



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas Sociais- FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

MEIRE ODAYKE FERREIRA DE SOUSA

O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O SISTEMA INQUISITIVO

**BRASÍLIA
2019**

MEIRE ODAYKE FERREIRA DE SOUSA

O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O SISTEMA INQUISITIVO

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília -UniCEUB.

Orientador: Prof. George Lopes Leite.

**BRASÍLIA
2019**

MEIRE ODAYKE FERREIRA DE SOUSA

O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O SISTEMA INQUISITO

Artigo apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília -UniCEUB.

BRASÍLIA, _____ de _____ de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. George Lopes Leite, Me.
Orientador

Prof.
Examinador

AGRADECIMENTOS

A Deus, que pela sua grandiosa mão me deu sustento e perseverança.

A minha mãe, Ellen, que no pleno exercício do seu caridoso coração me proporcionou aconchego e amor.

Ao Amor, que frente às dificuldades dos meus devaneios se fez presente e pai.

Ao Guilherme, o parceiro mágico e revigorante que trás a certeza do meu futuro.

Ao meu Orientador, George Leite, pela experiência e apoio.

“A justiça sustenta numa das mãos a balança que pesa o direito, e na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito” Rudolf Von Lhering

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar o Código de Processo Penal Brasileiro, verificando as nuances de artigos específicos deste, a fim de se fazer uma análise quanto ao sistema constitucional vigente recepcionado, tal como, debater sobre as divergências materiais existentes, aspectos históricos, princípios balizadores, traçando assim um caminho para o entendimento.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Previsão legal. Sistemas Processuais. Princípios. Sistema inquisitivo.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the Code of Criminal Procedure, checking the nuances of specific articles of this, in order to make an analysis of the current constitutional system received, as well as discuss the differences existing issues, historical aspects, guiding principles thus laying a path for understanding.

Keywords: Criminal Procedural Law. Cool forecast. Procedural Systems. Principles. Inquisitive system.

1 INTRODUÇÃO

O intuito deste trabalho é analisar e fundamentar a relação entre dispositivos específicos do Código de Processo Penal em face à realidade constitucional, no que tange aos Sistemas Processuais adotados e recepcionados, perpassando pelas inúmeras discordâncias doutrinárias. Isto porque, em muitos momentos da referida lei, se verificam resquícios inquisitivos, contrários àquele acusatório sustentado pela Constituição Federal, por meio de seus princípios e garantias. E assim, identificar o sistema processual vigente no atual normativo brasileiro, tal como verificar a necessidade ou não de adequação das normas processuais penais à realidade constitucional.

Inicialmente, faz-se necessário abordar aspectos históricos do Código de Processo Penal, para uma correta localização do leitor quanto ao surgimento deste e toda a evolução histórica que o acompanhou com a passar dos anos. Será feita uma imersão às modalidades de Sistemas Processuais, já que aqui se encontra o pilar do presente trabalho, passando pelo sistema acusatório, sistema inquisitivo e por aquele que se encontra ao meio, o sistema misto ou acusatório informal.

Como intrínseco a qualquer estudo ou discussão que se trave na área de Direito, irão ser trabalhados princípios norteadores, aqueles essenciais para o entendimento do tema proposto. Em primeiro nos debruçaremos pelo princípio da verdade real, seguido pelo princípio do *in dubio pro reo*, ambos elementares ao processo penal.

Assim, após toda base teórica disposta se avançaremos na análise específica de artigos do Código de Processo Penal, iniciando-se pelo artigo 156 do referido código e ainda, o artigo 242, utilizando-se das diversas opiniões doutrinárias que giram ao redor do assunto.

O método utilizado para tanto será o dedutivo, por meio da análise de pesquisas bibliográficas, pois serão utilizadas doutrinas, leis e artigos, tendo em vista o estudo acerca do presente tema proposto. Valer-nos-emos de tal método zarpando de um raciocínio lógico para que se alcance uma conclusão a respeito do tema colocado.

2 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ASPECTOS HISTÓRICOS

O nosso Diploma Processual Penal vem de meados do século XX, mais especificamente do ano de 1941, este, ainda, atual.

Inspirado na legislação penal italiana de 1930, caracterizada por um regime fascista, o momento histórico de sua criação e promulgação se dá durante o governo ditatorial de Getúlio Vargas, marcado por um poder Executivo totalmente centralizado e um legislativo extinto, de modo que o Estado na pessoa do chefe do Executivo interferia diretamente na política penal.

Vejam, nas palavras de Eugênio Pacceli (2014), algumas marcas dessas bases autoritárias:

Na redação primitiva do Código de Processo penal, até mesmo a sentença absolutória não era suficiente para se restituir a liberdade do réu, dependendo do grau de apenação da infração penal (o antigo artigo 596, CPP). Do mesmo modo, dependendo da pena abstratamente cominada ao fato, uma vez recebida a denúncia, era decretada, automática e obrigatoriamente, a prisão preventiva do acusado, como se realmente do culpado se tratasse (o antigo artigo 312, CPP). (PACELLI, 2014, p. 5 e 6)

Nesta redação originária do Código de Processo Penal, notava-se uma preferência pela presunção de culpabilidade, visto que “ninguém acusa um inocente”. Ora, a liberdade provisória à época se restringia a hipóteses de flagrante de crimes afiançáveis, ou seja, a tutela da segurança pública era claramente privilegiada em desfavor das liberdades individuais. (FERNANDES, 2006)

Houve seguidas alterações desde 1942 no referido Código, as mais marcantes a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que conferiu uma reinterpretação mais garantista ao Processo Penal.

A Constituição percorreu um sentido totalmente diverso ao do Código de Processo Penal vigente, trouxe um sistema com amplas garantias constitucionais que possibilitou ao processo uma visão mais abrangente, deixando de ser somente um veículo de aplicação da Lei Penal para ser visto como instrumento de garantias individuais contra o poder estatal. (FERNANDES, 2006)

O entendimento de que o Código de uma época transparece seus valores dominantes é expresso por Humberto Fernandes quando traça a seguinte reflexão:

Se a concepção for autoritária, predominará o interesse do estado, o arguido será tido como objeto do processo sem qualquer direito autônomo. Em uma concepção liberal, o indivíduo é o centro das atenções, dotado de direitos próprios, é verdadeiro sujeito processual (direito de defesa e garantias). Por outro lado, em uma concepção social, o interesse da comunidade prevalecerá em desfavor do indivíduo, ou seja, em nome da comunidade é que se pune e se persegue o indivíduo infrator. (FERNANDES, 2006, p. 26 e 27)

Diante das diversas mudanças aplicadas ao Código, percebe-se que a tendência atual é evitar processos para crimes leves ou com menor potencial ofensivo, manter o processo em caso de crimes médios e por fim, amedrontar nos casos de crimes graves, facilitando a prisão e a restrição à intimidade.

A mudança foi extrema e nessa nova ordem do devido processo penal constitucional busca-se um processo justo, que nas palavras de Eugênio Pacelli seria:

(...) deve ser um processo construído sob os rigores da Lei e do Direito, cuja observância é imposta a todos os agentes do Poder Público, de maneira que a verdade ou verossimilhança (certeza, enfim!) judicial seja o resultado da atividade probatória lícitamente desenvolvida. Disso decorrerá também a vedação das provas obtidas ilícitamente (art. 5º, LVI, CF), não só como afirmação da necessidade de respeito às regras do Direito, mas como proteção aos direitos individuais, normalmente atingidos quando da utilização ilícita de diligências e dos meios probatórios. (PACELLI, 2014, p. 9)

Resta clara a evolução quando perpassamos pelo desenvolvimento histórico em torno do Código de Processo Penal. À frente, analisaremos os três modelos de Sistemas Processuais, a fim de traçarmos linhas que sustentem as características do Sistema adotado no Brasil.

3 SISTEMAS PROCESSUAIS

São conjuntos de regras e princípios vislumbrados a partir do momento histórico ou político de cada Estado, por meio do qual se estabelecem as diretrizes que nortearam a aplicação do Direito Penal no caso concreto.

Segundo as formas pelas quais se apresentam são três os sistemas processuais presentes na evolução histórica: o acusatório, o inquisitivo e o misto.

3.1. SISTEMA ACUSATÓRIO

Historicamente o Sistema Acusatório tem suas raízes na Grécia e em Roma, fundamentou-se na acusação oficial, apesar de haver exceções à iniciativa da vítima, de qualquer do povo ou parentes próximos. Floresceu na França e na Inglaterra após a revolução, começando a partir daí a ser adotado na maioria dos países Americanos e alguns da Europa. (MIRABETE, 2001, p. 40)

No Brasil, o Sistema Acusatório no processo penal é assegurado pela Constituição Federal, vários dos seus artigos trazem as características essenciais à completude do sistema. Artigo, 5º, LV diz “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes”; artigos 129, I e 5º, LV, asseguram que a ação penal pública é privativa do Ministério Público, havendo possibilidade de ação privada subsidiária ao ofendido; o juiz natural é a autoridade julgadora competente como preceitua o artigo 5º, LII, 92 a 126; e por fim em seu artigo 5º, LX, traz a publicidade dos atos processuais como regra, apesar de possível sua restrição em prol do interesse social. (MIRABETE, 2001, p. 41)

O Sistema Acusatório, quanto ao seu aspecto principal, traz uma expressa separação entre as funções julgar, defender e acusar.

Tal sistema é a antítese do inquisitivo, suas características principais giram em torno de cinco aspectos. O primeiro deles diz respeito à separação entre as funções de acusar, defender e julgar, composto por 3 três personagens distintos, autor, juiz e réu.

No que diz respeito a princípios, este é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, tendo como exceção o sigilo de determinados atos, vide artigo 93, IX, Constituição Federal. Os princípios do contraditório e da ampla defesa permitem a informação por todo processo, garantindo ao réu ser sujeito de direitos como garantido pela Carta Magna.

Seu quarto aspecto engloba o sistema de provas do livre convencimento, dizem alguns, mas em essência é vinculado constitucionalmente ao convencimento motivado, sem se bastar a um juiz boca da lei e embasada nas provas presentes nos autos. O juiz nesse sentido tem plena liberdade na sua apreciação, desde que não se distancie do que consta nos autos.

Por fim, a imparcialidade do órgão julgador é requisito *sine qua non*, o qual visa manter o equilíbrio do processo para que se adotem providências à instrução do feito e se descartem as diligências inúteis ao processo ou meramente protelatórias.

Geraldo Prado, traz a definição de Geovanni Leone que destaca o poder de decisão entregue a um órgão do estado, que por sua vez é distinto do poder exclusivo da iniciativa do processo. Se alonga dizendo que, esgotada a acusação, o magistrado corta o vínculo com as iniciativas do autor, impulsionando a persecução penal, que se direciona aos princípios do contraditório, da oralidade e da publicidade com paridade de armas entre as partes. (PRADO, 1999, p. 112)

Para facilitar a distinção entre os Sistemas Processuais, Hélio Tornaghi afirma:

O que distingue a forma acusatória da inquisitória é o seguinte: na primeira, as três funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a três órgãos diferentes: acusador, defensor e juiz; na segunda, as três funções estão confiadas ao mesmo órgão. O inquisidor deve preceder espontaneamente e suprir as necessidades da defesa. O réu é tratado como objeto do processo e não como sujeito, isto é, como pessoa titular do direito de defesa; nada pode exigir. (TORNAGHI, 1989, p. 1 -2)

Por sua vez, o processualista Eugênio Pacelli salienta:

Entretanto, a questão não é tão simples. Há realmente algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório, diante do caráter evidentemente inquisitivo do nosso Código de Processo Penal e seu texto originário. Nada obstante, pequenos, mas importantes, reparos foram feitos ao longo desses anos, em relação à construção de um modelo prioritariamente acusatório de processo penal. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, e, acertadamente, já teve oportunidade de decidir pela impossibilidade de o juiz poder requisitar de ofício novas diligências probatórias, quando o Ministério Público se manifestar pelo arquivamento do inquérito. A violação ao sistema acusatório, na hipótese, seria e era patente. (PACELLI, 2014, p. 10 -11)

Quando da leitura do autor, nota-se que este vislumbra certo descompasso, pois enxerga uma ampla liberdade à iniciativa probatória dada ao juiz em artigos do Código de Processo Penal, que muito frequentemente se legitima pelo princípio da verdade real.

3.2 SISTEMA INQUISITIVO

O Sistema Inquisitivo tem suas raízes nos regimes monárquicos, onde vigia o Direito Romano caracterizado pela iniciativa do juiz no processo. Renasceu na Idade Média, face à real necessidade de reprimir criminalmente os acusadores privados da época. (MIRABETE, 2001, p. 40)

Nas palavras de Paulo Rangel:

(...) o sistema inquisitivo surgiu após o acusatório privado, com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática de delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares. (RANGEL, 2012, p. 47)

Historicamente houve um alastramento do referido sistema por toda Europa, iniciada no século XV, em razão da grande influência da Igreja Católica no Direito Penal e vice e versa, se tornando claro seu declínio com a Revolução Francesa.

A função e o exercício de acusar e julgar na mão de um só é sua maior característica, o Estado-juiz é aquele que investiga e pune. “No sistema inquisitivo não há separação de funções, pois o juiz inicia a ação, defende o réu e, ao mesmo tempo, julga-o.” (RANGEL, 2012, p.47)

Aury Lopes, caracteriza o sistema dizendo:

Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai constituir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação. O juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz. (LOPES, 2011, p. 63)

Vislumbra-se que no Sistema inquisitivo o juiz diante às provas presentes nos autos trazidas pelas partes, não forma seu convencimento, o que ocorre é o contrário, objetiva convencer os envolvidos de sua íntima convicção, uma vez que já emitiu um juízo de valor ao dar início a ação penal.

Apesar da concentração de poder nas mãos de um órgão julgador, o qual detém a gestão da prova ser sua maior característica, outras são do mesmo modo esclarecedoras.

Assim, por exemplo, o sigilo rege todo o processo, não há acusação e publicidade, de modo a se afastar os olhares do povo. O trabalho do juiz-inquisidor acontece de ofício, resguardado o sigilo e todo recolhimento de depoimentos se dá por escrito, as testemunhas presentes, tem seus nomes protegidos e fora do alcance do réu. (LOPES JR., 2011)

Foulcalt , a despeito da característica alhures, diz:

Todo o processo criminal, até a sentença permanecia secreto: ou seja, opaco não só para o público mas para o próprio acusado. O processo se desenrola sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, os depoimentos, as provas. (FOULCALT, 2007, p. 32)

Não há contraditório, tampouco ampla defesa, o acusado nesse sistema não tem nenhuma garantia. É visto como um objeto do processo em todas as suas fases, jamais como sujeito de direitos, em suma, estava ali prestando contas ao juiz, uma vez que a verdade do crime estaria em suas mãos e essa busca pela verdade a todo custo, era o fim do processo. (SOUZA NETTO, 2003)

O sistema de provas utilizado é o da prova tarifada ou prova legal, essa tarifação encontrava-se em lei, ou seja, cada prova possuía um valor probatório pré-definido e diferente entre elas. A confissão nesse escalonamento é a rainha das provas, mesmo que colhida mediante tortura. Provas documentais e testemunhais tinham outra valoração, medidas até em relação ao sexo da testemunha presente. (SOUZA NETTO, 2003)

Em outras palavras Jacinto Coutinho, revela que:

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que “a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na ‘acusação’ – dando seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases”. O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, sai em seu encaixo guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato. (COUTINHO, 2001, p. 24)

Outro aspecto forte, desrespeito à coisa julgada ou à inexistência desta, Aury Lopes (2001) salienta que o inquisidor em sua essência era cauteloso para não declarar ao final do processo, em sede de sentença de absolvição, a inocência

do réu, mas somente a falta de prova legítima. Assim, era mantida a possibilidade de reabertura do caso em outro momento, para então punir o acusado sem os impedimentos do trânsito em julgado.

O processo inquisitório se dividia em fases distintas, a inquisição geral iniciava o processo com o objetivo de comprovar a materialidade e a autoria, vista como a fase preliminar. Já a segunda, inquisição especial, cuidava da fase final do processo, mais especificamente do processamento. (AURY LOPES, 2011)

Partindo para outro momento e lugar, a utilização do Sistema Inquisitivo no Brasil, é visto por muitos, extraoficialmente, como realidade vigente, apesar de nossa Constituição o ter rechaçado, uma vez que recepcionou a garantia do Sistema Acusatório.

Acompanhando esse pensamento Paulo Rangel aponta:

Não adianta o sistema brasileiro adotar o Sistema Acusatório se, em um processo judicial instaurado, o juiz interrogar o acusado sem dar-lhe o direito de, previamente, entrevistar-se com seu defensor, a fim de preparar sua defesa e, ainda, se o chamar em juízo sem dar-lhe ciência, prévia, da acusação. Ou ainda se, durante o interrogatório, interpelar o acusado que deve falar a verdade sob pena de ser condenado. Esse processo seria regido pelo Sistema Acusatório, porém o juiz agiria de forma inquisitiva. Existiria processo, porque quem acusou foi o Ministério Público, mas não com as características do acusatório. De que valeria? Nada. (RANGEL, 2012, p. 49)

Por fim, no próximo ponto veremos o último modelo de Sistema Processual conhecido como misto, onde as conceituações se misturam entre o aqui estudado e o Sistema Acusatório.

3.3 SISTEMA MISTO OU ACUSATÓRIO FORMAL

O Sistema Misto se instalou em razão do insucesso da inquisição, uma substituição que visou temperar com mecanismos do antigo modelo acusatório, sem dar acesso direto aos particulares. (BATISTA NEVES, 2014)

Esta nova possibilidade que mantinha o monopólio estatal, porém trazia um terceiro diferente do juiz, foi o meio termo encontrado na transição do Sistema Inquisitivo para o Sistema Acusatório.

Nasce assim, com esse terceiro, a função do Ministério Público, que exercia a ação penal representando a sociedade. Se diferenciou daquele já existente, principalmente em razão da diferença da primeira fase para a segunda, que permitia uma maior liberdade por meio da defesa amplamente assegurada. (SOUZA NETTO, 2003)

Apesar de híbrido, possui características únicas. Sua fase preliminar continua secreta, escrita, alavancada e direcionada pelo juiz, sem qualquer interferência ou conhecimento do réu, não havendo contraditório tampouco ampla defesa. Já a segunda fase ou fase judicial, se inicia com a acusação por parte do Ministério Público com debate público e oral, com defesa e acusação em pé de igualdade, exercendo mutualmente a demonstração de culpa ou inocência. (RANGEL, 2012)

No Brasil, muitos na doutrina sustentam o Sistema Misto como o realmente vigente por sua natureza acusatória e inquisitiva. Para tanto alegam que a presença do inquérito policial na fase pré-processual já é o suficiente para um sistema misto, outros se baseiam em aspectos específicos dos poderes dados ao juiz como justificativa para o conceito. (NUCCI, 2005)

Já Aury Lopes (2015) acredita ser reducionista tal visão, considerando que na atualidade todos os sistemas são mistos advindos de uma referência histórica. Sustentando que por ser visto como misto essencial buscar o seu núcleo fundante, o princípio que o informa, sendo, portanto, simplista ver a acusação como suficiente para construir-se um sistema acusatório.

Na busca pela melhor fundamentação, será trabalhado princípios que são norteadores do Processo Penal.

4. PRINCÍPIOS

4.1. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

O Estado, baseado nesse princípio não se satisfaz com a verdade formal dos fatos, não restam suficientes os fatos trazidos pelas partes nos autos, busca-se o *ius puniendi*, ou seja, o direito de punir do Estado. (FLAVIO GOMES, 2010)

Alguns doutrinadores defendem que este princípio visa uma postura positiva do judiciário frente ao Processo Penal, já que indisponível o bem jurídico tutelado.

Autorizando o juiz, portanto, à produção de provas de ofício, a fim de esclarecer a profundidade dos fatos ou a sua verdade, descartando desse rol as provas ilícitas e sempre em consonância com a coisa julgada. (GRECO FILHO, 1988, p. 74)

Denis Sampaio (2010) aprofunda:

O sistema fundado na verdade real como princípio demanda maior aproximação do juiz com a regularidade do trâmite sistêmico do processo. O impulso oficial não serve apenas para instrumentalidade processual, mas, pelo contrário, a determinação do vínculo das partes com o juiz alicerça o próprio princípio da verdade substancial, estabelecendo real iniciativa instrutória do julgador, ou seja, não se resume apenas na produção da prova para se chegar a uma verdade absoluta, como querem os defensores dessa certeza, mas a busca da verdade suprema serve, justamente, para fundamentar o interesse do julgador pelo impulso do instrumento processual, na medida em que, no processo penal moderno, deixou ele (o juiz) de ser mero espectador inerte, incumbindo-lhe todas as diligências necessárias ao esclarecimento da verdade, devendo, portanto, sanar todas as irregularidades necessárias para o julgamento da causa, com o objetivo de aproximação à pacificação social pela aplicação de decisões jurisdicionais. (SAMPAIO, 2010, p. 78-79)

Já Mirabete (2006) salienta:

No processo penal brasileiro o princípio da verdade real não vige em toda a sua inteireza. Não se permite que, após uma absolvição transitada em julgado, seja ela rescindida, mesmo quando surjam provas concludentes contra o agente. A transação é permitida, por exemplo, nas ações privadas com o perdão do ofendido. A omissão ou desídia do querelante pode provocar a perempção. Há, também, inúmeras outras causas de extinção da punibilidade que podem impedir a descoberta da verdade real. (MIRABETE, 2006, p. 25)

Lopes Jr. (2015) afirma, porém, que há desvios nessa busca pela verdade real, desvios esses presentes em vários momentos do processo e do Código Penal que desvirtuam o Sistema Processual assegurado pela Constituição Federal. Diz que não basta a separação inicial feita, onde o Ministério Público constrói a acusação, se no decorrer do procedimento é permitido ao juiz o papel ativo por trás da verdade real em busca de provas, como a determinação de diligências de ofício e outros diversos atos feitos de ofício.

Vê-se, pelos conceitos já citados, que a “verdade real” e o Sistema Acusatório como é conhecido, são estranhos um ao outro, pois distintos em sua essência. Em verdade, este primeiro se enquadra bem mais ao Sistema Inquisitivo,

sendo, controverso, sua presença no Brasil, já que acusatório o sistema vigente. (PIRES DORNELLES, 2017)

4.2. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO

Trata-se, na origem, de uma expressão latina que significa: na dúvida, em favor do réu. Baseia-se na presunção de inocência que preceitua a não culpabilidade até que se prove o contrário. (LENZI, 2019)

Nas palavras de Beccaria (1997), grande estudioso do referido princípio, “um homem não pode ser chamado de culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

Está presente em diversos documentos, como por exemplo, na Declaração Universal de Direitos Humanos, na convenção Americana sobre Direitos Humanos, na convenção Europeia para a Proteção de Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, dentre outros. Se deu por consagrado no Brasil por meio do artigo 5º, inc. LVII, da Constituição Federal e atualmente, é recepcionado por todos os Estados Democráticos.

Importante ressaltar, com as palavras de José Laurindo de Souza Netto (2003) que “o princípio do estado de inocência guarda íntima relação com o princípio do *in dubio pro reo*, a ponto de muitos autores tratarem os dois como um só”. No presente estudo essa mistura ocorrerá, uma vez que das leituras ambos se identificam de forma intrínseca.

Aury Lopes Jr percebe a presunção de inocência, de forma sintetizada, como dever de tratamento e explica:

Esse dever de tratamento atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. Dentro do processo, a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab)usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de trata-lo como inocente). (LOPES JR. 2015, p. 364)

Na mesma linha acredita que o juiz na sua posição de imparcialidade e dúvida, deve dar à acusação o dever de achar hipóteses e provas e à defesa o direito de contraprovar. Analisando todas as hipóteses, de modo a aceitar a acusação somente se provada e a descartar se não provada suficientemente. (LOPES JR. 2015)

Alguns criticam o princípio da presunção de inocência por acreditarem que o termo correto seria presunção de não culpabilidade, onde o acusado estaria em um lugar neutro, sem ser visto como culpado ou inocente. Damásio de Jesus (1994) positiva essa ideia ao dizer que se não se pode considerar o réu culpado até o trânsito em julgado da sentença, não há por que vê-lo como presumidamente inocente.

Dentre as várias posições, Fabiano Moura em seu artigo, dispõe:

Não há que se descurar, que a presunção de inocência se apresenta como garantia constitucional daquele que se ver acusado pelo Estado. Pois a este lhe é assegurado o direito subjetivo de não ser punido enquanto não for devidamente comprovado a prática do delito. É uma limitação ao jus puniende do Estado. Dessa forma, para que o Estado, por intermédio do juiz natural, imponha uma condenação criminal a um indivíduo, é necessário que haja persecução penal nos limites e formas estabelecidos na Carta Magna, o que por sua vez adota o sistema acusatório e a presunção de inocência, que ao final do processo haja um julgamento justo e por um júízo imparcial, com decisão condenatória somente nos casos em que restar cabalmente provada nos autos, pelo Ministério Público, a conduta delituosa do processado. Em havendo sequer alguma dúvida, o magistrado impreterivelmente há de absorver o acusado, uma vez que a CF/88 consagra a presunção de inocência. (MOURA, 2018)

A contraposição ao citado alhures, vem por meio de diversos doutrinadores, Izabella Moura (2012) acredita que mesmo que se tenha na atualidade uma preferência por sempre se ponderar em prol do interesse do acusado, há casos em que evidente a certeza da prática do crime, de sua autoria e levando em conta o clamor social e a gravidade do crime, deve prevalecer o interesse da coletividade em favor da tranquilidade da população e em atenção ao descrédito que pode ser gerado às instituições. (MOURA, 2012)

Objetivando a junção de todos os conceitos até aqui expostos, passamos ao estudo crítico de artigos específicos do Código de Processo Penal, a fim de identifica-los inseridos no Sistema Processual vigente.

5 ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Este artigo diz:

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

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

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

Apesar do Sistema Processual vigente pela Constituição Federal ser o Sistema Acusatório ou na visão de alguns doutrinadores, conforme estudado, Sistema Misto, ou seja, inquisitório na primeira fase e acusatório na segunda ou em sua fase processual, se percebe que há visões contrárias no que se refere ao artigo agora trabalhado.

Aury Lopes Jr. acredita na vigência de um processo penal essencialmente inquisitório, uma vez que a fase processual não é acusatória e se utiliza do Art. 156, CPP, para demonstrar, vejamos:

(...) dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é imparcialidade do julgador. (...) a posição do juiz é o ponto nevrálgico da questão, na medida em que “ao sistema acusatório lhe corresponde um juiz-espectador, dedicado, sobretudo, à objetiva e imparcial valoração dos fatos e, por isso, mais sábio que experto; o rito inquisitório exige, sem embargo, um juiz-ator, representante do interesse punitivo e, por isso, um enxerido, versado no procedimento e dotado de capacidade de investigação”. (LOPES JR., 2015, p. 48)

No que desrespeito ao tema, Paulo Rangel diz, que ao ser questionado por juízes sobre a posição vislumbrada por ele como correta, estes perguntaram se deveriam então estar à disposição do Ministério Público e seus pedidos. Vejamos o que respondeu:

(...) se o sistema do país for acusatório, sim, se for o inquisitivo, não. Qual o sistema do país em que você vive? Acusatório? Então deve se ater a pretensão acusatória do MP e, se este retirar a

acusação, não obstante ainda haver processo, que não se confunde com a ação, deve o juiz absolver o acusado. Do contrário, se assim não for, o juiz estará fazendo acusação sem ser autor e sem haver ação. (RANGEL, 2012, p. 66)

Percebe-se, que na visão dos autores citados alhures, a iniciativa dada ao juiz descaracteriza sua função e seu lugar no processo, dando a ele uma iniciativa que claramente o coloca de um lado do processo, uma vez, que pode ordenar, de ofício, produção de provas.

Porém, como nada há de ser absoluto, Rogério Lauria Tucci, traz em concordância com outros doutrinadores:

(...) diferem, expressivamente, o procedimento *ex officio*, em que se consubstancia o processo penal inquisitório, e a inquisitividade ínsita à persecução penal, tendo “a doutrina e a jurisprudência pátrias confundido, frequentemente, o poder inquisitivo com o poder de procedimento *ex officio*, entendendo que o cancelamento deste exprime o desaparecimento daquele”. (TUCCI, 2011, p. 47)

Esclarece, ainda, Rogério Lauria Tucci (2011) por meio do pensamento de Joaquim Canuto, que a inquisitorialidade do juízo criminal vigente, se encontra também em ações essencialmente privadas, sendo possível afirmar, portanto, a prosperidade deste, muitas vezes mais presente e necessária que em ações públicas, já que no lugar da imparcialidade do promotor público, o juiz aqui fiscaliza a verdade objetiva em face aos interesses acessórios do ofendido.

Em uma visão mais comedida e que se encontra ao meio das duas visões expostas, Fernando Capez aponta ao comentar sobre o artigo 156 e seus incisos do Código de Processo Penal:

(...) em razão do nosso Código de Processo Penal adotar o sistema acusatório, e não inquisitivo, tal faculdade de produção de provas pelo magistrado é supletiva, devendo, pois, ser comedida, nesse sentido, sua atuação. Somente em casos excepcionais, quando a dúvida persistir no espírito do magistrado, é que este poderá dirimi-la, determinando as diligências nesse sentido. Essa pesquisa probatória a ser efetivada pelo juiz deve restringir-se a uma área de atuação por ele delimitada, com o fito de evitar a quebra da imparcialidade. (CAPEZ, 2015, p. 183)

Agora, já vistas as diversas visões sobre o tema proposto no presente capítulo, passemos a fazer a mesma análise sobre outro artigo do Código de Processo Penal.

6 ARTIGO 242 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Estabelece esse artigo:

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

Aqui, o magistrado está autorizado a atuar de ofício antes mesmo da demanda jurisdicional se tornar um processo penal, correspondendo para alguns como atividade assumidamente inquisitiva.

Ao falar do procedimento *ex officio*, José Frederico Marques simplifica dizendo:

Não é por que o juiz deve aplicar a lei penal, que se lhe vai dar também a incumbência de transformar-se em investigador de polícia para ir descobrir a pista de crimes cuja persecução não foi regularmente provocada. O juiz aplica a lei penal – julgando, e, nunca, perseguindo ou processando. Se temos um Ministério Público cercado de garantias, é para que o crime não fique impune. Ao juiz só é dado, depois de instaurado regularmente o procedimento penal, julgar o caso que lhe é apresentado pelos órgãos incumbidos da acusação criminal. (MARQUES, 2001, p. 196)

Doutra sorte, Ada Pellegrine Grinover trás o outro lado da moeda:

Ninguém melhor que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento. Isto não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará. (GRINOVER, 2005, p. 19)

Ada Pellegrine (2015) diz mais, “a pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte”. Vê-se que para a referida autora a inércia da jurisdição, tida como princípio processual, é um risco ao bem social comum.

Nucci (2014), em função da oficiosidade do juiz em alguns momentos no processo ou antes dele, acredita numa formação “inquisitivo-garantista”. Sustenta que o contrário seria omitir os diversos momentos dentro do Código de Processo Penal que é dado ao magistrado o poder de produzir provas, decretar a prisão do acusado e outras possibilidades, todas de ofício.

Finalizamos este último capítulo com a definição dada a expressão *ex officio*, trata-se daquilo que é feito em razão do cargo ocupado e em virtude deste. Importante tal definição, para que se faça a devida reflexão quanto ao que é em essência o ofício do juiz e na mesma medida, qual seria a incumbência das partes.

7 CONCLUSÃO

A opção foi fazer uma leitura constitucional, visualizando o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais. Assim, percebe-se que o processo penal contemporâneo somente se legitima a partir da sua democratização total.

O Código de Processo Penal de 1941, mesmo com todas as reformas realizadas, contém claramente um arsenal de dispositivos inquisitivos, porém com a promulgação da Constituição Federal de 1988, percebe-se que não há lacunas para normatizações que atentem contra os direitos e garantias fundamentais.

A característica latente que mais possibilita divergências doutrinárias acerca do sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, é de modo notável a possibilidade dada ao juiz de produzir provas de ofício na primeira fase inquisitorial e na fase processual, com clara afronte a imparcialidade do princípio adotado pela Constituição Federal na forma do artigo 5º, XXXVII.

Salienta-se que o estudo feito dos artigos 156 e 242 do Código de Processo Penal decorre de pequeno recorte da lei processual, outros poderiam ser citados, como por exemplo o artigo 21, apesar da clara adoção da Constituição Federal pelo Sistema Acusatório.

Como visto, as divergências são várias ao se definir o sistema realmente vigente no Brasil, mas nenhuma contra argumentação tem força para desqualificar a Carta Magna como sendo a maior de todas as leis, e por isso, todas as outras devem seguir os comandos elegidos pela mesma.

Sob esse prisma, o Sistema Acusatório rechaçou e colocou no passado o Sistema Inquisitivo, com novos rumos e garantias para a esfera processual penal. Porém, apesar de nos parecer transparente tal conclusão, a presença inquisitorial permanece no Código de Processo Penal.

Com base nessa perspectiva, a oficiosidade dada ao juiz ao decorrer de artigos do Código Processual Penal o afasta de sua função imparcial e resolutiva frente às lides trazidas ao judiciário e mais, torna disfuncional todos os outros papéis dados aos atores dessa relação, como a função do Ministério Público e das partes.

Esses dispositivos processuais penais, claramente inquisitoriais sobrevivem de forma clandestina face à Constituição, nossa lei maior.

REFERÊNCIAS

BATISTA NEVES, L. G. Sistemas Processuais Penais. [s. l.], 2014. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.1EB19919&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 18 set. 2019.

PACELII, Eugênio. Curso de Processo Penal: Revista e Ampliada. Edição 18ª. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2014.

MIRABETE, Julio. Processo Penal. Edição 11ª. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Edição 2014. Editora Saraiva, 2014.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999.

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Edição 20ª. São Paulo: Editora atlas S.A., 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: História da violência nas prisões. Tradução: Raquel Ramalhete. Editora Petrópolis: Vozes, 2007. p. 32.

BATISTA NEVES, L. G. Sistemas Processuais Penais. [s. l.], 2014. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.1EB19919&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 17.agosto. 2019.

NUCCI, Guilherme de Sousa. Manual de processo e execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da verdade real. 2010.
<<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>>
Acesso em: 17.agosto.2019

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal. Edição 18ª. São Paulo: Editora: Atlas S. A., 2006.

SAMPAIO, Denis. A verdade no processo penal: A permanência do Sistema Inquisitorial através do discurso sobre a verdade real. Rio de Janeiro: Editora: Lumen Juris, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. Edição 5ª. São Paulo: Editora: Saraiva, 1998.

PIRES DORNELLES, E. N. O Processo Penal E O Dogma Da Verdade Real. [s. l.], 2017. Disponível em:
<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.DA41836&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

LENZI, Tié. Significado de in dubio pro reo. 2019. Disponível em:
<<https://www.significados.com.br/in-dubio-pro-reo/>> Acesso em: 13.set.2019

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e da penas. Tradução: José Cretella e Agnes Cretella. Edição: 2ª. São Paulo. Editora: RT. 1997

JESUS, Damásio Evangelista. Código de Processo Penal Anotado. Edição: 11ª. São Paulo. Editora: Saraiva. 1994.

MOURA, Fabiano Antônio. 2018. A presunção de inocência e a requisição de produção de provas ex officio no Processo Penal brasileiro. Disponível em:
<<https://jus.com.br/artigos/69387/a-presuncao-de-inocencia-e-a-requisicao-de-producao-de-provas-ex-officio-no-processo-penal-brasileiro>> Acesso em: 14.set.2019.

MOURA, Izabella. 2012. Princípio da Presunção de inocência – breve reflexão crítica. Disponível em:
<<https://izabellamoura.jusbrasil.com.br/artigos/111909069/principio-da-presuncao-de-inocencia-breve-reflexao-critica>> Acesso em: 14.set.2019

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. Edição: 4ª. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

CAPEZ, Fernando. Rodrigo Henrique Colnago. Código de processo penal comentado. São Paulo: Editora: Saraiva. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Volume 1, Nº 18. Brasília. 2005.

MARQUES, José Frederico. Estudos de direito processual penal. Edição: 2ª. Campinas: Editora: Millennium. 2001.

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