemente pelos grandes doutrinadores pátrios e estrangeiros sobre a impossibilidade da condenação após pedido de absolvição do Ministério Público, existe no ordenamento jurídico brasileiro um dispositivo legal que permite tal feito (art. 385 do Código processual Penal). Apesar de ser alvo de várias ações perante os Tribunais Superiores brasileiros, ainda não há um entendimento consolidado acerca de sua receptividade pela Constituição Federal de 1988.

Porém, nos acórdãos mais recentes proferidos sobre o tema, se repete o entendimento que, apesar do art. 385 do CPP ser considerado constitucional até o momento, permitindo que o juiz condene mesmo após pedido de absolvição do

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Ebook.

⁷⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Ebook.

Ministério Público, ele só poderia assim agir, com “um ônus de fundamentação mais elevado, como forma de justificar a excepcionalidade da decisão”.⁷⁹

"A acusação não é atividade que se encerra com o oferecimento da denúncia, já que a atividade persecutória persiste até o término da ação penal. Assim, considero que, quando o Ministério Público requer a absolvição do réu, ele está, de forma indireta, retirando a acusação, sem a qual o juiz não pode promover decreto condenatório, sob pena de acusar e julgar simultaneamente", afirmou o ministro João Otávio de Noronha no voto que prevaleceu no colegiado.

O ministro reconheceu a existência de precedentes do STJ que admitiram a possibilidade de prolação de sentença condenatória ainda que, nas alegações finais, o MP tenha pedido a absolvição do réu.

Entretanto, Noronha apontou que, na Constituição de 1988, houve clara opção pelo sistema acusatório, em detrimento do viés inquisitório, com a reserva, em favor do MP, do monopólio da titularidade da ação penal pública (**artigo 129, inciso I, da CF**).

Nesse contexto normativo e jurisprudencial – afirmou o ministro –, não seria possível, no caso dos autos, confirmar uma sentença penal que, sem o devido embasamento, divergiu do pedido de absolvição feito pelo MP e condenou o réu.

Diferente destes dispositivos estão os atos de natureza cautelar que, apesar de ocorrerem sem participação da defesa ou audiência prévia, são submetidos ao contraditório postergado, ou seja, de forma posterior ao deferimento da medida. No entanto, Geraldo Prado afirma que estes atos serão simplesmente informativos e não poderão ser utilizados no processo, ou servirão apenas para confirmar a justa causa da ação penal, por se tratar de um contraditório imperfeito.⁸⁰

Nesta categoria será possível inscrevermos a denominada delação premiada, isoladamente insuscetível de ser alcançada pelo contraditório, pois contrapõe com exclusividade versões apresentadas por interessados, sendo meramente uma questão de fé o convencimento dela derivado. Também neste âmbito se enquadra a infiltração, medida que consiste, do ponto de vista filosófico, no fato de o Estado permitir aos seus agentes que participem pelo menos do crime de formação de quadrilha a pretexto de controlar e combater a criminalidade. A par da grave concessão de ordem ética, haverá sempre a possibilidade de se atribuir a priori valor superior às informações adquiridas desta maneira em oposição aos demais elementos de convicção introduzidos no processo pelas partes, reconduzindo o sistema das provas tarifadas ao ambiente processual, dissimuladamente.

⁷⁹ STJ. **Para Quinta Turma, em regra, juiz não pode condenar réu que teve absolvição pedida pelo MP**. STJ, 2022. Disponível em:

<<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/11102022-Para-Quinta-Turma-em-regra-juiz-nao-pode-condenar-reu-que-teve-absolvicao-pedida-pelo-MP.aspx>> Acesso em: 10 nov. 2022.

⁸⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Ebook.

No entanto, reforça-se que violação ao contraditório ou qualquer uma das garantias processuais, leva a sociedade e o direito à cenários inquisitoriais, quando não era possível realizar qualquer contradição ou questionamento contra a verdade previamente implantada no interior do juiz, e o sistema processual era completamente autoritário. Desta forma, a conservação do contraditório, também é uma forma de conservação dos ideais democráticos.⁸¹

3.4 Impossibilidade do alcance da “verdade real” e a obtenção da “verdade processual” como limite para atuação do juiz

Mediante todas os apontamentos já realizados, finaliza o atual capítulo constatando que através da aplicação dos princípios constitucionais listados previamente, o juiz não encontra espaço para agir de forma arbitrária ou inquisitorial, afastando a possibilidade de um papel ativo do juiz no processo penal.

Neste mesmo sentido, se torna relevante analisar a finalidade do juiz ao agir de forma ativa buscando provas para assim encontrar a verdade real dos fatos.

Tal finalidade pertence a uma concepção irrealista do processo como reconstrução histórica do delito, porém, o êxito dessa reconstrução depende de fatores, não apenas complexos mas de alta subjetividade que dependem na maior parte do tempo da memória, formação de lembranças e emoção, dos quais possuem alta capacidade de embaçar a realidade.⁸²

Ainda mais preocupante, a busca da verdade real remete ao processo inquisitório, em que se revestia o julgador de poderes para buscar de forma implacável a verdade absoluta já revelada. Através desta prerrogativa, o juiz possuía característica investigatória e estava fortemente envolvido e apaixonado pelo resultado processual, por constituir como seu dever a revelação dessa verdade através das provas colhidas.

⁸¹ OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: o Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁸² *Ibidem*.

Portanto, a busca pela verdade real por parte do juiz resulta apenas na colheita de material probatório suficiente para corroborar sua versão dos fatos, utilizando o sistema processual como legitimação de sua crença já existente.⁸³

É sabido que ao tipo de prova que se busca corresponde um prognóstico, mais ou menos seguro, do *thema probandum*, quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isto, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução dos meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba de substituir. A legitimidade da atividade jurisdicional está condicionada ao emprego de técnicas que possam imunizar o processo do decisionismo judicial e não permitam a ilusão quanto à conquista de uma “verdade real”.

Deturpa-se então a função jurisdicional, já que a decisão proferida pelo juiz acerca dos fatos só é realizada ao fim do processo, porém, nesses casos o juiz “decide antes (o que é normal no humano, repita-se); e depois raciocina-se sobre a prova para testar a escolha”.⁸⁴

A noção de busca da verdade real também se mistura com uma ânsia punitivista, fortalecendo a necessidade de um forte combate à criminalidade e direcionando esta função ao juiz quando não o pertence. Causando uma ilusão que, ao levar o processo penal de forma persecutória contra ao acusado – percebido como inimigo a ser erradicado, a segurança de todos seria fortalecida.⁸⁵

Entende-se então que não é possível o alcance da verdade real, devido à complexidade deste feito, portanto, deve se romper com a falsa crença que seu alcance é possível, ou que toda e qualquer atitude é permitida – mesmo ignorando os limites impostos pelo sistema – em nome desta suposta verdade.⁸⁶

A perpetuação de conceitos como “verdade absoluta” e “verdade material” funcionará apenas como legitimação de diversos abusos processuais, ocorridos pelo

⁸³ OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional: o Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁸⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti para os Operadores do Direito**. Revista de Estudos Criminais. Ano 4. Nº 14. Sapucaia do Sul: Notadez, 2004.

⁸⁵ KHALED JR. Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas. 2013.

⁸⁶ OLIVEIRA, Daniel Kessler. *Op Cit.*

juiz se encerrar de instrumentalizar o processo visando uma alta eficácia de seu resultado.⁸⁷

Apenas quando o processo penal for regido de fato pelas regras constitucionais, abusos e discricionariedades conseguirão ser evitadas, já que os princípios constitucionais remetem a garantia da imparcialidade e ao contraditório. Sendo este último forte mecanismo de controle do processo penal⁸⁸, por garantir que será apresentado lados opostos sobre o mesmo fato ao juiz e ainda evita que o julgador se vincule, por meio de convicção, a qualquer destes lados.

Porém, o Código Processual Penal ainda permite uma constância de desconformidades com o texto constitucional, algumas ainda recentes, devido a perpetuação da mentalidade inquisitória e ambição quanto ao alcance da verdade real.

Estas divergências com a Constituição Federal geram espaços de discricionariedade da atuação do juiz com a prova, como já apontado.⁸⁹

A falácia da existência de um sistema processual misto é um elemento que leva a perpetuação da busca da verdade nos moldes inquisitoriais, já que permite a permanência de características essencialmente inquisitórias, fortalecendo o sistema de persecução excludente do processo penal, e tratando o acusado como um objeto que leva ao alcance da verdade.⁹⁰

Mediante tais fatos, Badaró aponta que a verdade não pode ser compreendida como o objeto do processo, porque quando é colocada neste patamar, legitima qualquer ato para busca-la e compreendê-la. Portanto, a verdade deve ser objetivada de forma ideal, sendo este o caminho mais seguro para obtenção de justiça.⁹¹

⁸⁷ OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: o Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁸⁸ CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito: the brazilians lesson**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁸⁹ STRECK, Lênio Luiz. **O 'Novo' Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo**: Nas So(m)bras da Filosofia da Consciência. In BONATTO, Gilson. *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁹⁰ KHALED JR. Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

⁹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique, 2003 apud OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: o Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

A formação de um sistema processual com base acusatória retira a obsessão do juiz pela verdade. Nele, a verdade não é fundamento base do processo e busca pela captura psíquica do juiz, ou seja, a conclusão do julgador escolhendo uma versão dos fatos apresentada pela acusação ou defesa, ocorre através do convencimento através da atividade probatória que exclui o juiz, sem compromisso em revelar uma verdade inalcançável.⁹²

Por mais, o fortalecimento e teor obrigatório do contraditório no sistema contraditório perturba uma investigação do juiz, impedindo a constituição de um pensamento paranoide pelo juiz que não apenas formula uma hipótese como a verifica. Além disso, o contraditório e o sistema acusatório direciona ainda uma superação da concepção de que a prova corresponde ao estabelecimento da verdade e reconstrói a realidade.⁹³

Como previamente apontado, não é possível a reconstituição dos fatos passados, portanto, a visão de que a prova deve ser buscada visando o estabelecimento da verdade real e reconstrução dos fatos de forma precisa, só resulta em um desenvolvimento de um quadro paranoico pelo juiz que o insere no processo, realizando ainda designação de busca probatória, com um único objetivo de apresentar a verdade a todos.

Com isso, entender que a verdade real é inalcançável e o objetivo do processo não se concentra em seu alcance, também constitui em um limite da atuação jurisdicional, por fortalecer a imparcialidade e impedir poderes investigatórios por parte do juiz.

⁹² OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: o Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

⁹³ *Ibidem*.

4 A INICIATIVA PROBATÓRIA PELO JUIZ NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Há uma divergência significativa no contexto doutrinário quanto a conformidade da iniciativa probatória do juiz e o sistema acusatório.

Badaró pontua que a inercia probatória do juiz, apesar de ser uma característica histórica do sistema acusatório, não o constitui de forma fundamental. Segundo o autor, devido a clara separação entre as partes promovida pela publicidade do processo, o sistema acusatório evoluiu ao ponto de permitir que o juiz determine a produção de provas de ofício, colocando em posição secundária a inércia do juiz. A funcionalidade deste entendimento funcionaria na visão do autor se alguns limites forem impostos, portanto, o juiz deverá ser impedido de agir de forma investigativa, buscando fontes de provas, mas poderá agir diante uma notícia de uma prova – como em casos que chega ao julgador que alguma testemunha não arrolada possui informações de relevância para o processo, mas não está arrolada aos autos – nesta aplicação, a imparcialidade seria preservada.⁹⁴

Em sentido parecido, Taruffo afirma que a tarefa de buscar a verdade através de poderes de instrução do juiz, se trata de um elemento essencial da sua imparcialidade, afirma ainda que o juiz possuiria um dever de “zelar pela verdade”, já que as partes não possuem um interesse por ela. Além disso, propõe uma possibilidade de um controle exercido pelas partes à atividade probatória do juiz, em que seriam capazes de mensurar a relevância e admissibilidade das provas apresentadas pelo juiz, como poderiam contrapô-las, através da apresentação de provas contrárias no que seria classificado como uma vigência integral do contraditório.⁹⁵

Para Khaled Jr.⁹⁶, os apontamentos realizados pelos autores anteriormente apresentados, se sustenta em ideias ingênuas que quando alguém age buscando informações sobre algum fato, deixa de possuir uma capacidade de valorá-lo, além de ignorar os perigos de um julgador com papel de investigador, já que o leva a uma “ambição de verdade” que se demonstrou extremamente danosa e contrária aos

⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁹⁵ TARUFFO, Michelle, 2010 apud KHALED JR. Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas. 2013.

⁹⁶ KHALED JR. Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas. 2013.

ideais acusatórios. Pontua ainda que, a afirmação de um contraditório entre as partes e o juiz quanto as provas produzidas de ofício por ele, embaça a distinção entre estes.

No entanto, são diversos os doutrinadores que acreditam não existir uma completa desconformidade da possibilidade de iniciativa probatória pelo juiz e o sistema acusatório. Neste bando, alguns afirmam que a atividade probatória do juiz é um resíduo necessário⁹⁷, outros afirmam, que quando ocorre de forma limitada e apenas com um objetivo complementar, seria possível a introdução de elementos de prova pelo juiz.⁹⁸

Malatesta⁹⁹ chega a afirmar que “a prova não faz mais do que refletir no espírito humano a verdade objetiva; é através dela que chegamos à posse da verdade”, portanto, seria um dever do juiz alcançar as melhores provas para alcance da verdade substancial.

Então, todos os autores mencionados afirmam que o juiz poderá agir de ofício para produção de provas, mas possuirá a imparcialidade como limite. Sendo tal pontuação responsável por reforçar mais ainda a ingenuidade destas teorias, por acreditarem que existe a possibilidade do juiz se movimentar em busca de uma verdade, porém, ainda sim, permanecer completamente imparcial as provas levantadas por ele mesmo.¹⁰⁰

Em contrapartida, Calamandrei¹⁰¹ define que “a inércia é para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é: imparcialidade. Agir significa tomar partido”. Sendo impossível então, um juiz agir dentro de um processo e conseguir se manter imparcial perante a ele. Mas distante ainda, se encontra a noção de um juiz atuante dentro de um processo acusatório, por ser de sua essência a noção de juiz alheio ao interesse das partes.

⁹⁷ CORDERO, Franco, 2010 apud KHALED JR. Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas. 2013.

⁹⁸ ARMENTA DEU, Teresa, 1995 apud KHALED JR. Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas. 2013.

⁹⁹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei, 1995 apud OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: o Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: o Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹⁰¹ CALAMANDREI, Piero, 1940 apud OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: o Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Desta forma, qualquer sistema processual que oferta ao juiz a possibilidade de uma ação probatória de ofício, se afasta do núcleo acusatório, tomando roupagem de sistema inquisitório – o seu oposto.

Portanto, o Código Processual Penal Brasileiro, ao ser constituído pelo artigo 156¹⁰² que faculta ao juiz produzir provas de ofício, afasta o ordenamento processual penal de uma vertente acusatória e o reveste de teor inquisitório.

Em seu inciso I, permite a produção de provas pelo juiz antes mesmo de iniciada a ação penal, portanto, em clara função investigativa. Já que permite a atuação do juiz visando obtenção de provas, sem ao menos existir uma conclusão sobre a justa causa da ação penal sobre o caso investigado. Então, o dispositivo legal permite o envolvimento do juiz – figura central do processo penal – na investigação, sem ao menos existir um processo penal naquele instante.

Como seria capaz o juiz se manter alheio ao caso de forma suficiente para proferir decisões imparciais em um futuro processo penal, se participou de forma ativa na formação de provas durante a fase investigativa?

E apesar do dispositivo parecer pretender estabelecer um limite quanto a produção antecipada de provas, determinando que o juiz só poderá realizá-la se considerar certa prova urgente ou relevante, a própria determinação de relevância ou urgência de uma prova já retira a posição imparcial do juiz, já que para chegar a esta conclusão o juiz precisaria possuir uma finalidade de busca, portanto, a prova seria útil para que? E urgente por que? Todos estes questionamentos já aproximam o juiz do processo de uma forma completamente oposta dos princípios principais do sistema acusatório.

Além disso, o sistema acusatório só permitiria uma atuação do juiz antes da instauração do processo criminal para assegurar direitos fundamentais.¹⁰³

A fase que antecede a ação penal exige o completo afastamento do juiz da persecução criminal em um sistema que pretenda ser acusatório. Em tal fase do procedimento, só encontra justificativa a presença do magistrado quando pratica atos jurisdicionais que tenham por fim assegurar direitos fundamentais não relacionados, diretamente, com o fato em apuração. É o caso, por exemplo, das cautelares de natureza pessoal ou real, em que, por força do próprio princípio acusatório assegurado pela constituição, a presença do juiz se faz necessária. É o que ocorre, verbi grafia, quando da

¹⁰² BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

¹⁰³ HAMILTON, Sergio Demoro. **A ortodoxia do Sistema acusatório no processo penal brasileiro**: uma falácia. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano 11, Nº 2 e Ano 111, Nº 3, 2001-2002.

decretação de uma prisão preventiva, de um arresto ou, ainda, por ocasião do arbitramento de uma fiança. Ao juiz, na fase preparatória da ação penal, só compete a prática de atos de natureza jurisdicional, devendo, em razão disso, ficar afastado da prática de providências que não lhe competem, designadas, na doutrina, como atividades judiciárias em sentido estrito, ou, ainda, pela expressão mais difundida, de funções judiciárias anômalas.

Já o inciso II do mesmo dispositivo, permite ao juiz produzir provas no curso da ação penal através da realização de diligências para reduzir dúvida sobre ponto relevante. Pacelli aponta a inconstitucionalidade clara desta possibilidade, por ir de encontro com o princípio do *in dubio pro reo*, já que em caso de dúvida do juiz acerca da culpabilidade do réu, deverá absolvê-lo.¹⁰⁴

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também se pronuncia neste sentido, decidindo que a dúvida razoável, quando não afastada pela atividade acusatória, conduz a absolvição do réu conforme o princípio do *in dubio pro reo*.¹⁰⁵

A decisão ainda remete ao processo penal acusatório e ao caráter democrático do sistema penal vigente no Brasil, afirmado contundentemente ainda, que o ônus da prova incube a quem acusa de forma exclusiva.

Com isso, não resta outra conclusão além de que, em um sistema acusatório, não é possível que o juiz possua uma iniciativa probatória, já que esta possibilidade se trata de uma característica fundamental de um sistema inquisitório.

Desta forma, resta entender como pode existir um dispositivo legal no Código Processual Penal – norma infraconstitucional – que possui vertente inquisitória, quando a Constituição Federal promulgada em 1988, após intensa luta pela democracia e pela existência de direitos fundamentais, delinea o processo penal para uma vertente acusatória?

Mediante este questionamento, deve-se analisar o sistema processual penal vigente no Brasil e sua compatibilidade com a Constituição Federal.

¹⁰⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2020. Ebook.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 80084-PE**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur221286/false>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

4.1 A (in)compatibilidade do sistema processual penal vigente no Brasil com a Constituição Federal

Em continuidade, existe uma desconformidade do sistema processual elaborado e o idealizado pela Constituição Federal.

Segundo Nucci¹⁰⁶, apesar de ser claro a opção constitucional pelo sistema acusatório, tal sistema não é imposto ao Código Processual Penal. O autor afirma ainda que, se seguíssemos à risca o modelo processual penal imposto na CF/88, o sistema de persecução penal brasileiro seria puramente acusatório.¹⁰⁷

O autor conclui afirmando que, a adoção de princípios acusatórios pela CF/88, não significaria uma eleição de um sistema acusatório, sendo necessário que a legislação comum e os tribunais acompanhem esses princípios, portanto, para o autor, quem de fato cria as regras processuais é o Código Processual Penal.¹⁰⁸

Tal entendimento acaba por afastar a noção que a Constituição é a norma fundadora de um Estado Democrático e, como suprema representação da vontade do povo, todas as normas estão abaixo dela e servem para sua instrumentalização.

Portanto, a Constituição possui o dever de nortear todo o ordenamento jurídico que nasce a partir dela. Portanto, não há norma que se sobressaia ao imposto constitucionalmente ao ponto de destoar complementemente do que é disposto por ela.

Por mais, uma Constituição com fortes valores democráticos, deve garantir que o processo penal engradece o direito constitucional, por não haver outra atuação estatal que se conecte tanto com os dispositivos constitucionais.¹⁰⁹

Neste sentido, Bettiol¹¹⁰ pontua que o processo penal é “um dos índices mais típicos do grau de civilização atingido por um povo na sua caminhada histórica”

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Ebook.

¹⁰⁷ Apesar do autor usar a expressão “puramente”, não significa que está usando no sentido explicado no primeiro capítulo, ou seja, que existe atualmente sistemas processuais completamente acusatórios ou completamente inquisitórios. Na verdade, o autor afirma que, através de uma aplicação à risca do modelo processual previsto constitucionalmente, o sistema penal brasileiro perderia os resquícios inquisitórios e se tornaria um sistema de vertente fundante acusatória, deixando de ser considerado misto.

¹⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op Cit.*

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional: o Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹¹⁰ BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora. 1974.

e por isso, precisa estar orientado pela Constituição a forma maior de expressão do Estado Democrático de Direito.

Oliveira aponta a necessidade de uma estruturação do processo penal com base constitucional.¹¹¹

Com isto, notoriamente que a opção política de um Estado passa pelo advento e efetivação das disposições constitucionais, por ser esta a nova dimensão dos direitos naturais, indisponíveis a todo e qualquer ser humano e imprescindível para uma estruturação estatal democrática. Por isto, a efetivação de uma democracia, que passe pelo respeito ao indivíduo, necessita de um Estado de Direito, que seja Constitucional, uma vez que o simples Estado de Direito não basta para que tenhamos um modelo processual penal, condizente com esta nova era de direitos fundamentais.

Quanto a classificação do sistema, Nucci o define como acusatório mitigado, porém, não é possível vislumbrar a possibilidade de tal classificação. Na mesma lógica que conclui pela impossibilidade de um sistema misto pela ausência de um núcleo fundante ou princípio unificador, também justifica que qualquer sistema que se nomeie acusatório inquisitorial, inquisitório-acusatório, inquisitório mitigado ou acusatório com poderes de instrução do juiz (sistema penal brasileiro) são todos sistemas inquisitórios em sua essência, por serem regidos pelo princípio inquisitivo que leva a perseguição da verdade real de ofício pelo juiz, portanto, são considerados antidemocráticos.¹¹²

Já que a utilização do direito processual penal de caráter inquisitório, justificado por uma suposta necessidade de proteger a sociedade do comportamento antissociais de alguns indivíduos, tem origem clara em regimes políticos de caráter totalitário. Portanto, a Constituição funciona como um limite intocável e necessário ao poder punitivo do Estado.¹¹³

Com isso, é necessário perceber o processo em uma nova perspectiva, já que, para conseguir funcionar como limite ao poder punitivo, precisa se transformar em um instrumento em favor de garantias ao indivíduo, os protegendo de violações

¹¹¹ OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: o Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹¹² LOPES JR., Aury, 2010 apud KHALED JR. Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas. 2013.

¹¹³ BETTIOL, Giuseppe, 1974 apud OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: o Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

aos seus direitos inalienáveis, através da transformação do seu rito com a finalidade de proteger a liberdade do cidadão honesto perante uma intervenção arbitrária do Estado-juiz e promover limitações a atuação jurídica deste perante o cidadão que tenha cometido um crime.¹¹⁴

Este objetivo só se torna possível quando o processo é concebido em conjunto com a nova ordem constitucional e em plena consonância com as ideias dispostas em seu teor.

No entanto, não basta apenas incorporar os ideais constitucionais no ordenamento jurídico infraconstitucional, é necessário garanti-los em grau suficiente para alcançar uma efetividade real de sua previsão no processo penal.

Desta forma, o processo penal deve ser elaborado com base nestes ideias, portanto, desprezando por completo o interesse da maioria dominante e o interesse da sociedade no resultado do processo¹¹⁵. Só assim, o juiz se afasta da obsessão pelo alcance da verdade real e age de forma acusatória, buscando garantir o devido processo legal, não interesses societários ou vontades pessoais, democratizando o processo penal.

Com isso, mediante a clara adesão ao sistema acusatório pela Constituição Federal, não é mais admissível a criação de normas processuais ou interpretações jurídicas de vertente inquisitória, tanto para resguardar e efetivar as normas constitucionais, como pela necessidade de preservação dos direitos fundamentais do indivíduo e garantia a Democracia no processo penal. Com isto, deverá o julgador se submeter ao previsto constitucionalmente, não sendo válido nenhum ato do juiz que vá de encontro com CF/88.¹¹⁶

O julgador terá a validade de suas decisões condicionada ao respeito às diretrizes constitucionais, pela impossibilidade de inobservância dos pressupostos lá insculpidos. Para isto, deve estar garantida a independência do Judiciário frente aos demais poderes, de modo que sua decisão não esteja vinculada a interesses de dominantes e, tampouco, a interesses da maioria, mas somente e sempre ao conteúdo constitucional. Portanto, ao magistrado deve ser garantida a independência para que possa atuar em consonância com os ideais constitucionalmente previstos, sem qualquer interesse social, econômico ou político por detrás de sua atuação, concebendo, tratando e

¹¹⁴ OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: o Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*.

defendendo um processo penal, como um instrumento de garantias, necessário e indispensável para o exercício do poder de punir do Estado.

Barroso aponta que no momento que a norma constitucional se revestiu de condição de norma jurídica por meio da superação da noção europeia perpetuada por anos de que a Constituição é um documento meramente político, as normas constitucionais passaram a possuir atributos essenciais de uma norma jurídica, apresentando “comandos, mandamentos, ordens, dotados de força jurídica, e não apenas moral”. Barroso destaca as principais consequências.¹¹⁷

- a) a Constituição tem aplicabilidade direta e imediata às situações que contemplam, inclusive e notadamente, as referentes à proteção e promoção dos direitos fundamentais. Isso significa que as normas constitucionais passam a ter um papel decisivo na postulação de direitos e na fundamentação de decisões judiciais;
- b) a Constituição funciona como parâmetro de validade de todas as demais normas jurídicas do sistema, que não deverão ser aplicadas quando forem com ela incompatíveis. A maior parte das democracias ocidentais possui supremas cortes ou tribunais constitucionais que exercem o poder de declarar leis e atos normativos inconstitucionais;
- c) os valores e fins previstos na Constituição devem orientar o intérprete e o aplicador do Direito no momento de determinar o sentido e o alcance de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, pautando a argumentação jurídica a ser desenvolvida.

Portanto, a norma constitucional não sugere, recomenda ou aconselha as normas infraconstitucionais. O autor ainda aponta a possibilidade de um mecanismo próprio de coação das normas constitucionais, visando um cumprimento forçado de suas previsões capaz de garantir sua imperatividade.

Barroso conclui afirmando que as normas constitucionais não são apenas normas jurídicas, por possuírem caráter hierarquicamente superior, portanto, a lei infraconstitucional não deveria ser capaz de prever de forma diversa da CF/88. Tal possibilidade levará que as prescrições constitucionais se tornem desprovidas de sanção, se tornando em um mero ideário sem eficácia jurídica.¹¹⁸

Através destas disposições, cabe acrescentar que não se acredita que a atuação do julgador deve ser enrijecida por um positivismo extremo e um formalismo exacerbado, sendo necessária a devida independência de sua atuação para impedir violações ao devido processo legal. O que se aponta é a necessidade de

¹¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Ebook.

¹¹⁸ *Ibidem*.

distanciamento do juiz das versões apresentadas, só entrando no mérito do processo quando for proferir sua decisão acerca do contraditório já finalizado pelas partes.

Portanto, acredita-se que o modelo acusatório previsto pela CF/88, através da definição de direitos fundamentais no contexto do processo como o contraditório, juiz natural, imparcialidade, *in dubio pro reo*, assim como a determinação que o Ministério Público deverá promover de forma privativa a ação pública penal, impondo de forma completa ao *parquet* o dever de acusar, são diretrizes obrigatórias ao direito processual penal e especialmente ao dever jurisdicional.

Com isso, o juiz deve agir de forma independente, porém, não com o objetivo de participar da instrução de provas, mas garantindo que o rito constitucional seja preservado, ou seja, garantindo a forma acusatória do processo penal.

Caso mantenha-se alguns entendimentos que afirma que as leis infraconstitucionais superam a Constituição, como demonstrando no início do capítulo, aumenta de forma significativa o risco da previsão constitucional se tornar um “latifúndio improdutivo” e percebida como um ar de utopia pelos julgadores que, ao invés de buscar aplicá-la, descreem de sua efetividade e zombam de sua aplicação, afastando ainda mais o processo penal do Estado Democrático de Direito.¹¹⁹

¹¹⁹ OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: o Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

5 CONCLUSÃO

Por fim, conclui-se que a possibilidade de uma iniciativa probatória pelo juiz não possui nenhuma conformidade com o sistema acusatório, portanto, um sistema que se define como acusatório, não poderá facultar ao juiz ao agir de ofício em busca de provas.

Como delineado, os princípios constitucionais da imparcialidade, do juiz natural e do contraditório são todos formulados perante a noção de um sistema acusatório, portanto, a CF/88, ao definir tais princípios como direitos fundamentais do acusado, o elege como sistema norteador ao direito processual penal.

Desta forma, um juiz intimamente ligado ao processo ao ponto de delegar busca de provas, se reveste de um juiz inquisidor apaixonado pelo resultado e busca pela verdade inalcançável, não pela reserva de garantias.

Com isso, perante a noção de impossibilidade de um sistema misto que, na verdade apenas tenta esconder o seu caráter inquisitório, é necessário definir o sistema acusatório como modelo vigente no Brasil devido a eleição constitucional deste, afastando completamente os ideais inquisitórios promovidos pelo CPP – baseados em regimes totalitários – antes da promulgação da Constituição atual.

Por mais, é notável a fragilidade da ambição de alguns doutrinadores ao afirmarem que a atividade probatória de ofício pelo juiz é possível quando limitada pela imparcialidade, por supor que o juiz apesar de determinar produção de provas após minuciosa visualização aproximada do mérito, ainda seria capaz de se forçar a uma imparcialidade, afirmando então que este princípio deve ser mantido apenas pelo juiz, não pelo aparato criminal, esquecendo completamente a incapacidade de neutralidade do juiz – ou de qualquer indivíduo inserido na sociedade – quando exposto a contextos que demandam escolhas através de fatos ainda em construção.

Desta forma, a imparcialidade só é garantida se o juiz é mantido equidistante do desenvolvimento do contraditório, já que, quando se entende o juiz como pessoa revestida de valores e princípios pessoais, resta clara a incapacidade de manutenção da imparcialidade quando o aproxima do mérito e o permite buscar provas em caso de urgência, relevância ou dúvida porque, a própria ponderação quanto utilidade de uma prova, já leva o juiz a escolher uma versão dos fatos ou até

mesmo elaborar uma por si só, como nos diversos casos em que o juiz se fascina pela condenação em grau tão elevado que resulta em proferir condenação mesmo após a elaboração de pedido de absolvição pelo Ministério Público.

Portanto, ao eleger o sistema acusatório e impor princípios que garantem sua vigência no sistema processual brasileiro, a CF/88 exige das normas infraconstitucionais que se tornem capazes de garantir, com alto grau de eficácia, uma aplicação do sistema acusatório, devido ao caráter supremo da norma constitucional, sendo fundamento de validade de todas as demais normas.

Tal imposição constitucional leva a democratização do processo penal, retirando seu caráter instrumentalizado que visa a proteção de uns e o ataque à outros, e possibilita uma funcionalidade de seu caráter punitivo baseado nos limites da Constituição Federal.

Isto só se torna possível com a expurgação de normas processuais como o artigo 156 do CPP que afronta, não apenas a imparcialidade do juiz e o contraditório, como o *in dubio pro reo* – regra constitucional de tratamento do acusado no processo – e a determinação constitucional que compete ao Ministério Público de forma privativa os deveres de acusação, se demonstrando inconstitucional em sua integralidade.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz natural no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Ebook.
- _____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022. Ebook.
- BETTIOL, Giuseppe. **Instituições de Direito e de Processo Penal**. Trad. Manuel da Costa de Andrade. Coimbra: Coimbra Editora. 1974.
- BOFF, Leonardo. **Memória Mundo Inquisidor: Prefácio**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/inquisidor/prefacio.html>> Acesso em: 04 out. 2022.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 80084-PE**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur221286/false>> Acesso em: 15 nov. 2022.
- CARNELUTTI, Francesco. **Derecho Procesal Civil y Penal**. México: Editorial Pedagógica Iberoamericana, 1994.
- CARVALHO, Salo de. **Revisita à Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. V. 42. 2005.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza de Francesco Carnelutti para os Operadores do Direito**. Revista de Estudos Criminais. Ano 4. Nº 14. Sapucaia do Sul: Notadez, 2004.
- _____. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>> Acesso em: 07 nov. 2022.
- CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito: the brazilians lesson**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. Ebook.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HAMILTON, Sergio Demoro. **A ortodoxia do Sistema acusatório no processo penal brasileiro**: uma falácia. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano 11, Nº 2 e Ano 111, Nº 3, 2001-2002.

KHALED JR. Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas. 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022b. Ebook.

_____. **Fundamentos do processo penal**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2022a. Ebook.

MONTERO AROCA, Juan. **El Derecho Procesal em el Siglo XX**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Ebook.

OLIVEIRA, Daniel Kessler. **A Atuação do Julgador no Processo Penal Constitucional**: o Juiz de Garantias como um Redutor de Danos da Fase de Investigação Preliminar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24ª Ed. São Paulo: Atlas, 2020. Ebook.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Ebook.

SCHULZ, Marcos. **A grande virada da Inquisição**: heresias, tribunais e judeus na Península Ibérica – séculos XV-XVIII. Revista Tempo de Conquista. RTC 13. Jul. 2013.

SOUZA, Ney de *et al.* **Aspectos da Inquisição Medieval**. Revista de Cultura Teológica. N. 73. V. 19. jan/mar, 2011.

STJ. **Para Quinta Turma, em regra, juiz não pode condenar réu que teve absolvição pedida pelo MP**. STJ, 2022. Disponível em:

<<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2022/11102022-Para-Quinta-Turma--em-regra--juiz-nao-pode-condenar-reu-que-teve-absolvicao-pedida-pelo-MP.aspx>> Acesso em: 10 nov. 2022.

STRECK, Lênio Luiz. **O 'Novo' Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo**: Nas So(m)bras da Filosofia da Consciência. In BONATTO, Gilson. *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**: Tempo, Tecnologia, Dromologia e Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.