



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

LUÍS FERNANDO NOBRE MARTINS

A ATUAÇÃO ATIVA E PASSIVA DO JUIZ
DURANTE A PERSECUÇÃO PENAL

Brasília

2015

LUÍS FERNANDO NOBRE MARTINS

**A ATUAÇÃO ATIVA E PASSIVA DO JUIZ
DURANTE A PERSECUÇÃO PENAL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Vinícius Reis Bastos

**Brasília
2015**

LUÍS FERNANDO NOBRE MARTINS

A ATUAÇÃO ATIVA E PASSIVA DO JUIZ

DURANTE A PERSECUÇÃO PENAL

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília, _____ de _____ de 2015.

Banca Examinadora

Marcus Vinícius Reis Bastos

Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

À minha família, que me apoiou e demonstrou futuro, objetivos e esperança no transcorrer deste curso;

e ao todo poderoso Senhor DEUS, cujo os ensinamentos vem iluminando minha vida e fonte de inspiração nesta árdua caminhada de cada dia.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por mais esta vitória, aos meus pais, Antônio Luís e Mariza Oseas, a minha Mulher Drielle e minha filha Letícia, aos meus irmãos, João Pedro, Luís, Benjamim, e a todos os familiares e amigos que contribuíram neste desafio.

Agradeço também, ao meu orientador Marcus Vinícius Reis Bastos, por ter me ajudado nesta difícil caminhada.

De forma especial, aos meus tios de consideração Aristides e Vânia, por terem me ajudado a concluir este curso.

“Reparta o seu conhecimento. É uma forma de alcançar a imortalidade.”

Dalai Lama

RESUMO

O presente trabalho trata sobre os poderes instrutórios do juiz criminal, que podem ser analisados por meio de duas vertentes. A primeira diz respeito à fase processual, cuja atuação do magistrado deve ser ativa, caso haja dúvidas ou o conjunto probatório seja ineficiente, com base na função social e nos princípios *publicitas* relacionados ao processo. Já a segunda, trata-se de uma atuação passiva do julgador na fase investigativa, porquanto, vai de encontro ao sistema acusatório e a sua imparcialidade. Para se chegar a isso, é necessário apresentar um panorama doutrinário e jurisprudencial a respeito dos poderes instrutórios do juiz criminal. Sendo que em primeiro lugar, será analisado o direito à prova no processo penal, que vai desde o seu conceito até as regras presente na Lei Fundamental. No segundo momento, serão analisados, os sistemas processuais penais, especialmente o sistema acusatório, o qual foi adotado pela Constituição Federal de 1988. No terceiro capítulo, serão analisadas, as normas legais, que tratam do assunto, à relação das partes e do juiz com as provas. Por último, muito embora não haja muitas decisões, cabe ressaltar, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de anular os atos produzidos pelo juiz de ofício na fase investigativa e a liberdade deste na condução da instrução criminal.

Palavras-chave: Poder instrutório do juiz. Provas no processo penal. Princípios constitucionais. Sistemas processuais penais. Sistema acusatório. Verdade real. *Adversarial system*. *Inquisitorial system*. Função social. Princípios *publicitas*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Civil
Inc.	Inciso
MP	Ministério Público
n.	Número
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL	12
1.1 Conceito e finalidade	12
1.2 Sistemas de avaliação da prova	13
1.3 Ônus da prova.....	16
1.4 Princípios gerais que regem a prova no âmbito penal	17
1.5 Regras constitucionais que interferem no direito à prova.....	19
CAPÍTULO 2 – MODELO ACUSATÓRIO E BUSCA DA VERDADE REAL.....	26
2.1 Modelo acusatório	26
2.2 Modelo inquisitório	30
2.3 Sistema misto	33
2.4 Princípio da busca da verdade real.....	35
CAPÍTULO 3 – PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ	39
3.1 Normas do Código de Processo Penal.....	39
3.2 Papel das partes e do juiz em relação às provas	43
3.3 Possibilidade ou impossibilidade do juiz produzir prova	44
3.4 Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça	50
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

De início, o presente trabalho tem por objetivo examinar a atuação do juiz, por meio dos poderes instrutórios, durante toda a persecução penal, desde a fase de investigação até a sentença. Para isso, a Constituição Federal (CF) de 1988¹ servirá como a norma de parâmetro, em que serão analisados principalmente os seus princípios expressos, implícitos ou decorrentes de Tratados Internacionais com *status* de norma constitucional além do modelo que rege todo o Processo Penal.

A atuação do magistrado depende da fase em que estiver, isto é, na fase investigativa, ele deve se manter omissivo, devendo agir somente se provocado, visto que existem dois órgãos incumbidos de fazer isso, quais sejam, a Polícia Judiciária e o Ministério Público (MP). Já na fase processual, ao perceber que a produção probatória está falha, a qual pode acontecer por vários fatores econômicos, culturais, sociais, etc., o incumbido de julgar não pode agir como um mero expectador, pois se trata de um interesse de todos, sendo que o intuito do Processo Penal é reconstruir os fatos o mais próximo da realidade possível.

Em primeiro lugar, o primeiro capítulo será destinado ao estudo do direito à prova no Processo Penal, onde serão analisados o conceito e a finalidade da prova, os sistemas de avaliação, o ônus da prova, os princípios que a regem, e principalmente as regras constitucionais que a interferem, como exemplo disso: contraditório, garantia contra a autoincriminação, presunção de não culpabilidade, inadmissibilidade das provas ilícitas; princípio da livre convicção.

Em segundo lugar, faz-se necessário abordar os sistemas acusatório, inquisitivo e misto, visto que servirão de base para definir os limites na atuação probatória. Será visto que o modelo adotado pelo Brasil é o acusatório, com fulcro no art. 129, inciso I da Carta Magna de 1988², em que compete privativamente ao *parquet* propor a Ação Penal Pública, isto é, a Bíblia Política demonstra, por meio deste artigo, que deve haver uma separação de pessoas nas funções de julgar, acusar e defender, o que demonstra claramente a intenção em adotar este modelo.

¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

² BRASIL, op. cit.

No entanto, cabe ressaltar, que as Leis Processuais Penais possuem alguns resquícios do modelo inquisitivo, cuja função de julgar e acusar é exercida pela mesma pessoa, o que traz de volta a figura do juiz inquisidor. O art. 156, inc. I, do Código de Processo Penal (CPP)³ é um exemplo disso.

Além disso, será examinado o princípio da verdade real, cujo objetivo está na busca pela verdade absoluta, o que serve para legitimar alguns abusos provocados pelo investigador, o que o torna incompatível com o modelo acusatório adotado no Processo Penal. No entanto, mesmo que o intuito não seja buscar uma verdade absoluta, o juiz não deve deixar de buscar a verdade, pois um dos objetivos do processo é buscar uma sentença justa.

A construção de toda esta base conceitual e principiológica, a respeito do direito à prova no processo penal, dos sistemas processuais penais e do princípio da verdade real, é fundamental para compreender a atuação do juiz criminal diante da persecução penal, que vai desde o inquérito policial até a sentença absolutória ou condenatória.

Diante disso, no capítulo 3 será abordado a possibilidade ou não do juiz produzir provas *ex officio*, sendo necessário estudar os sistemas adotados pelos países anglo-saxões, quais sejam, o *adversarial system* e o *inquisitorial system*, os quais estão relacionados a este tema. Ademais, será feito um esclarecimento sobre as diferenças entre esses sistemas e os processos acusatórios e inquisitórios, sendo necessário devido ao equívoco feito por alguns doutrinadores nacionais em relacioná-los.

Por fim, este último capítulo tem por objetivo examinar a constitucionalidade ou não do inc. I do art. 156 do CPP.⁴ Esta norma legal faz com que os poderes instrutórios do Juiz se estendam aos inquéritos policiais, sem uma denúncia produzida pelo Ministério Público. Para tanto, deve-se buscar um embasamento doutrinário e jurisprudencial para se chegar ao assunto, inicialmente será tratado os conceitos dos sistemas processuais penais acusatórios, inquisitório e misto, depois serão discutidas as garantias constitucionais penais violadas, tais como os princípios do *indúbio pro réu*, contraditório e da inércia do órgão jurisdicional .

³ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

⁴ BRASIL, op. cit.

Assim, apesar das divergências doutrinárias, este trabalho tem o objetivo de definir a atuação do juiz criminal durante toda a persecução penal, desde a fase de inquérito até fase sentencial, com base nos principais doutrinadores da área jurídica, nos Tribunais Superiores, e, principalmente, na Carta Magna de 1988.

CAPÍTULO 1 – DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL

1.1 Conceito e finalidade

O estudo do direito à prova se mostra imprescindível para avaliar a atuação do juiz no processo penal em relação aos seus poderes instrutórios, porquanto, no julgamento criminal, a busca do fato verdadeiro se baseia na análise das provas produzidas pelas partes, e pela aplicação do direito, no caso concreto.

A palavra prova, originou-se da palavra *probatio* que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. No âmbito das relações jurídicas, significa a busca pelas partes por meio de atos e meio em busca do reconhecimento da verdade pelo juiz.⁵

Na área cível, existem vários doutrinadores e decisões dos tribunais disciplinando sobre o direito à prova, o que facilita o julgamento do juiz, diante da vasta doutrina e jurisprudência, sendo sua decisão bem fundamentada. Contudo, no âmbito penal, analisa-se mais o fato do que o próprio direito, sendo que a decisão do juiz trará mais responsabilidades do que na aplicação do direito, porquanto a sua decisão é sozinha, diante da análise do caso concreto.⁶

Com relação à importância dos fatos, no juízo criminal, deve-se levar em conta a dificuldade do juiz para decidir, devido à falta de estudo sobre o assunto. Assim, Adalberto Aranha⁷ leciona: “O direito será sempre encontrado numa obra doutrinária ou numa interpretação jurisprudencial, dependendo apenas de um estudo mais amplo ou restrito; porém o fato jamais sairá dos autos, sem que autor algum nos ensine o resultado”.

Além disso, a finalidade da produção de provas é a busca da verdade, isso decorre do princípio da verdade real, isto é, tenta-se reconstruir os fatos do mesmo modo que ocorreu na realidade.⁸

⁵ ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Idem*.

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. p. 160.

Assim, a busca da verdade, diferentemente do processo civil, em que a natureza da verdade é no sentido formal, no processo penal é no sentido material e real, ou seja, o juiz não deve se contentar apenas com as alegações das partes, deve se exigir a produção de provas, para firmar seu posicionamento. No entanto, naquele procedimento, pode acontecer de a decisão no juiz não dizer a verdade, mas isso não quer dizer que foi uma decisão falsa, pois seria ilógico.⁹

De outro lado, existem fatos que não precisam ser provados, como no caso dos fatos axiomáticos ou intuitivos, os fatos presumidos, bem como os fatos notórios. Em relação ao primeiro são aqueles evidentes, como exemplo disso, a comprovação do comparecimento em lugar, já prova que não estava em outro lugar; no segundo, tem-se o exemplo no menor de 18 anos, que é inimputável, por fim, quanto ao último, é um fato de reconhecimento por todos, como exemplo, o natal que é comemorado no dia 25 de dezembro.¹⁰

Desse modo, a busca da verdade, por meio da produção das provas é importante no processo penal, mesmo diante de situações que não precisa provar. Contudo, o juiz deve-se manter inerte, na fase investigatória, pois prejudicaria a sua imparcialidade, esta tarefa ou ônus é das partes. Por outro lado, já diante de um processo penal, o juiz fica livre para conduzir a produção das provas, pois, neste caso, ela se torna imprescindível, para o magistrado formar sua opinião.

1.2 Sistemas de avaliação da prova

Existem três sistemas que podem regular a matéria probatória, quais sejam do sistema legal de provas, da íntima convicção e do livre convencimento do juiz ou persuasão racional.

Em relação ao sistema legal de prova, o legislador define previamente quais serão as provas que terão mais valor, por muito tempo esse princípio vigorou. Nesse sistema, a confissão era considerada a rainhas das provas, isto é, quando reconhecida o réu era considerado culpado independentemente de outra prova que prove a sua inocência. Nesse

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 393.

¹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 250-251.

sentido, Aury Lopes Junior¹¹ destaca:

No sistema legal de provas o legislador previa a priori, a partir da experiência coletiva acumulada, um sistema de valoração hierarquizada da prova (estabelecendo uma tarifa probatória ou tabela de valoração das provas). Era chamado de sistema legal de provas, exatamente porque o valor vinha previamente definido em lei, sem atentar para as especificidades de cada caso. A confissão era considerada uma prova absoluta, uma só testemunha não tinha valor etc.

Na acertada síntese de Bacila¹², “[...] tabelar significa cercear a capacidade de o julgador fazer uma análise mais inteligente no caso concreto. É o medo da falha humana que fez com que este sistema falhasse como um todo”.

No entanto, há resquícios desse sistema no Código de Processo Penal (CPP), em seu art. 158¹³, ao exigir que a prova nas infrações que deixam vestígios deve ser feita por exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Quanto ao segundo, o princípio da íntima convicção surgiu como oposição ao sistema anterior, onde as provas não são mais tarifadas. Além disso, não precisam ser fundamentadas. Nesse sentido, Aury Lopes Junior¹⁴ preconiza:

O princípio da íntima convicção surge como uma superação do modelo de prova tarifada ou tabelada. O juiz não precisa fundamentar sua decisão e, muito menos, obedecer a critérios de avaliação das provas.⁶⁵ Estabelece, aqui, um rompimento com os limites estabelecidos pelo sistema anterior, caindo no outro extremo: o julgador está completamente livre para valorar a prova (íntima convicção, sem que sequer tenha de fundamentar sua decisão).

Esse sistema não é mais adotado pelo Brasil, como regra, a exceção são nos casos de delitos contra a vida, que serão da competência do júri, conforme exposto na Carta Magna de 1988, art. 5º, inc. XXXVIII, alínea “b”¹⁵, pois os jurados julgam pela íntima convicção, além de ser sigilosa a votação.

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 561.

¹² BACILA, Carlos Roberto. Princípios de avaliação das provas no Processo Penal e as garantias fundamentais. In: BONATO, Gilson (Coord.). *Garantias constitucionais e Processo Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1. p. 100.

¹³ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 561.

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

Por fim, o princípio do livre convencimento do juiz ou persuasão racional, conforme exposto no art. 157 do CPP¹⁶, permite ao magistrado valorar com ampla discricionariedade a provas obtidas no processo, levando-se em conta uma, desprezando-se outras. Deve-se haver motivação em todas as decisões. Nesse sentido, Aury Lopes Junior define esse princípio¹⁷:

Como sistema intermediário em relação ao radicalismo dos dois anteriores, o livre convencimento motivado ou persuasão racional é um importante princípio a sustentar a garantia da fundamentação das decisões judiciais, estando previsto no art. 157 do CPP.

Esse sistema é muito mais limitado do que livre, pois o Juiz deve motivar, pois se trata de um poder, e com ele vem o abuso, que deve ser limitado, posto que, deve-se haver uma democracia nos processos, assim necessita-se de controle.¹⁸

Uma decisão sem fundamentação deve ser considerada nula, pois ela é um elemento fundamental para a validade de uma sentença, posto isso, o magistrado deve ter bastante cuidado na hora de proferir uma sentença, principalmente quando for para condenar um réu.

Os Tribunais têm se manifestado nesse sentido¹⁹:

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PALAVRA DA VÍTIMA - DELAÇÃO DE CORRÉU -PROVA TESTEMUNHAL - LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - RÉU HIPOSSUFICIENTE - ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS CONCEDIDA.

- A palavra da vítima, aliada à delação de corrêu que não se exime de sua responsabilidade e à prova testemunhal segura, torna certa a autoria delitiva.

- No processo penal vigora o princípio do livre convencimento motivado/persuasão

¹⁶ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 562.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. APR 10382091050825001 MG. Relator: Cássio Salomé, 08/05/2014, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL Publicação:16/05/2014. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Dela%C3%A7%C3%A3o+corr%C3%A9u+menor>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

racional, sendo lícito ao julgador apreciar livremente a prova judicializada, nos termos do artigo 155 do CPP, em busca da verdade real, proferindo sua decisão de forma fundamentada.

- Faz jus à isenção das custas processuais o réu comprovadamente hipossuficiente, nos termos do art. 10 inc. II, da Lei Estadual 14.939/03.

Portanto, vigora-se no ordenamento processual penal brasileiro, em matéria probatória, o princípio do livre convencimento, no entanto, existem em alguns artigos do CPP resquícios dos outros dois princípios.

1.3 Ônus da prova

O ônus da prova é uma condição onerosa incumbida a alguém de provar aquilo que alega, sendo algo meramente facultativo.²⁰ Sendo assim, a utilização das provas, no processo penal, não é uma imposição, mas sim um ônus, porquanto, as partes buscam esses meios, com o fim de obterem êxito, jamais é algo imposto.²¹

Em sua obra, Adalberto José²² afirma que a prova não é uma obrigação, mas sim um ônus, *in verbis*:

No processo as partes não têm o dever, a obrigação de produzir as provas, mas sim o ônus de realizá-las. Quem tem uma obrigação processual e não a cumpre sofre a pena correspondente; quem tem um ônus e não o atende, não sofre pena alguma, apenas deixa de lucrar o que obteria se tivesse praticado.

Por outro lado, a luz do princípio da presunção da inocência, na dúvida o juiz deve agir em favor do réu. Assim, mesmo que a defesa não se esforce na elaboração e na busca de elementos probatórios, a responsabilidade probatório é imposta a acusação, caso não ocorra, o juiz deve absolver, com fulcro no art. 386, incs. II, V e VII.²³

²⁰ TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. São Paulo: JusPodivm, 2013. p. 525.

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. p. 175-176.

²² ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 20.

²³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 26.

Em relação à divisão do ônus da prova, de acordo com o caput do art. 156 do CPP²⁴, a prova da alegação cabe a quem o fizer, sendo imposto ao acusado demonstrar a ausência das causas excludentes de ilicitude, extintivas da punibilidade, e principalmente do dolo. Já em relação ao órgão acusador, cabe comprovar os indícios de autoria e materialidade, sendo o dolo presumido, não precisa comprovar, já em relação a um crime culposos, o promotor deve indicar se o agente agiu com negligência, imprudência e imperícia, sob pena de inépcia da denúncia.²⁵

Assim, quanto à iniciativa do juiz, a ele é facultado colher elementos, a fim de buscar meios de forma sua opinião, em busca da verdade, nos termos do art. 156, segunda parte, arts. 209 e 234 do CPP.²⁶ No entanto, esta faculdade, prevista no art. 156, do CPP, deve ser utilizada com cautela, por parte do juiz, pois vai de encontro com a Lei fundamental, principalmente em relação ao princípio da inércia dos órgãos de jurisdição.

1.4 Princípios gerais que regem a prova no âmbito penal

De início, foi visto no primeiro tópico que o objetivo da prova é comprovar um fato violador de um direito, por meio de um processo. Assim, de modo a obter esse objetivo, existem, apesar de divergências doutrinárias, sete princípios, os quais darão suporte à análise probatória.²⁷

Em primeiro lugar, o princípio da autorresponsabilidade das partes está ligado ao ônus da prova, visto que a responsabilidade de produzir provas é das partes, tanto a acusação como a defesa. Assim, em caso de erro ou omissão, cada um deverá arcar com suas consequências.²⁸

Em segundo lugar, o princípio da audiência contraditória está relacionado com o princípio constitucional do contraditório, o qual será analisado mais adiante. Desse modo, o

²⁴ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

²⁵ ARANHA, Adalberto Jose Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22.

²⁶ BRASIL, op. cit.

²⁷ ARANHA, op. cit., p. 32.

²⁸ Ibidem, p. 33.

seu objetivo é de que toda prova produzida em juízo deve se dar sob o crivo do contraditório, pois, nestes casos, haverá nulidade.²⁹

Em relação ao princípio da aquisição ou comunhão da prova, em matéria criminal, uma vez produzida à prova, esta serve para ambas as partes, mesmo que a prova seja produzida pela acusação, a defesa poderá usar em seu favor. O que existe é principalmente no caso da acusação o ônus de produzi-la.³⁰

O CPP adotou como regra o princípio da oralidade, como exemplo disso, têm-se as alegações finais orais, conforme art. 403 do referido Código. Desse princípio sobressaem três aspectos: imediação, em que há um contato direto entre o juiz e as partes; concentração consiste na produção dos atos em apenas uma única audiência, e por fim, a identidade física do juiz, em que aquele que iniciar a instrução está vinculado à demanda, sendo imposta a sua decisão, salvo, transferência, remoção etc.³¹

Nessa linha de raciocínio, descreve Adalberto José Q. T de Camargo Aranha³²: “Como corolário da oralidade busca-se concentrar toda a produção da prova na audiência. A oralidade tem como um dos elementos caracterizadores a concentração na audiência, visando uma maior rapidez na colheita e produção de provas”.

O princípio da publicidade é imprescindível para efetivar os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois garante a transparência e os meios utilizados pelas partes durante o processo, juntamente com a publicidade, encontra-se o princípio da fundamentação, ambos os princípios presentes no arts. 5º, inc. LX, e 93, inc. IX: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.³³

Nesse sentido pensa Renato Brasileiro, *in verbis*:³⁴

²⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 33.

³⁰ ARANHA, op. cit.

³¹ BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.

³² ARANHA, op. cit., p. 34.

³³ BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. v. I. p. 43.

[...] funciona a publicidade, portanto, como pressuposto de validade não apenas dos atos processuais, mas também das próprias decisões que são tomadas pelo Poder Judiciário, cabendo à União legislar privativamente sobre o tema, ex vi do art. 22, inc. I, da Constituição federal.

Além disso, a publicidade dos atos serve para garantir a regularidade da prestação jurisdicional, porquanto dar oportunidade de todo àquele que se interessar pela causa tenha condições e meios para entender como foi feito todo o procedimento.³⁵

1.5 Regras constitucionais que interferem no direito à prova

Os princípios constitucionais têm como objetivo dar uma estabilidade ao ordenamento jurídico, uma vez que existe uma maior coerência entre as normas jurídicas, sempre como norma maior a Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, estes princípios têm como objetivo principal estabilizar todo o ordenamento jurídico, cujo topo da pirâmide é a Lei Fundamental, de modo a harmonizar o sistema normativo.³⁶

Antes de analisar o direito à prova de acordo com as normas infraconstitucionais, o intérprete do direito deve procurar interpretar uma norma jurídica conforme a Constituição Federal, porquanto esta, segundo Kelsen, é hierarquicamente superior a todas as demais normas jurídicas, isto é, está no topo da pirâmide jurídica. Assim, quando se busca uma interpretação com base exclusivamente na Lei Ordinária, deve-se ter um cuidado especial, pois, este intérprete pode estar diante de uma incompatibilidade com a Lei Fundamental.³⁷

O primeiro princípio a ser analisado é o contraditório, devido a sua importância para estrutura dialética do processo, visto que, serve para a defesa discutir as provas com o fim de absolver o acusado, já em relação à acusação, é o próprio direito de punir do Estado.³⁸ Além disso, isso serve para igualar as partes, uma vez que corre o risco de haver parcialidade, por parte do juiz, o que é vedado no Estado Democrático de Direito. O princípio da *par coditio* ou da paridade de armas inclui-se nessa busca da igualdade entre acusação e defesa.

³⁵ BASTOS, op. cit.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 12.

³⁷ BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.

³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 239-240.

A Carta Magna de 1988 consagrou este princípio no art. 5, inc. LV³⁹, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes;

[...].

O contraditório é imprescindível no processo penal, haja vista que a sua não observância acarreta nulidade absoluta, quando em prejuízo do réu, excepcionalmente, em relação ao Ministério Público, isso nem sempre ocorrerá, podendo gerar preclusão, quando não arguida no momento certo, ou seja, na interposição do recurso.⁴⁰

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Súmula 707, *in verbis*: “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo”.⁴¹

Noutro giro, o princípio ampla defesa não se confunde com o contraditório, porquanto neste a ideia é a proteção de ambos, acusação e defesa, já aquele é para garantir o acusado. Isso ocorre, uma vez que o lado mais forte é o Estado, devido ao seu poder e a facilidade de obter informações.⁴²

Por fim, existe uma diferença também entre a ampla defesa com a plenitude de defesa, a qual se refere à garantia do Tribunal do Júri no art. 5º, XXXVIII, “a”, da Carta Magna de 1988.⁴³ No princípio da ampla defesa, o acusado se vale apenas de questões jurídicas, enquanto que na plenitude de defesa, é permitido utilizar-se de tudo, não apenas de argumentos jurídicos, mas também de natureza sentimental, social, com o objetivo de persuadir os jurados.

³⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

⁴⁰ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 43.

⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula 707*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=707.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 37.

⁴³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

A Constituição Federal de 1988 garantiu a presunção de não culpabilidade, em seu art. 5º LVII “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Além disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁴ prevê a presunção de inocência em seu art. 8º, § 2º, *in verbis*: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”. Apesar de nomes diferentes, essas duas normas são consideradas sinônimas.

Nesse diapasão, não é possível a condenação de um sujeito em caso de dúvida do magistrado, porquanto, conforme esse direito fundamental, todo homem é considerado inocente, sendo essa presunção estendida até o trânsito em julgado da sentença penal, essa presunção de não culpabilidade também está consagrada no art. 5º, inc. LVII, da CF de 1988⁴⁵, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

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

[...].

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior⁴⁶ diz:

[...] sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve (ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).

Existem duas regras fundamentais que derivam deste princípio, a primeira é a chamada regra probatória, isto é, o ônus de provar a culpabilidade do acusado é, em regra, da acusação, aliás, é desse preceito constitucional que surge o “*in dubio pro reo*”, em caso de

⁴⁴ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

⁴⁵ BRASIL, op. cit.

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 228.

dúvida o juiz deve absolver o réu, isso, inclusive, está consagrado no art. 386, VI, do CPP.⁴⁷ A segunda é a regra de tratamento, o acusado deve ser tratado como se fosse inocente, durante toda a persecução penal, no entanto, é possível a aplicação de medidas cautelares de natureza pessoal, desde que seja de caráter excepcional, fundamentada e haja a necessidade no caso concreto.⁴⁸

A Carta Magna de 1988⁴⁹ consagrou também a garantia do direito ao silêncio em seu art. 5º, inc. LXIII, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

[...].

Disso se extrai que o acusado jamais poderá ser obrigado a produzir provas contra si mesmo “*nemo tenetur se detegere*”. Nesse sentido, o pleno do STF firmou entendimento.⁵⁰

Ademais, esse princípio também está previsto expressamente no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵¹, *in verbis*:

Art. 8º Garantias judiciais

[...].

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

⁴⁷ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

⁴⁸ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 230.

⁴⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

⁵⁰ O precedente em questão reconheceu a possibilidade de cidadão convocado a prestar depoimento perante Comissão Parlamentar de Inquérito recusar-se a responder perguntas que lhe pudessem incriminar. Estipulou-se ser direito do investigado o de manter-se calado, sem que daí se pudesse materializar qualquer agravo ao seu direito de liberdade. Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *HC n° 79.812/SP*, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, unânime, DJU I de 08.11.200, RTJ 176/805. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HC+79.812+SP>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

⁵¹ CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

[...]

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

[...].

O STF decidiu no sentido da obrigação a advertência quanto ao direito de não produzir prova contra a si mesmo, conforme o art. 5º, inc. LXIII da Carta Magna de 1988. Isso surgiu no Direito norte-americano, com a expressão *Miranda Rights*, ou seja, aviso de Miranda.⁵²

Desse princípio, surgem dois aspectos, formal e material. Quanto ao formal, está ligada a garantia constitucional, onde se firma como cláusula pétrea pelo constituinte originário, já em relação ao material, encontra-se especialmente na prova e no tratamento com o réu no processo penal.⁵³

Sobre a inadmissibilidade das provas ilícitas, a CF de 1988⁵⁴ proibiu a sua admissão no ordenamento jurídico, no inc. LVI do art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...];

LVI – São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

[...].

Ademais, isso serviu como uma forma de proteger o indivíduo, das arbitrariedades do Estado, que tem o poder de punir limitado por alguns princípios, sobre o tema Eugênio Pacelli⁵⁵ assevera:

Em uma ordem jurídica fundada no reconhecimento, afirmação e proteção dos direitos fundamentais, não há como recusar a estatura fundante do princípio da

⁵² Trata-se de uma gravação clandestina de conversa entre policiais e presos, sedo que o investigado tinha que ser advertida quanto ao direito ao silêncio, sob pena de ser uma prova ilícita. Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC n. 80.949-9 Rio de Janeiro*. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78579>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

⁵³ NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo Penal: sistemas e princípios*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2003. p. 157.

⁵⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

⁵⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 52.

inadmissibilidade das provas ilícitas, sobretudo, porque destinado a proteger os jurisdicionados contra investidas arbitrárias do Poder Público.

A esse respeito, também dispõe o art. 157 do CPP⁵⁶:

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

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

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

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

§ 4º (VETADO)

Assim, em regra, todas as provas obtidas com violação ao direito material e processual deverão ser desentranhadas do processo. Noutra giro, essa regra não pode ser aplicada em absoluto, porquanto, a prova ilícita produzida pela defesa deve ser considerada válida, uma vez que a liberdade tem um peso maior que o direito de terceiro sacrificado, isso decorre do princípio *favor libertatis*.⁵⁷

Além disso, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, de inspiração norte-americana, as provas aparentemente legais, mas que se originaram de uma ilicitude, não devem ser também consideradas, como exemplo, tem-se a tortura para obter uma confissão, e dela se prende alguém em flagrante. Assim, as provas ilícitas por derivação não são aceitas no ordenamento brasileiro e nem pelos Tribunais Superiores.

Por outro lado, de acordo com o §1º do art. 157 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 11. 690/2008, se a comprovação daquele delito ocorrer absolutamente desvinculado da prova ilícita, esta deve servir de fundamento para o juiz, não deve, portanto, ser retirada do processo.⁵⁸

⁵⁶ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

⁵⁷ BARROS, Marco Antônio de. *A busca pela verdade no Processo Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 212.

⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72.

Por último, o princípio da livre convicção ou da íntima convicção, conforme visto, surgiu na cidade de Roma como uma forma do juiz analisar as provas sem está vinculado a nenhuma delas, diferentemente do que ocorria no sistema da prova legal. Neste sentido, conforme Adalberto Aranha⁵⁹:

O juiz é soberano quanto à indagação da verdade e à apreciação das provas. Age apenas pela sua consciência não só no tocante à admissibilidade das provas quanto à sua avaliação, seus conhecimentos e impressões pessoais, até contra provas colhidas e, por fim, pode deixar de decidir se não formada a convicção.

Esse princípio, no Brasil, é aplicável apenas no Tribunal do Júri, visto que os jurados decidem apenas com a sua íntima convicção, isto é, estes não precisam fundamentar suas decisões. Contudo, trata-se de uma exceção, uma vez que o ordenamento brasileiro adotou o sistema do livre convencimento motivado.⁶⁰

Todos os princípios mencionados dizem respeito ao direito à prova no processo penal, pois limita o poder do Estado, na medida em que o acusado está protegido, por meios desses preceitos constitucionais, contra as arbitrariedades do Estado.

⁵⁹ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 76.

⁶⁰ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 341.

CAPÍTULO 2 – MODELO ACUSATÓRIO E BUSCA DA VERDADE REAL

Inicialmente, torna-se importante analisar os sistemas processuais penais, bem como definir qual seja o adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, cria-se uma base para definir o alcance e os limites dos poderes instrutórios do juiz de acordo com o modelo processual adotado pelo país.

Antes de discorrer sobre as características de cada sistema, é preciso definir o conceito de sistema, o qual seria um conjunto de elementos concatenados que o formam, sendo que, no caso do Processo Penal, segundo Paulo Rangel⁶¹:

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

Assim, neste capítulo, serão abordados os principais sistemas aplicados no mundo, quais sejam os acusatórios, inquisitórios e mistos, além de suas principais características, com base nos pensamentos doutrinários, nos precedentes judiciais e principalmente na Lei Fundamental. No segundo momento, será abordado o princípio da verdade real e a sua compatibilidade ou não com o sistema dotado pelo Brasil.

2.1 Modelo acusatório

O Direito grego e o Direito romano influenciaram no nascimento do modelo acusatório, sendo que, em relação ao primeiro, tinha como grande característica a participação direta do povo, tanto na função de julgar como de acusar. Além disso, nas infrações mais graves, aplicava-se o sistema de ação popular, já nos delitos menores vigorava a acusação privada, de acordo com as Leis Civis.⁶²

⁶¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 46-47.

⁶² LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 117.

Quanto ao Direito romano, fez surgir as duas formas de processo penal: *cognitio*, que ficava a cargo do órgão julgador, e *accusatio*, a qual era feita por qualquer cidadão. Diante disso, surgiu a principal característica do sistema acusatório, qual seja a distinção de pessoas nas funções de acusar e julgar.⁶³

Assim, o sistema acusatório tem como característica fundamental a distinção de pessoas, as quais atuam na função de julgar, defender e acusar. Em relação à primeira função, o juiz atua como um terceiro neutro e imparcial, já quanto aos dois últimos, estes estão em pé de igualdade, conforme o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Portanto, pode-se concluir que há uma divisão entre essas três funções: julgar, acusar e defender.⁶⁴

Em relação à iniciativa probatória, há uma atuação passiva do juiz na reconstrução dos fatos, porquanto este não age de ofício, sendo dever da acusação e da defesa produzir as provas que entendem serem cabíveis. Desse modo, a atividade probatória cabe às partes, mesmo que o juiz tenha poderes instrutórios, ele deve exercê-los somente no curso do processo, desde que esteja diante de uma situação excepcional. Assim, as partes cabem à produção das provas e ao juiz garantir as suas garantias e direitos consagrados constitucionalmente.⁶⁵

Neste sentido, para Renato Brasileiro de Lima:⁶⁶

No sistema acusatório, a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que o autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal. A separação das funções processuais dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeito de direitos e a construção dialética da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.

Por outro lado, esse modelo começou a perder força, uma vez que, em muitos casos, essa produção probatória, feita pelas partes, era frágil, além disso, surgiam-se novas infrações, as quais dificultavam a aplicação desse sistema. Assim, o magistrado começou a

⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 117.

⁶⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 114.

⁶⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. v. I. p. 5.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 5-6.

exercer a função de julgador e acusador, por meio da produção de provas, em fase de investigação, fazendo surgir o modelo inquisitório, o qual será abordado mais adiante.⁶⁷

Ademais, quanto as suas características, a de maior destaque é a separação de funções, acusar e julgar, em duas pessoas distintas, aliás, esta é uma diferença entre este modelo e o inquisitório. Outra característica, a iniciativa probatória deve ser das partes, em que se respeite o princípio do contraditório e da ampla defesa. Por fim, o seu procedimento observa o princípio da oralidade e da publicidade.⁶⁸

De forma resumida, Fernando Tourinho⁶⁹ define as características do sistema acusatório:

- a) O Contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão;
- b) As partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade;
- c) O processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial);
- d) As funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (ne procedat judex ex officio);
- e) O processo pode ser oral ou escrito;
- f) Existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois “non debet licere actori, quod reo non permittitur”;
- g) A iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado.

Existem várias divergências na doutrina brasileira quanto ao sistema adotado pelo Código de Processo Penal (CPP), visto que existem artigos no Processo Penal brasileiro que contrariam a Constituição Federal (CF) de 1988. Isso se deve a sua origem baseada no autoritarismo, reflexo do CPP italiano de 1930.⁷⁰

Por um lado, autores como Edilson Bonfim⁷¹ entendem que o sistema brasileiro tem duas fases, sendo a primeira de natureza inquisitiva, a qual se dar por meio do inquérito policia e a segunda é a fase processual, tendo como sistema adotado o acusatório.

⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 107-108.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 113-114.

⁷⁰ RODRIGUES, Martina Pimentel. Os sistemas processuais penais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 18, n. 3.833, dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26262>>. Acesso em: 18 maio 2015.

⁷¹ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62-63.

Por outro lado, Scarance, Mirabette e Tourinho, não classificam o sistema processual penal como misto, conforme visto no parágrafo anterior, porquanto a fase que antecede a processual é um procedimento administrativo e não processual.^{72 73 74}

Contudo, conforme visto na introdução desse capítulo, pode-se dizer que o Brasil adotou o modelo acusatório, com base no art. 129, I, da CF/88: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.⁷⁵

Nas lições de Renato Brasileiro:⁷⁶

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inc. I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (ne procedat iudex ex officio), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público.

Nesse sentido para Paulo Rangel, “[...] hodiernamente, no direito pátrio, vige o sistema acusatório, pois a função de acusar foi entregue, privativamente, a um órgão distinto: o Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular”.^{77 78}

De forma pacífica, o Supremo Tribunal Federal (STF) e os demais Tribunais vêm entendendo que o modelo acusatório é o adotado pelo ordenamento brasileiro, com base na Constituição Federal de 1988.⁷⁹

⁷² Ibidem.

⁷³ RODRIGUES, Martina Pimentel. Os sistemas processuais penais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 18, n. 3.833, dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26262>>. Acesso em: 18 maio 2015.

⁷⁴ O Supremo Tribunal Federal, no HC 94.034, decidiu que eventuais vícios no inquérito policial não tem o condão de anular o processo subsequente, visto que as nulidades dizem respeito as nulidades processuais. Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC n. 94.034-0 São Paulo*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546065>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. v. I. p. 5.

⁷⁶ Ibidem, p. 8.

⁷⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 50.

⁷⁸ RODRIGUES, op. cit.

⁷⁹ No RHC 47984 SP 2014/0114700-8, o STJ entendeu que viola o sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, a requisição ou determinação de juiz junto ao delegado, para indiciar alguém. Cf. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *RHC 47984 SP 2014/0114700-8*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153677095/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-47984-sp-2014-0114700-8/relatorio-e-voto-153677114>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

Nesse diapasão, decidiu o STF⁸⁰, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA.

1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida.

(STF - HC: 115015 SP , Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 27/08/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-179 DIVULG 11-09-2013 PUBLIC 12-09-2013)

Diante do exposto, definir o sistema processual penal brasileiro não é fácil, devido aos vários posicionamentos divergentes na doutrina. Entretanto, aquele que diz que ele é acusatório parece ser o mais correto, diante dos vários princípios e garantias trazidas pela CF de 1988, sendo que aqueles artigos, com natureza inquisitória, não foram recepcionados pela Magna Carta. Assim para Pacelli, *in verbis*:⁸¹

Há realmente algumas dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório, diante do caráter evidentemente inquisitivo do nosso Código Processual 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.

2.2 Modelo inquisitório

O modelo inquisitório é fruto dos regimes monárquicos, sendo desenvolvido e aperfeiçoado com o direito canônico. Durante os séculos XVI, XVII e XVIII, foi o sistema mais adotado no continente europeu. O seu surgimento se deu devido à dificuldade que o

⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 115015 SP*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24150845/habeas-corpus-hc-115015-sp-stf>>. Acesso em: 20 maio. 2015.

⁸¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 10.

Estado tinha em resolver os delitos, visto que a função de acusar cabia aos particulares, os quais, várias vezes, não investigavam de modo apropriado.⁸²

Diante desse contexto, o Estado percebe a necessidade de transferir esse poder das mãos dos particulares ao juiz, o qual começa a acumular tanto a função de acusar como de julgar. Isso se tornou necessário, mesmo que acabe ferindo a imparcialidade até então existente.⁸³

Conforme se extrai das lições de Aury Lopes Júnior⁸⁴:

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.

As características desse modelo, assim como o acusatório, podem ser definidas de acordo com a titularidade imposta à acusação, isto é, em relação a este essa competência é exercida por pessoas diferentes, já quanto àquele a função acusatória está nas mãos de uma única pessoa. Essa é a principal diferença de um sistema para o outro, contudo existem outras que merecem ser analisadas.⁸⁵

O acusado era tratado não mais como um sujeito de direitos e garantias, mas como um mero objeto do processo, conforme já visto. Além disso, o processo se torna oculto, não tendo mais publicidade, ou seja, tudo era feito em segredo. Assim, diante deste contexto, não havia que se falar em contraditório e ampla defesa.⁸⁶

Em 1670, no reinado de Luiz XIV surgiu a *Ordonnance sur la procédure criminelle*, que segundo Tourinho Filho⁸⁷, era “a mais perfeita expressão técnica do sistema inquisitivo”.

Esse modelo contempla três momentos distintos, o primeiro diz respeito à produção de provas, que era feita pelo juiz secretamente. No segundo momento, havia a

⁸² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 47.

⁸³ *Ibidem*, p. 48.

⁸⁴ LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 122.

⁸⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 10.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108.

instrução preparatória, que também era feita pelo magistrado, que havia atuado na primeira fase, nesta fase ocorria o juramento e o interrogatório do réu, e assim, como a fase anterior, era tudo oculto.⁸⁸

Ademais, além de a instrução ser secreta, o acusado desconhecia as acusações que eram lhe imposto. Se a infração era de menor potencial ofensivo, aplicavam-se as regras do Código de Processo Civil (CPC), caso contrário, nos casos graves, o processo regia-se pelo procedimento inquisitório.⁸⁹

Neste último caso, os atos anteriores, os quais eram feitos sem a presença do acusado, eram renovados, o prosseguimento do processo era feito sem a presença de um advogado. Além disso, em vários casos, utilizava-se da tortura, para obter a confissão daquele delito, que neste sistema, era considerada a principal prova.⁹⁰

Renato Brasileiro de Lima, em sua obra *Manual de Processo Penal*, resume as características do modelo inquisitório, *in verbis*:⁹¹

Em síntese, podemos afirmar que o sistema inquisitorial é um sistema rigoroso, secreto, que adota ilimitadamente a tortura como meio de atingir o esclarecimento dos fatos e de concretizar a finalidade do processo penal. Nele, não há falar em contraditório, pois as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas nas mãos do juiz inquisidor, sendo o acusado considerado mero objeto do processo, e não sujeito de direitos. O magistrado, chamado de inquisidor, era a figura do acusador e do juiz ao mesmo tempo, possuindo amplos poderes de investigação e de produção de provas, seja no curso da fase investigatória, seja durante a instrução processual.

Além disso, tem-se que observar que o processo inquisitivo não pode ser considerado como um processo, devido a sua essência, em que se requer a presença de uma pessoa neutra, e duas com pretensões distintas. Assim esse modelo vai de encontro com essa característica fundamental na formação de um processo.⁹²

De outro lado, é o pensamento de Paulo Rangel, o qual considera o modelo inquisitório como processo, pois o que há são apenas marcas que o define como um sistema o

⁸⁸ Ibidem, p. 109.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. v. I. p. 4.

⁹² RODRIGUES, Martina Pimentel. Os sistemas processuais penais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 18, n. 3.833, dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26262>>. Acesso em: 18 maio 2015.

qual viola alguns direitos do acusador, devido à unicidade de pessoas nas funções de acusar e julgar.⁹³

Diante do exposto, pode-se afirmar que esse modelo não merece prosperar, nos dias atuais, diante da sua incompatibilidade com os direitos e garantias constitucionais conquistados ao longo de vários anos pela sociedade. Além de ir contra os vários princípios do processo penal e de ferir tratados e convenções de direitos humanos, como exemplo disso, tem-se a Convenção Americana de Direitos Humanos.⁹⁴

2.3 Sistema misto

Sob a influência dos sistemas acusatório, inquisitório e do regime absolutista, surgiu o sistema misto, o qual veio tentar resolver os problemas encontrados ao longo da aplicação desses modelos, num momento histórico, como exemplo, a dificuldade e a fragilidade encontrada pelos particulares para investigar e acusar, diante de situações já mencionadas, como a vingança ou desinteresse pela causa, o que gerava um conjunto probatório muito frágil.⁹⁵

Diante deste contexto, em que há um fracasso do modelo inquisitivo e a entrada tímida do modelo acusatório, a solução encontrada foi desmembrar o processo em duas fases, preliminar e processual, sem que o Estado perca a titularidade do poder de punir, que agora está nas mãos do Ministério Público.⁹⁶

Nesse sentido, para Paulo Rangel⁹⁷, o processo é partilhado em duas fases distintas, de um lado a instrução preliminar e do outro a judicial. Em relação à primeira, ela se baseia no procedimento inquisitório, sendo a investigação e os atos feitos pela figura do juiz. Já quanto à segunda, a acusação é feita, em regra, pelo MP, que é um terceiro distinto do órgão julgador.

Já quanto às características, a fase preliminar é conduzida pelo juiz, com ajuda da polícia judiciária. Na Espanha e França, essa fase é denominada “juizado de instrução”, em que existe a separação de acusar e julgar e não há processo sem acusação. Como essa fase se

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. v. I. p. 5.

⁹⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 51.

⁹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 127.

⁹⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 52.

baseia nos princípios inquisitórios, as suas características são as mesmas, isto é, todo o procedimento é secreto, escrito, o acusado não tem direito sendo um mero objeto de investigação, não há contraditório e ampla defesa.⁹⁸

Noutro giro, quanto à fase judicial, em regra, a acusação é formalizada pelo MP, em que durante os debates orais há uma paridade de armas entre os sujeitos envolvidos, ou seja, aqui há a garantia do contraditório e da ampla defesa. Além disso, agora, o sujeito é considerado inocente, até o trânsito em julgado, não sendo um mero objeto de investigação, e sim um sujeito de direitos. O ônus de provar é do órgão acusador e não da defesa. Por fim, em regra, os atos são de conhecimento de todos, com base no princípio da publicidade.⁹⁹

Diante dessas características, é preciso reconhecer o avanço desse sistema em relação ao modelo inquisitivo, mesmo havendo falhas, como em relação à condução das investigações nas mãos do órgão julgado.¹⁰⁰

No entanto, o Brasil não adotou esse sistema, visto que, não compete ao juiz investigar, uma vez que a sua atuação é reservada apenas para proteção das liberdades públicas.¹⁰¹

Em relação à atuação do juiz criminal, a doutrina tem entendido que o sistema brasileiro adotado é o misto. Isso é devido à presença do inquérito policial e dos poderes instrutórios atribuídos aos juízes, no Código de Processo Penal. Contudo, de acordo com o posicionamento de Pacelli¹⁰², a classificação do sistema processual deve se basear apenas na análise do processo. Assim, como o inquérito policial não é processo, mas sim de natureza administrativa, assim sendo, o Brasil não adotou o modelo misto.

Para Paulo Rangel¹⁰³, o Brasil adota um sistema acusatório, mas não em sua totalidade, pois o início dos trabalhos é feito pelo colhimento de provas no inquérito policial, que, conforme visto, tem uma natureza inquisitiva, como no caso de um depoimento de uma testemunha, onde se lê primeiro o que foi dito na fase investigativa, para depois tirar eventuais dúvidas. Assim, o modelo acusatório brasileiro não é puro, uma vez que existem resquícios inquisitivos nele.

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

¹⁰² PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 13.

¹⁰³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 53.

Nesse sentido, posiciona-se Geraldo Prado¹⁰⁴:

Se aceitarmos que a norma constitucional assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei... que a carta constitucional prevê... a oralidade do processo... e a publicidade, concluiremos que liou-se, sem dizer, ao sistema acusatório. Porém, se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que... de acordo com as posições predominantes nos tribunais... não nos restará alternativa salvo admitir... que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória, porque muitos dos princípios opostos ao acusatório verdadeiramente são implementados todo o dia. O princípio e o sistema acusatório são, pelos menos por enquanto, meras promessa que um novo código de processo penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade.

2.4 Princípio da busca da verdade real

De início, no direito civil, por muito tempo sustentou a ideia de que a busca pela verdade era atribuição exclusiva das partes, quando se tratava de direito indisponível, ou seja, o juiz se omitia e julgava apenas com base nas provas obtidas, tratava-se de um direito formal. Somente quando havia um direito indisponível, é que o magistrado poderia agir de ofício, a fim de formar sua *opinio delicti*.¹⁰⁵

No entanto, de acordo com o art. 130 do CPC¹⁰⁶, têm-se, *in verbis*:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Desse modo, nem mesmo no campo civil aplica-se a verdade ficta ou formal em sua essência, pois, o magistrado, em caso de dúvidas, poderia atuar de ofício, a fim de resolvê-las, no entanto esta verdade é mais flexível do que no penal, isso devido a alguns institutos, como exemplo, os efeitos da revelia, que tornam todas as alegações feitas pelo autor verdadeiras.¹⁰⁷

¹⁰⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 171.

¹⁰⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. v. I. p. 48.

¹⁰⁶ BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil*. Brasília, 1973.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁰⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

De outro lado, em relação ao processo penal, sustentou-se, por muito tempo, a busca pela verdade material, isto é, buscar a verdade real do caso. Diante disso, o juiz tem um papel influente na produção de provas, visto que, pode atuar de ofício e tem amplos poderes instrutórios. Isso é possível, pois o que está em jogo é a liberdade do indivíduo, portanto, trata-se de um direito indisponível.¹⁰⁸

Essa busca pela verdade material, de acordo com o que aconteceu de fato, trouxe vários problemas, porquanto, serviu para legitimar os abusos e arbitrariedades cometidos por todas as partes envolvidas com a condução do processo penal.¹⁰⁹

No entanto, a aplicação da verdade material deve ser relativizada, pois, primeiramente, legitima varias arbitrariedades cometidas pelo Estado, em segundo lugar, não é possível trazer a verdade absoluta, ou seja, o que realmente aconteceu naquele dia em que ocorreu o crime. Diante disso, a solução encontrada foi de buscar uma verdade processual, isto é, o juiz deve formar a sua *opinio delictio* com base nas provas produzidas em juízo, o que acaba nem sempre condizendo com a realidade.¹¹⁰

Nesse sentido, para Guilherme de Souza Nucci¹¹¹, a verdade obtida no processo penal não é absoluta, isto é, a reconstrução dos fatos não se dar em sua plenitude, o juiz deve julgar de acordo com as provas obtidas nos autos:

Material ou real é a verdade que mais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes. Ainda assim, falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu.

¹⁰⁸ LIMA, op. cit., p. 48.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 49.

¹¹⁰ RANGEL, op. cit., p. 12.

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 55-56.

Assim, a diferença existente entre ambos os conceitos, qual seja, material e formal, não encontra fundamento atualmente, pois, os dois âmbitos do direito, seja cível ou penal, o conceito de verdade vem sendo relativizado.¹¹²

Para Paulo Rangel, todo o procedimento probatório aplicado a ambos, seja cível ou penal, tem como base o princípio da verdade processual, o qual, em regra, é absoluto, além de se observar, quando disponível, a *res in judicio deducta*.¹¹³

Segundo Tourinho Filho, em relação ao procedimento penal, aplica-se o princípio da verdade real, muito embora não seja utilizável em absoluto, devido às questões já mencionadas, é mais aplicável do que o procedimento cível.¹¹⁴

Parte da doutrina moderna tem entendido que no processo penal aplica-se o princípio da busca da verdade, como explica Renato Brasileiro¹¹⁵:

Por esse motivo, tem prevalecido na doutrina mais moderna que o princípio que vigora no processo penal não é o da verdade material ou real, mas sim o da busca da verdade. Esse princípio também é conhecido como princípio da livre-investigação da prova no interior do pedido e princípio da investigação, princípio inquisitivo ou princípio da investigação judicial da prova.

A verdade processual é relativizada, nos casos de crimes, menor potencial ofensivo, previstos na Lei n. 9.099/1995¹¹⁶, visto que, há previsão constitucional do instituto da transação penal, que consisti em um acordo firmado entre o promotor de justiça e a parte envolvida.¹¹⁷

Segundo Marcos Antônio de Barros¹¹⁸, “[...] o simples consenso entre as partes é capaz de influir diretamente na busca da verdade, tanto que esta pode ser colocada em segundo plano, a ponto de tornar-se prescindível ao resultado final do processo”.

¹¹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. v. I. p. 49.

¹¹³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10.

¹¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 60.

¹¹⁵ LIMA, op. cit., p. 49.

¹¹⁶ BRASIL. *Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*. Brasília, 1995. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹¹⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9.

¹¹⁸ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43.

No entanto, vários artigos buscam a verdade absoluta, não aquela que tenta buscar a situação próxima da realidade, mas a verdade real, ou seja, tudo aquilo que aconteceu de fato.¹¹⁹

Cabe ressaltar, que esse tema também está ligado ao surgimento dos sistemas processuais penais, visto que o nascimento da verdade real se deu com a entrada do modelo inquisitório. A busca pela verdade é o objetivo principal desse sistema, mesmo que para isso, alguns direitos do réu não sejam respeitados, pois, como visto, trata-se de apenas um objeto sem garantias e deveres.¹²⁰

Um exemplo dessa busca pela verdade real encontra-se previsto no art. 156 do CPP¹²¹, redação dada pela Lei n. 11.690/2008¹²², tema que será aprofundado no capítulo 3 deste trabalho.

¹¹⁹ RANGEL, op. cit., p. 8-9.

¹²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 228.

¹²¹ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹²² BRASIL. *Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências*. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

CAPÍTULO 3 – PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

3.1 Normas do Código de Processo Penal

Inicialmente, conforme visto, o processo penal brasileiro moderno deve agir em harmonia com os princípios constitucionais e com o sistema adotado por ele, sob pena de contrariar os seus fins, quais sejam, a salvaguarda da dignidade da pessoa humana e ao reconhecimento da pauta mínima de direitos. Diante disso, todas as leis devem está de acordo com a Lei Fundamental, aquelas que não se adequarem, deverão ser declaradas inconstitucionais.¹²³

Este tópico é destinado às normas que tratam dos poderes instrutórios do juiz, o primeiro artigo, que trata disso, é o art. 156 do Código de Processo Penal (CPP)¹²⁴, *in verbis*:

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

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

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

Em relação ao *caput* deste artigo, incumbe ao *parquet* e ao querelante a prova de quem é o autor e a materialidade daquele fato delituoso, ou seja, o ônus da prova no processo penal é atribuído a quem acusa, sendo que cabe ao acusado provar a exclusão de ilicitude, culpabilidade ou punibilidade, além do *álibi*, que consiste na prova de o suposto autor não estava no local do crime.¹²⁵

No entanto, esse ônus da prova é relativizado pelo princípio da verdade real, uma vez que o julgador não deve se contentar com aquilo que é trazido pelas partes, quando for o caso, o juiz poderá atuar de ofício, em caso de dúvida sobre algo importante, isso vem tratado

¹²³ BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹²⁴ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹²⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 396.

no inc. II do art. 156 do CPP e nos art. 196, 234 e 616 – todos do referido Código¹²⁶, *in verbis*:

Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.

[...]

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

[...]

Art. 616. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências.

De outro lado, em relação ao inc. I deste artigo, parcela considerável da doutrina nacional entende que o juiz não pode agir de ofício antes da propositura da ação penal, porquanto vai de encontro com a imparcialidade do juiz e com o modelo acusatório adotado pela Constituição Federal (CF) de 1988, cujo fundamento está nos princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reu* e na competência privativa do Ministério Público (MP) para a proposição da Ação Penal Pública.¹²⁷

Ademais, o legislador se equivocou neste ponto, pois, segundo Paulo Rangel¹²⁸, existe um conflito de ideias entre os arts. 155 e 156, visto que o juiz não pode condenar exclusivamente de acordo com as provas produzida em fase investigativa.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)¹²⁹

¹²⁶ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹²⁷ MELO, Débora Fernandes de Souza Melo. Possível constitucionalidade do art. 156, I, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/08. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/246106/possivel-constitucionalidade-do-art-156-i-do-cpp-com-a-redacao-dada-pela-lei-11690-08-debora-fernandes-de-souza-melo>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

¹²⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 502.

¹²⁹ BRASIL. *Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências*. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

Em relação ao *in dubio pro réu*, existe um posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de que, na falta de provas, o juiz deve absolver e não produzi-las, a fim de dirimir eventuais dúvidas, *in verbis*:^{130 131}

[...] O órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência. É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. 3. Carece de fundamentação idônea a decisão condenatória que impõe ao acusado a prova de sua inocência [...] É notório que o órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência. É característica inafastável do sistema processual penal acusatório, como retratado no art. 156 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, afirma AFRÂNIO SILVA JARDIM: 'O réu apenas nega os fatos alegados pela acusação. Ou melhor, apenas tem a faculdade de negá-los, pois a não impugnação destes ou mesmo a confissão não leva a presumi-los como verdadeiros, continuando eles como objeto de prova de acusação. Em poucas palavras: a dúvida sobre os chamados fatos da acusação leva à improcedência da pretensão punitiva, independentemente do comportamento processual do réu. Assim, o ônus da prova, na ação penal condenatória é todo da acusação e relaciona-se com todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado, afirmado na denúncia ou queixa; conclusão esta que harmoniza a regra do art. 156, primeira parte, do CPP com o salutar princípio *in dubio pro reu*.

No entanto, este pensamento merece reparo, visto que a aplicação do “*in dubio pro reu*” seria apenas em caso do esgotamento de todos os meios probatórios cabíveis, a fim de buscar a verdade mais próxima da realidade possível, não aquela verdade real utópica, conforme já visto. Além disso, aplica-se este princípio apenas na hora da sentença, isto é, durante a instrução criminal, o juiz deve aplicar o princípio do “*in dubio pro societate*”.

Para Eugênio Pacelli¹³², o juiz não pode atuar na condução das investigações, sendo que este papel cabe à polícia e ao Ministério Público. Em relação à atuação do órgão jurisdicional na investigação tem-se como exemplo, a decretação de prisão preventiva, temporária, interceptação telefônica, sendo que nestes casos o juiz atua como garantidor das liberdades públicas, e não para garantir a eficácia da investigação criminal.

¹³⁰ MELO, Débora Fernandes de Souza Melo. Possível constitucionalidade do art. 156, I, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/08. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/246106/possivel-constitucionalidade-do-art-156-i-do-cpp-com-a-redacao-dada-pela-lei-11690-08-debora-fernandes-de-souza-melo>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

¹³¹ O STF tem posicionamento no mesmo sentido no HC73338, de 19 de dezembro de 1996. Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC n. 73.338-7 Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹³² PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 336.

A caracterização desta inconstitucionalidade está condicionada a atuação de ofício do juiz no inquérito policial, porque, quando provocado pelas partes, este sim pode atuar como ocorre nos casos de mandado de busca e apreensão domiciliar ou diante da necessidade de decretação de prisão temporária. Assim, o magistrado deve atuar somente se provocado, apenas de forma a garantir uma investigação correta, sem supressão de direitos e garantias.¹³³

De outro lado, para aqueles que sustentam a constitucionalidade deste inciso, o fundamento é que, neste caso, se aplica o princípio da proporcionalidade, o qual seria uma espécie de “superprincípio”. Ademais, segundo eles, o Brasil adotou o sistema misto, e não exclusivamente o acusatório. Por fim, essa atuação de ofício é excepcional, em que ocorre nos casos de necessidade, adequação e proporcionalidade,¹³⁴

Segundo Guilherme de Souza Nucci¹³⁵, esse artigo é constitucional, pois o objetivo dela está relacionado à busca da verdade, que deve prevalecer sobre os demais princípios, *in verbis*:

[...] a atuação de ofício do juiz na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. O impulso oficial também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não. O procedimento legal deve ser seguido à risca, designando-se as audiências previstas em lei e atingindo o momento culminante do processo que é a prolação da sentença.

Calha mencionar, outra interpretação dada deste artigo, no sentido de que este deve ser interpretado somente nos casos do magistrado buscar provas para resguardar os direitos fundamentais do acusado, a fim de absolvê-lo.¹³⁶

No entanto, este pensamento, qual seja, a constitucionalidade do art. 156, inc. I, do CPP, não está de acordo com modelo adotado pela Constituição, porquanto, deve-se haver uma harmonia entre todo o ordenamento com a Carta Magna de 1988, a qual define o sistema acusatório como modelo, ou seja, deve haver uma separação de pessoas nas funções de julgar, acusar e defender, o que não ocorre no caso.

¹³³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. v. I. p. 874.

¹³⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 396.

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 342.

¹³⁶ BONFIM, op. cit., p. 396.

3.2 Papel das partes e do juiz em relação às provas

De início, o que irá definir a atuação do juiz e das partes na produção probatória é a adoção de dois sistemas, quais sejam o *adversarial* e o *inquisitorial*. Sendo o primeiro relacionado a uma atuação ativa das partes e passiva do julgador e quanto ao segundo, o juiz exerce um papel ativo dependendo do caso.¹³⁷

Além disso, não existe uma relação do *adversarial* com o modelo acusatório e nem o *inquisitorial* com o modelo inquisitivo, muito embora, conforme será visto adiante, vários doutrinadores insistem em relacioná-los.¹³⁸

Em relação ao *adversarial*, o ônus da prova recai apenas nas partes, isto é, a iniciativa somente cabe a elas, sendo o juiz omissivo ou neutro, sem produzir prova alguma.¹³⁹

Na obra *A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório*, Ada Grinover¹⁴⁰ o conceitua como “O modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas”.

O problema existente neste sistema está relacionado à formação do processo como uma lide, ou seja, uma disputa entre as partes, como ocorre no Processo Civil. Entretanto, no Processo Penal, existe uma busca pela verdade, não de forma absoluta, como ocorre no processo inquisitivo, mas sim uma reconstrução que se aproxime o mais próximo da realidade, com bem explica Gustavo Badaró¹⁴¹, nos seguintes termos:

O processo acusatório também é um processo que busca a “verdade”. Contudo, a verdade almejada no processo acusatório não é mesma ‘verdade’ a que aspira o processo inquisitivo. Neste a verdade é ambiciosamente concebida como uma ‘verdade objetiva’ ou ‘absoluta’ já ‘verdade’ no processo penal acusatório deve ser entendida como verdade de caráter aproximativo, inevitavelmente condicionada à falibilidade dos meios de reconstrução histórica, e que deve ser buscada respeitando as regras e as garantias processuais.

¹³⁷ BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. p. 126-127.

¹⁴⁰ GRINOVER, op. cit.

¹⁴¹ BADARÓ, op. cit., p. 126-127.

No entanto, nos dias atuais, esse modelo vem sendo relativizado, isto é, já há uma participação do juiz na produção probatória, não se vinculando apenas a iniciativa das partes.¹⁴² Inclusive, nesses países anglo-saxões, a acusação tem a faculdade de dispor sobre aquele conflito de interesses, por meio do instituto “*bargaining*”, o que vem a enfraquecer esse modelo baseado na iniciativa das partes.¹⁴³

Além disso, existem limitações a essa atuação ativa do juiz, com base nos princípios do contraditório, da motivação e da exclusão da prova ilícitas ou ilegítimas, os quais serão analisados mais adiante.¹⁴⁴

Quanto ao *inquisitorial system* ou desenvolvimento oficial, a condução probatória é conduzida pelo órgão julgador, onde o juiz pode atuar de ofício juntamente com as partes. Esse sistema não trouxe de volta a figura do juiz inquisidor, visto que, as pessoas, que formam a relação jurídica, estão desempenhando funções diferentes.¹⁴⁵

Assim, a atuação do juiz e das partes irá depender dos dois sistemas *adversarial* e *inquisitorial*, sendo que o Código de Processo Penal adotou o sistema inquisitorial, isto é, durante a instrução criminal o julgador detém certa autonomia para conduzi-la, podendo, inclusive atuar de ofício, caso necessário.

3.3 Possibilidade ou impossibilidade do juiz produzir prova

Apesar de ser um tema divergente na doutrina, a possibilidade ou impossibilidade do juiz produzir provas irá depender do momento em que estiver a persecução penal, isto é, durante a fase de investigação o juiz deve agir de forma passiva, com base no sistema acusatório, já na fase processual requer uma atuação mais ativa, quando houver dúvida a respeito daquele fato, com fundamento nos princípios *publicitas* e na função social, a fim de alcançar uma decisão justa.¹⁴⁶

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. p. 133-134.

¹⁴⁴ GRINOVER, op. cit.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ *Idem*.

Por um lado, parte da doutrina entende que não existe espaço para os poderes instrutórios do juiz no sistema acusatório moderno, isto é, o juiz age apenas se provocado, como um mero expectador.¹⁴⁷ Para esses doutrinadores, um exemplo claro disso é o artigo 156, inc. I, do CPP, tendo em vista suas raízes no modelo inquisitório, por meio dos amplos poderes instrutórios dado juiz, a fim de alcançar verdade real, conforme já visto.¹⁴⁸

Para essa parcela da doutrina nacional, a atuação ativa do juiz na produção de provas, traz de volta o modelo inquisitivo, visto que o juiz atua de ofício na busca da verdade absoluta, sendo que acaba maculando a imparcialidade do juiz, uma vez que, nas palavras de Paulo Rangel¹⁴⁹, “[...] não há que se aplicar, no processo penal, os poderes instrutórios do juiz como se faz no processo civil. Poder instrutório é um disfarce do sistema inquisitivo dentro do acusatório”.

Bastos¹⁵⁰, a esse respeito, asseverou:

Juiz criminal não se envolve naquilo que se convencionou chamar de “combate ao crime”. Juiz criminal não é investigador. Tampouco deve se arvorar o papel de acusador. A função confiada ao magistrado na persecução penal, como visto, é a de garante da efetiva realização das normas (constitucionais e legais) limitadoras do exercício da pretensão punitiva do Estado.

Para Geraldo Prado, essa atuação do juiz prejudica o resultado final de um processo penal, porque, se o julgador vai atrás como um investigador, com certeza este tem indício para achar o que procura. Nesse sentido, há uma violação da imparcialidade daquele que julga e condena. Isso traz a volta do juiz inquisidor, o que contraria a Constituição Federal de 1988, cujo sistema adotado é o Acusatório.¹⁵¹

O legislador pensa que o juiz não é um ser humano, visto que diante de uma função investigativa, no inquérito policial, não vai influenciar numa eventual sentença, como se não tivesse sentimentos.¹⁵²

¹⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. p. 123.

¹⁴⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 500.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 502.

¹⁵⁰ BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁵¹ PRADO, Geraldo. *A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 110-111.

¹⁵² RANGEL, op. cit., p. 500.

Além disso, quando alguém se depara com uma situação de parcialidade do juiz, que atua de ofício em situações que não o deveria, o instrumento que deve ser utilizado para Aury Lopes Junior¹⁵³ é arguir “exceção de suspeição”, a fim de demonstrar que aquele juiz que deveria atuar com imparcialidade assim não o fez. Já diante de uma sentença seria mais difícil, mas pode se arguida como uma preliminar, em um eventual recurso de apelação.

Assim, doutrinadores como Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Franco Cordeiro, Aury Lopes Junior entendem que o juiz deve atuar de forma passiva, tanto na fase processual como na fase investigativa, *in verbis*¹⁵⁴:

Atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático. Ensina CORDERO que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao *primato del'ipotesi sui fatti, gerador de quadri menali pranoi*. Isso significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos.

No mesmo sentido Paulo Rangel¹⁵⁵ diz que a justificativa do juiz atue de ofício em benefício do réu não condiz com a realidade, visto que na maioria das vezes atua para condenar, *in verbis*:

A crença de que o juiz é um ser preocupado com os direitos do réu e, por isso, estaria praticando atos de ofício é falsa, quando o juiz pratica atos de ofício em busca da prova, é para condenar, até porque qualquer neófito sabe que se não há provas ou se há dúvida, o juiz tem que decidir em favor do réu. Todavia, em nome de um princípio (impulso oficial), o juiz sai em busca daquilo que irá justificar o que ele já decidiu: a condenação.

Esse autor critica a posição de Ada P. Grinovver, no sentido de que ela fundamenta sua posição na teoria geral do processo, o que abrange ambos os direitos, seja na área penalista ou civilista, sendo que o Direito Processual Penal se diferencia dos demais ramos, visto que envolve direitos como a liberdade, vida etc.¹⁵⁶

¹⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: São Paulo, 2012, p. 140.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 138-139.

¹⁵⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 501.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

Ademais, outro argumento trazido por aqueles que entendem ser incompatível tal modelo com o sistema acusatório está relacionado ao princípio da imparcialidade do juiz, visto que há uma tendência daquele que investiga em condenar o réu. Uma atuação ativa do magistrado, em todas as fases, gera a quebra da imparcialidade do juiz, pois a sua atuação, seja na fase investigativa ou a processual, estará influenciada, sendo a sentença uma mera ratificação do que foi produzido anteriormente.¹⁵⁷

O juiz, diante de um procedimento investigativo, atua como um garantidor, visto que, o seu papel é proteger, por meio dos limites impostos pela Carta Magna de 1988 e pelo princípio do devido processo legal, as liberdades públicas.¹⁵⁸

Por outro lado, parte da doutrina, capitaneada por Ada P Grinover, adota o sistema do desenvolvimento oficial ou inquisitorial, em que o juiz atua de ofício no curso da Ação Penal, com base nos princípios *publicitas* e na introdução da função social, porquanto o Estado deve se preocupar com a reconstrução dos fatos, com base nos limites impostos pela Carta Magna, além tentar buscar uma decisão justa, como explica Ada P Grinover¹⁵⁹:

[...] o papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.

Nesse diapasão, o desenvolvimento oficial, em que o juiz atua de forma ativa, é fundamental para a função social, porque o julgador deve buscar um equilíbrio entre as partes, caso não haja interferência, vários fatores poderiam influenciar no resultado de um processo, como questões econômicas, culturais e sociais.¹⁶⁰

Além disso, devem-se aplicar os princípios *publicitas*, pois o Estado tem o dever de buscar interferir quando se verificar uma deficiência probatória. Este também é o posicionamento de Gustavo Henrique Badaró¹⁶¹, porquanto a atuação do Estado, que neste

¹⁵⁷ PRADO, Geraldo. *A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 109.

¹⁵⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 336.

¹⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. p. 150.

caso será representada pelo juiz, permite que desigualdades entre as partes sejam evitadas, *in verbis*:

Outra forma de buscar um fundamento ideológico para o problema foi relacionar o incremento dos poderes instrutórios do juiz com a ampliação da intervenção do poder público no Welfare state. Inegavelmente, com a superação do Estado Liberal ou absenteísta, no qual prevalecia o laissez-faire, e o surgimento do Estado Social, com sua política de promoção da igualdade social, o processo também sentiu estes reflexos. O principal deles foi o que se denominou “socialização” ou “publicização” do processo, transformando o juiz em um participante ativo do processo na tentativa de superar a mera igualdade formal e atingir a igualdade substancial.

Ademais, essa atuação ativa não é ilimitada, isto é, existem limites impostos por três princípios, quais sejam o contraditório, a motivação e a exclusão das provas ilícitas e ilegítimas, para evitar eventuais abusos por parte do magistrado.¹⁶²

Em relação ao princípio do contraditório, o magistrado deve da oportunidade de todos se defenderem, deve haver uma paridade de armas, então quando o julgador utiliza seu poder instrutório, este deve dar oportunidade a ambos, sob pena de ferir tal princípio de suma importância para a validade de todo o processo.¹⁶³

Quanto ao princípio da motivação, é importante, pois limita a atuação do juiz, o qual deve motivar todos os seus atos, inclusive este princípio está previsto na Carta Magna de 1988.¹⁶⁴

Por fim, em relação às provas ilícitas e ilegítimas, o magistrado deve se preocupar em tirar tudo àquilo que deriva de uma ilicitude, sendo que não pode utilizá-las para fundamentar uma eventual condenação ou absolvição, salvo os casos previstos no Código de Processo Penal.¹⁶⁵

Além disso, o argumento trazido pela doutrina adepta da neutralidade do julgador, ou seja, de que o juiz deve agir com neutralidade em toda a persecução penal não merece prosperar, porquanto ao perceber alguma falha na produção probatória, o magistrado tem o

¹⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Idem*.

¹⁶⁵ *Idem*.

dever de apurar, de modo a garantir um resultado mais próximo da realidade, sendo que essa atuação poderá beneficiar uma ou outra parte indistintamente.¹⁶⁶

O juiz, diante da utilização dos poderes instrutórios, é fundamental fazer a distinção da busca pela fonte de provas e pelos meios de provas. Em relação a este, o magistrado atua diante da informação, como exemplo, uma testemunha que estava no momento do ocorrido. Já quanto aquele, o julgador não pode atuar, visto que não cabe a ele buscar as fontes de provas, sob pena de ser imparcial.¹⁶⁷

Assim, o que pode interferir na imparcialidade do juiz é a busca por provas na fase investigativa, porém, quando já existe a prova, o juiz pode atuar sem que isso interfira na sua imparcialidade, uma vez que nesta fase se está sob o crivo do contraditório e a ampla defesa.¹⁶⁸

Diante do exposto, vários autores tentam justificar a incompatibilidade dos poderes instrutórios do juiz, com base na adesão do sistema acusatório. Contudo, fica evidente que o modelo acusatório não está associado à atuação do juiz, isto é não existe uma relação entre o processo acusatório moderno e o *adversarial system*, e nem entre o processo inquisitivo com o *inquisitorial system*. O *adversarial system* e o *inquisitorial system* estão ligados aos poderes instrutórios do magistrado, como diz Ada P Grinover¹⁶⁹, *in verbis*:

Vê-se daí que o conceito de processo acusatório e de processo de partes (no sentido de a acusação e a defesa serem sujeitos da relação jurídica processual, juntamente com o juiz) nada tem a ver com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal. o que tem a ver, sim, com os poderes instrutórios do juiz no processo é o denominado *adversarial system*, próprio do sistema anglo-saxão, em contraposição ao *inquisitorial system*, da Europa continental e dos países por ela influenciadas.

Ademais, um exemplo claro disso é o próprio ordenamento brasileiro, porquanto este adota ambos os modelos, quais sejam, o modelo acusatório e o denominado *inquisitorial system*. Neste sentido, tem-se o art. 212 do CPP¹⁷⁰:

¹⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. p. 119.

¹⁶⁸ GRINOVER, op. cit.

¹⁶⁹ Ibidem.

¹⁷⁰ BRASIL. *Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências*. Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Nesse sentido, o julgador, durante o curso do processo penal, detém certa iniciativa probatória, a ser exercida de forma residual, sendo que na fase investigativa, em regra, este atua quando necessário.

O processo penal adotou os sistemas acusatório e inquisitorial, visto que se deve obediência a Lei Fundamental, a qual incumbiu o *parquet* privativamente de promover a ação penal, nos termos do art. 129, I da Carta Magna de 1988 e deu certa liberdade ao juiz na condução da instrução criminal.

Desse modo, a atuação ativa do juiz está limitada ao campo da instrução criminal, isto é, diante da fase investigativa o magistrado deve ser omissivo, pois se estaria diante do modelo inquisitivo novamente, *in verbis*¹⁷¹:

Não se confunda o que se disse quanto aos poderes do juiz no processo e à iniciativa probatória com a atribuição de poderes para buscar elementos probatórios durante a fase da investigação prévia. Esta não pode ser confiada ao juiz, sob pena de se retornar ao juiz-inquisidor do modelo antigo.

Em suma, o Estado tem responsabilidade ao analisar um fato, por meio do processo penal, uma vez que envolve direitos importantes, como a liberdade do indivíduo.¹⁷² Assim, o juiz deve agir com cautela na fase de investigação e de forma ativa no processo penal, quando tiver dúvida ou perceber uma insuficiência na produção probatória.¹⁷³

3.4 Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

¹⁷¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁷² BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003. p. 149.

Os Tribunais Superiores tem decisões no sentido de que durante a instrução criminal é dado ao juiz os poderes instrutórios, para decidir a respeito de eventuais dúvidas que possam aparecer no decorrer da produção probatória. Apesar de o tema não ser muito discutido, existem algumas decisões nesse sentido.

De início, o STF decidiu que o juiz pode atuar de ofício durante toda a instrução criminal em caso de dúvidas sobre algum ponto importante, nos seguintes termos¹⁷⁴:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, “D” E “I”. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CP). EXAME GRAFOTÉCNICO. DILIGÊNCIA REQUERIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. ART. 156, II, DO CPP. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. O juiz pode determinar, de ofício, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II, do CPC). 2. As provas que o magistrado entender imprescindíveis à formação de sua convicção podem ser ordenadas, de ofício, em qualquer estágio do processo, desde que antes de proferida sentença. Precedente: AR 1.538-AgR-AgR, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 08.02.02. 3. In casu, a paciente foi denunciada como incurso nas sanções do artigo 304 do Código Penal, por ter, em tese, apresentado documento público (histórico escolar) e documento particular (diploma de qualificação técnica) falsos perante o Conselho Regional de Enfermagem do Estado do Mato Grosso a fim de exercer, ilegalmente, a profissão de auxiliar de enfermagem. Concluída a instrução criminal, o juiz singular converteu o julgamento em diligência a fim de determinar a realização de exame grafotécnico para, após, sentenciar o feito. 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolada em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 5. Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita.

(STF - HC: 121689 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 13/05/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-105 DIVULG 30-05-2014 PUBLIC 02-06-2014)

Ademais, em relação à atuação do juiz na fase de investigação, o Egrégio Superior Tribunal Federal entendeu que não cabe ao juiz aditar uma denúncia, visto que compete

¹⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 121689 DF*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25025051/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-121689-df-stf>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

privativamente ao Ministério Público a função de acusar, sob pena de violar o sistema acusatório, *in verbis*¹⁷⁵:

PENAL E PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. CONEXÃO. INEXISTÊNCIA. ADITAMENTO DA DENÚNCIA. SISTEMA ACUSATÓRIO. 1. O princípio acusatório é vulnerado de forma reflexa nas hipóteses em que a decisão do magistrado, após a manifestação do Ministério Público Federal no sentido de remessa dos autos ao juízo competente, determina o aditamento da denúncia para incluir fatos constantes do relatório policial em função da conexão. 2. O sistema acusatório confere ao Ministério Público, exclusivamente, na ação penal pública, a formação do *opinio delicti*, separando a função de acusar daquela de julgar. 3. A conexão permite o Juízo disputar a competência para julgamento do feito, mas não o autoriza, a pretexto do liame probatório, a superar o dominus litis, o Ministério Público, e determinar o oferecimento de denúncia contra o impetrante, formulando prévio juízo de culpa, gerador de nulidade processual. 4. A conexão intersubjetiva ou instrumental decorrente de encontro fortuito de prova que nada tem a ver com o objeto da investigação principal, não tem o condão de impor o *unum et idem iudex*, máxime com vulneração do princípio acusatório. 5. A conexão no processo dá-se em favor da jurisdição de modo a facilitar a colheita da prova, evitar decisões contraditórias e permitir cognição mais profunda e exauriente da matéria posta a julgamento. O simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*. 6. In casu, durante a “Operação Abate” que investigava fraude na obtenção de selo sanitário em frigoríficos no estado de Rondônia, descobriu-se esquema de corrupção envolvendo diversos órgãos federais e estaduais, autarquias e instituições financeiras públicas e privadas com a finalidade de obtenção de vantagem ilícita pelas empresas da família Bihl, no estado do Mato Grosso. O impetrante, ex-funcionário do Ministério da Integração Nacional, supostamente emitiu cartas de anuência mediante fraude para facilitar a formalização de hipoteca pelas empresas do Grupo Bihl. 7. Recurso parcialmente provido para remeter o aditamento da denúncia, apenas em relação ao recorrente, à Justiça Federal no Distrito Federal, com traslado integral dos autos.

(STF - RHC: 120379 RO, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 26/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-210 DIVULG 23-10-2014 PUBLIC 24-10-2014).

No caso, o juiz mandou aditar a denúncia sob o argumento de que havia uma conexão, contudo, não cabe a ele esta função, que é privativamente atribuída ao *parquet*.

Nesse sentido, houve uma clara violação ao sistema acusatório, sendo que aquele que julga não deve agir na função de quem investiga. Segundo o voto do ministro relator, o juiz, caso não concordasse com a denúncia, deveria aplicar o art. 28 do CPP, isto é, deveria provocar a autoridade superior, em caso de discórdia.

Nas palavras do Relator Min. Luiz Fux¹⁷⁶:

¹⁷⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RHC 120379 RO*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25298694/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-120379-ro-stf>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

Houve flagrante violação do princípio acusatório, pelo qual o Ministério Público é o autor da ação penal e detentor da opinio delicti. Ao determinar o aditamento da denúncia o Juízo adentrou na esfera própria e exclusiva da acusação.

No mesmo sentido, chegou ao Supremo Tribunal Federal, O HC 115015/SP, in verbis¹⁷⁷:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA. 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida.

(STF, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 27/08/2013, Segunda Turma)

Neste caso, o juiz requisitou o indiciamento de uma pessoa. Nas palavras do impetrante “após o recebimento da denúncia, o juízo de primeiro grau requereu à autoridade policial o indiciamento formal dos pacientes, cujo pedido de reconsideração foi indeferido”. Para o relator Teori Zavascki¹⁷⁸ “não parece razoável o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento formal de determinada pessoa.”.

Nesse sentido, cabe ressaltar as lições de Guilherme de Souza Nucci¹⁷⁹:

¹⁷⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RHC 120379 RO*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25298694/recurso-ordinario-em-habeas-corporum-rhc-120379-ro-stf>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 115015/15 SP*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24150845/habeas-corporum-hc-115015-sp-stf/inteiro-teor-111888258>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁷⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 115015/15 SP*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24150845/habeas-corporum-hc-115015-sp-stf/inteiro-teor-111888258>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 96

Requisição de indiciamento: cuida-se de procedimento equivocado, pois indiciamento é ato exclusivo da autoridade policial, que forma o seu convencimento sobre a autoria do crime, elegendo, formalmente, o suspeito de sua prática. Assim, não cabe ao promotor ou ao juiz exigir, através de requisição, que alguém seja indiciado pela autoridade policial, porque seria o mesmo que demandar à força que o presidente do inquérito conclua ser aquele o autor do delito. Ora, querendo, pode o promotor denunciar qualquer suspeito envolvido na investigação criminal, cabendo-lhe, apenas, requisitar do delegado a 'qualificação formal, a identificação criminal e o relatório sobre vida pregressa'.

Além disso, o caso mais emblemático que demonstra a adesão ao sistema acusatório pelo ordenamento brasileiro, e conseqüentemente a impossibilidade do juiz produzir provas de ofício na fase preliminar, foi a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º da antiga Lei n. 9.034/1995 que tratava sobre as hipóteses de quebra de sigilo de dados fiscais, financeiros, bancários e eleitorais, feita pelo juiz na fase investigativa, senão vejamos¹⁸⁰:

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

(STF - ADI: 1570 DF, Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Data de Julgamento: 12/02/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838)

Diante disso, a iniciativa instrutória do julgador deve ser vista com cautela, não devendo exercer um papel de investigador, agir somente se provocado. Na mesma esteira,

¹⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 1570 DF*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769462/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1570-df>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

Reis Bastos¹⁸¹ entende que: “O papel assumido pelo juiz no processo penal de índole acusatória é incompatível com a sua atuação como protagonista da investigação criminal”.

Calha mencionar, o art. 103 e seguintes do Decreto-Lei nº 7.661/1945¹⁸², que tratava sobre o inquérito policial nos crimes falimentares, era inconstitucional, pois toda a diligência era conduzida pelo juiz, muito embora na prática isso não ocorresse. Contudo, a nova Lei, qual seja, Lei n. 11.101/2005¹⁸³, resolveu esse problema, sendo a investigação conduzida pelo *Parquet*.¹⁸⁴

No mesmo sentido, por unanimidade, o Superior Tribunal de Justiça declarou a nulidade de todos os atos na Ação Penal nº 2003.51.01.504925-4, porquanto se verificou a violação ao sistema acusatório, em que o juiz produziu provas de ofício durante a fase investigativa, nos seguintes termos¹⁸⁵:

REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO POR JUIZ DURANTE A FASE INQUISITÓRIA, ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. IMPEDIMENTO DO MAGISTRADO. NULIDADE DOS ATOS. CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RHC Nº 23.945. PREVALÊNCIA. 1. Havendo decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto ao impedimento do Juiz e à validade dos atos por ele praticados, é esse acórdão que deve prevalecer, e não o que foi proferido pelo Tribunal de origem em correção parcial. 2. Quando do julgamento do RHC nº 23.945/SP, foram declarados nulos, além dos atos decisórios, toda a instrução processual dirigida pelo Juiz, por ter o magistrado realizado os interrogatórios na fase inquisitória, antes de haver ação penal. Foram, de igual modo, declarados nulos os atos de investigação praticados por ele na fase administrativa, os quais devem ser desconsiderados na propositura da nova ação penal. Ressalva do ponto de vista do Relator. 3. No caso, é esse entendimento que prepondera no que tange à ação penal em questão. 4. Ordem concedida para declarar impedido o Juiz e para declarar a nulidade de todo o processo não apenas dos atos decisórios, assim como dos atos praticados pelo magistrado durante a fase das investigações preliminares, determinando que os interrogatórios por ele realizados nesse período sejam desentranhados dos autos de forma que não influenciem a opinião delicti do órgão acusatório na propositura da nova denúncia. 5. Extensão da ordem concedida de ofício ao demais corréus.

¹⁸¹ BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁸² BRASIL. *Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências*. Rio de Janeiro, 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁸³ BRASIL. *Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁸⁴ PRADO, Geraldo. *A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 109-110.

¹⁸⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *HC n. 122.059 – RJ*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15955811/habeas-corpus-hc-122059-rj-2008-0263187-0/relatorio-e-voto-16831262>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

(STJ - HC: 122059 RJ 2008/0263187-0, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 03/08/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/08/2010)

Neste caso, o juiz interrogou o acusado ainda na fase de investigação, agindo como se fosse à polícia judiciária, fica evidente que a sua imparcialidade foi quebrada. Diante disso, além dos atos praticados, seja na fase preliminar ou processual, serem declarados nulos, o juiz, deste caso, foi declarado impedido também.

Em relação à atuação do juiz durante o processo penal, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça coaduna com o do STF, senão vejamos¹⁸⁶:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ART. 168-A, § 1º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. INDEFERIMENTO DOS PEDIDOS DA DEFESA, NA FASE DO ART. 402 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. DILIGÊNCIAS INDEFERIDAS DE FORMA MOTIVADA PELO JUÍZO PROCESSANTE. RECURSO DESPROVIDO. 1. O Magistrado condutor da ação penal pode indeferir, desde que em decisão devidamente fundamentada, as diligências que entender protelatórias ou desnecessárias, dentro de um juízo de conveniência, que é próprio do seu regular poder discricionário. 2. No caso, o Juiz do feito, nos exatos termos do art. 402 do Código de Processo Penal, refutou fundamentadamente os pedidos de diligências complementares, porque os considerou protelatórios. Ressaltou o Magistrado que a documentação que se pretendia juntar era irrelevante ao desfecho do processo e poderia ser facilmente obtida pelo Advogado constituído do réu, mostrando-se desnecessária a intervenção judicial para a produção das provas. 3. Não se afigura demonstrado, assim, o alegado constrangimento ilegal por cerceamento de defesa, sobretudo na augusta via do habeas corpus, inadequada para a análise da pertinência, ou não, das diligências requeridas e indeferidas no curso da ação penal. Precedentes. 4. Recurso desprovido.

(STJ - RHC: 33155 SC 2012/0125883-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 22/10/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/11/2013)

Ante todo exposto, Apesar de ser um assunto pouco discutido nos Tribunais Superiores, existem decisões importantes que tratam sobre a adesão do Brasil ao sistema acusatório em detrimento do inquisitivo, com fulcro no art. 129, I da Carta Magna de 1988, em que a ação penal publica é privativa do Ministério Público, além da salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais previstos nela, bem como uma atuação ativa do juiz, quando necessário.

¹⁸⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *RHC 33155 SC 2012/0125883-5*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24659499/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-33155-sc-2012-0125883-5-stj>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, este trabalho buscou analisar os poderes instrutórios do juiz criminal, de acordo com os mandamentos e princípios constitucionais, de forma a trazer uma harmonia a todo o sistema jurídico brasileiro. Antes de adentrar ao tema, fez-se necessário embasar esta tese, por meio de pensamentos doutrinários e pelos posicionamentos adotados recentemente pelos Tribunais Superiores.

No primeiro capítulo, foi analisado o direito à prova no processo penal, sendo que, inicialmente foram definidos os conceitos, a sua finalidade, além dos sistemas de avaliação adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Outro ponto fundamental foi o estudo do ônus da prova, em que cabe ao Ministério Público, nos casos de Ação Penal Pública, e ao querelante, nos casos de Ação Penal Privada, provar aquilo que foi dito. Sendo que ao acusado, cabe apenas provar as excludentes de tipicidade, ilicitude e culpabilidade, além do alibi, ou seja, provar que não estava no lugar que ocorreu o crime.

Além disso, em relação aos princípios gerais que regem a prova no âmbito penal, foram vistos, os princípios da autorresponsabilidade das partes, da audiência contraditória, aquisição ou comunhão das provas, da oralidade, publicidade.

Por fim, o último tópico tratou-se das regras constitucionais que interferem no direito à prova – contraditório, garantia contra a autoincriminação, presunção de não culpabilidade, inadmissibilidade das provas ilícitas; princípio da livre convicção.

No capítulo dois, foram estudados os três sistemas que regem o Processo Penal, o modelo acusatório, o inquisitório e o misto. Em relação ao primeiro, as funções de julgar e acusar eram feitas pela mesma pessoa, o que gerava vários abusos por parte daquele que tinha ambas as funções, sendo que o acusado era considerado apenas um objeto, inclusive serviu-se para legitimar a tortura como meio de prova.

Quanto ao modelo acusatório, buscou-se resolver os problemas existentes no modelo anterior, isto é, agora existem pessoas diferentes nas funções de julgar e acusar, ou seja, aquele que julga está impedido de investigar e vice-versa. Outro ponto importante é que o acusado agora é um sujeito de garantias e direitos assegurados pela Lei Fundamental a qual pertence. Por último, no modelo misto, há elementos e características de ambos os sistemas

tratados, sendo que alguns doutrinadores entendem que na verdade um sempre prevalecerá sobre o outro.

Desse modo, apesar da divergência doutrinária, a respeito da adesão do Brasil sobre qual sistema adotou, entende-se a maioria ao interpretar o art. 129, inciso I da Constituição Federal (CF) de 1988, que o Brasil adotou o sistema acusatório, muito embora existam alguns artigos espalhados pelo ordenamento que contrariam isso.

Ainda neste capítulo foi analisado o princípio da busca da verdade real, o que deve ser visto com cautela, porquanto não se deve buscar uma verdade absoluta, sob pena de legitimar alguns abusos, por exemplo, a tortura, mas sim uma reconstrução dos fatos o mais próximo possível da realidade. Assim, a doutrina moderna entende que não se deve aplicar o princípio material ou real, e sim o princípio da verdade, que é também conhecido como o princípio da livre investigação.

No terceiro capítulo, buscou-se analisar os poderes instrutórios do juiz, sendo que foram vistos, em primeiro lugar, os diversos artigos espalhados do Código de Processo Penal (CPP) que tratam deste assunto.

Além disso, foi preciso analisar os sistemas dos países anglo-saxões, quais sejam o *adversarial* e *inquisitorial*, para se entender o papel das partes e do juiz, sendo que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o *inquisitorial* no processo penal, ou seja, tanto o juiz como as partes podem produzir provas na fase judicial.

Diante disso, o juiz criminal pode agir de ofício durante a fase judicial, com base na função social e nos princípios *publicitas*, visto que, dependendo do caso, pode haver grandes disparidades entre as partes, por motivos sociais, culturais ou financeiros.

O juiz não deve se contentar com as provas produzidas, caso haja necessidade, como em caso de dúvidas, este deve determinar a produção de provas de ofício, uma vez que, a aplicação do princípio do *in dubio pro réu*, deve ser levado em conta apenas na sentença, durante a instrução criminal deve-se aplicar o princípio do *in dubio pro societate*.

No entanto, esta atuação tem limites nos princípios do contraditório, da motivação e da exclusão das provas ilícitas e ilegítimas, para evitar abuso de poder por parte do magistrado.

De outro lado, na fase investigativa, o julgador deve agir com cautela, isto é, somente se provocado, sob pena de violar a sua imparcialidade e, por conseguinte o sistema acusatório, pois deve haver uma separação de pessoas nas funções de julgar e acusar, conforme visto.

Deste modo, parte da doutrina, de maneira acertada, entende que o art. 156, inc. I do CPP é inconstitucional, pois vai de encontro com o modelo acusatório, uma vez que o juiz pode agir de ofício mesmo antes do início da Ação penal.

Assim, este trabalho buscou-se traçar um paralelo entre as atuações do juiz, sendo que este deve ter uma atuação ativa, durante a instrução criminal, com base no sistema inquisitorial e nos princípios *publicitas* e na função social. Já na fase investigativa, deve agir apenas se provocado, de acordo com o sistema acusatório.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Da prova no Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no Processo Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *A busca pela verdade no Processo Penal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

BASTOS, Marcus Vinícius Reis. Poderes instrutórios do Juiz no Processo Penal. *Revista CEJ*, Brasília, a. XIV, n. 51, p. 89-97, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Bastos_Marcus_Vinicius_Poderes_introdutorios_juiz.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2015.

BONATO, Gilson (Coord.). *Garantias constitucionais e Processo Penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. v. 1.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências*. Rio de Janeiro, 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.* Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.* Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.* Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.* Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 22 ago. 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no Processo Penal acusatório. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999. Disponível em: <http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html>. Acesso em: 22 ago. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. v. I.

LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELO, Débora Fernandes de Souza Melo. Possível constitucionalidade do art. 156, I, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/08. Disponível em: <<http://lfj.jusbrasil.com.br/noticias/246106/possivel-constitucionalidade-do-art-156-i-do-cpp-com-a-redacao-dada-pela-lei-11690-08-debora-fernandes-de-souza-melo>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo Penal: sistemas e princípios*. 1. ed. 4. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Flávio Cardoso de. *Direito Processual Penal*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

_____. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Geraldo. *A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Paulo. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Direito Processual Penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. Paulo. *Direito Processual Penal*. 21. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES, Martina Pimentel. Os sistemas processuais penais. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 18, n. 3.833, dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26262>>. Acesso em: 18 maio 2015.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *HC n. 122.059 – RJ*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15955811/habeas-corpus-hc-122059-rj-2008-0263187-0/relatorio-e-voto-16831262>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *RHC 33155 SC 2012/0125883-5*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24659499/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-33155-sc-2012-0125883-5-stj>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *RHC 47984 SP 2014/0114700-8*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153677095/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-47984-sp-2014-0114700-8/relatorio-e-voto-153677114>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 1570 DF*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769462/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1570-df>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *HC n. 73.338-7 Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *HC n. 79.812/SP*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HC+79.812+SP>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *HC n. 80.949-9 Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78579>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *HC n. 94.034-0 São Paulo*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=546065>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *HC 115015 SP*. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24150845/habeas-corpus-hc-115015-sp-stf>>. Acesso em: 20 maio. 2015.

_____. *HC 121689 DF*. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25025051/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-121689-df-stf>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *RHC 120379 RO*. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25298694/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-120379-ro-stf>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. *Súmula 707*. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=707.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 8. ed. São Paulo: JusPodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Processo Penal*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. APR 10382091050825001 MG. Relator: Cássio Salomé, 08/05/2014, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL
Publicação: 16/05/2014. Disponível em:
<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Dela%C3%A7%C3%A3o+corr%C3%A9u+menor>>. Acesso em: 22 ago. 2015.