



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

LEONARDO ROCHA RODRIGUES

**O PAPEL DO JUIZ NA PRODUÇÃO DA PROVA E O MODELO
ACUSATÓRIO BRASILEIRO, ANTE A REFORMA DADA PELA LEI Nº
13.964/19**

**BRASÍLIA
2021**

LEONARDO ROCHA RODRIGUES

**O PAPEL DO JUIZ NA PRODUÇÃO DA PROVA E O MODELO
ACUSATÓRIO BRASILEIRO, ANTE A REFORMA DADA PELA LEI Nº
13.964/19**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UnICEUB).

Orientador Professor José Theodoro Carvalho

**BRASÍLIA
2021**

LEONARDO ROCHA RODRIGUES

**O PAPEL DO JUIZ NA PRODUÇÃO DA PROVA E O MODELO
ACUSATÓRIO BRASILEIRO, ANTE A REFORMA DADA PELA LEI Nº
13.964/19**

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

Orientador Professor José Theodoro Carvalho

BRASÍLIA, DIA MÊS 2021.

BANCA AVALIADORA

JOSÉ THEODORO DE CARVALHO
Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares, em especial a minha mãe, pai e irmã, que me proporcionam todo apoio e compreensão quando mais necessito.

Aos meus amigos, Ana Laura Lago, Bianca Louise, Bruno Dutra, Erick Alves, Guilherme Kfoury, Giovanna Prado, Pedro e Marcos Blandim e Roberto Macedo, que sempre acreditaram em mim, me incentivaram nas horas mais difíceis, apoio este que foi essencial para a composição desta monografia, a qual não seria a mesma, se não fossem por eles.

Ao meu eterno professor, amigo, mentor na advocacia criminal e grande advogado, Thiago Machado de Carvalho, a quem tenho maior deferência e posso aprender diariamente, proporcionando um crescimento pessoal e profissional imensurável. Sou muito grato.

Ao meu orientador, José Theodoro Carvalho, pela experiência, debate em salas virtuais e igual apoio, contribuindo para a exata compreensão do tema.

In memoriam, ao saudoso e eterno professor e desembargador do TJDFT, Dr. George Lopes Leite, que com suas lições grandiosas, presto as homenagens.

RESUMO

Esta monografia possui como escopo investigar como deve ser a atuação e a posição do magistrado na instrução probatória, ante a reforma trazida pela Lei nº 13.964/19 (também conhecida como pacote anticrime), a qual adota, de maneira expressa, a estrutura acusatória no processo penal brasileiro. Procura-se verificar se algumas previsões legais – tais quais os artigos 156 e 209 do Código de Processo Penal – estão em consonância com os princípios e postulados que devem reger o modelo acusatório, isto é, se, diante da proposição deste novo modelo, surgiu alguma incompatibilidade destes dispositivos com a referida estrutura, eis que possibilitam uma atuação ativa do juiz no decorrer da instrução judicial. Para isso, a fim de possibilitar ao leitor a exata compreensão da conclusão que aqui se chegou, dividiu-se o trabalho em três capítulos, o qual se iniciou explicando os sistemas processuais penais comumente estudados na doutrina, bem como o adotado pela estrutura brasileira, passando a analisar cinco princípios basilares que servem de diretriz à aplicação da lei processual penal no território brasileiro, ocasião em que, ao finalizar o estudo, adentrou-se em uma análise acerca dos dispositivos supramencionados, verificando sua compatibilidade ou incompatibilidade sistêmica com a nova estrutura expressamente adotada.

Palavras-chave: direito processual penal; sistemas processuais penais; estrutura acusatória; magistrado; posição; dispositivos legais; incompatibilidades.

ABSTRACT

The present study aims to investigate how the investigating judge is supposed to act in the judicial instruction in face of reform brought through the Law No. 13.964/19 (also known as anticrime package), which expressly adopts the accusatory structure in the Brazilian criminal Procedure. It seeks to verify whether some legal provisions - such as art. 156 and 209 of the Code of Criminal Procedure - are in line with the principles and postulates that should rule the accusatory model, that is, if given the proposition of this new model, there is any incompatibility between these provisions and the aforementioned structure, one they enable an active role of the judge in the course of judicial instruction. For this, to enable the reader to accurately understand the conclusion reached here, the study was divided into three chapters, which began by explaining the criminal procedural systems commonly studied in the doctrine, as well as the one adopted by the Brazilian structure. After that, the text starts to analyze five basic principles that serve as a guideline for the application of the criminal procedural law in the Brazilian territory, at which time, at the end of the study, finished with an analysis of the aforementioned legal devices, verifying their systemic compatibility or incompatibility with the new structure expressly adopted.

Keywords: criminal procedural law; criminal procedural systems; accusatory structure; magistrate; position; legal devices; incompatibilities.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	11
1.1 Sistema Acusatório	12
1.1.1 <i>Sistema Acusatório tradicional</i>	12
1.1.2 <i>Sistema com juiz de Garantias</i>	19
1.2 Sistema Inquisitorial	21
1.3 Sistema Misto	24
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE DEVEM NORTEAR O PROCESSO PENAL MODERNO	27
2.1 Princípio da Imparcialidade do Julgador	27
2.2 Princípio da Publicidade dos Atos Processuais	30
2.3 Princípio do <i>In Dubio Pro Reo</i> e da Presunção de Não Culpabilidade	32
2.4 Princípio da Busca da Verdade Real	35
2.5 Princípio da Proibição da Proteção Penal Deficiente	36
3 O DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	39
3.1 O Conceito da Prova no Processo Penal	39
3.2 A Repartição do Ônus da Prova no Processo Penal	40
3.3 Iniciativa Probatória do Magistrado – Limites da Atividade Instrutória	43
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O sistema processual penal brasileiro é fruto de uma série de alterações legislativas, seja no âmbito ordinário como também no âmbito Constitucional. É certo que após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), tivemos a instituição de uma persecução criminal democrática, tendo em vista que a Carta Magna buscou assegurar uma série de garantias fundamentais, tanto de ordem material, como de ordem processual. Com relação a estas, conforme art. 5º, incisos XXXVII, LIV e LX, todos da CF/88, temos que, até para que seja resguardado o devido processo legal, devemos ter, diante do caso concreto, a garantia de um juiz imparcial e a publicidade dos atos processuais.

Assim, mesmo com essa previsão Constitucional, ainda que não tenha sido expressa em instituir o modelo acusatório, discutia-se na doutrina e no meio acadêmico, com algumas divergências entre os estudiosos, qual sistema processual penal teria sido adotado no ordenamento jurídico pátrio, se a estrutura acusatória, inquisitória ou até mesmo o sistema misto, em especial pelo fato do Ministério Público figurar como dono da Ação Penal Pública e ser, também, “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.¹

Entretanto, diante da nova redação do artigo 3º-A do Código de Processo Penal (CPP) que adota, de maneira expressa, a estrutura acusatória (o que já era defendido pela doutrina e jurisprudência dominante), coloca-se em xeque algumas das atuações do magistrado, ante o resquício inquisitório que existe no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesses termos, latente era a discussão, como ainda é, quanto o papel do magistrado na produção de provas, se este poderia, de ofício, deter dessa iniciativa probatória, embasando-se, principalmente, pela busca da verdade real, ou se este, como órgão imparcial que é, deve se restringir a estimular o pleno exercício do contraditório perante a prova que lhe foi apresentada pelas partes, seja acusação ou defesa. Em verdade, coloca-se em conflito dois princípios

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 127. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2021.

basilares do Direito Processual Penal, o da busca da verdade real e o da imparcialidade do julgador.

Assim, a ideia do tema se deu em virtude de leituras em obras doutrinárias, assim como o crescimento das *lives* no período da quarentena, ocasião em que pude observar verdadeiros debates jurídicos entre meus professores, os quais, na figura de magistrados, promotores e advogados, discutiam acerca da posição do magistrado quando da produção da prova no processo penal, de forma que me proporcionou uma maior curiosidade na pesquisa, demonstrando que o tema era muito rico e propício a ser explorado, sendo de todo relevante para o meio acadêmico-jurisdicional, eis que influenciava todo o desenvolvimento de um processo criminal.

Portanto, diante da nova redação conferida pela Lei nº 13.964 de 2019, em seu artigo 3º-A, com a expressa previsão de um sistema acusatório, é que se questiona a compatibilidade de algumas possibilidades de iniciativa e gestão probatória por parte do magistrado, contempladas nos artigos 156 e 209 do Código de Processo Penal (CPP), tendo em vista que poderiam ser considerados como sendo ranços inquisitórios ainda presentes no processo criminal brasileiro.

Nesses termos, a presente monografia irá utilizar-se da pesquisa exploratória, levantando informações acerca do tema a partir de materiais bibliográficos, seja artigos, doutrina especializada, dissertações de mestrado, princípios e legislação concernente, para observar se o magistrado que, de ofício, determina a produção de provas ou então que procede a oitiva de uma testemunha do júízo (artigos. 156 e 209 do CPP, respectivamente), estaria violando a estrutura acusatória e por consequência a imparcialidade do juiz e o devido processo legal, ante o suposto caráter inquisitório dos referidos artigos do CPP.

Nesta hipótese, a irrestrita utilização pelo julgador de tais mecanismos para se colher a prova estaria em consonância com a estrutura almejada pelo sistema processual penal? Em qual medida a adoção do sistema acusatório é capaz de afastar a aplicação de alguns artigos tipicamente do sistema inquisitório? Seria lícito preponderar-se o princípio da busca da verdade real em detrimento de garantias fundamentais do acusado?

A fim de alcançar o objetivo proposto, no primeiro capítulo serão tecidas as devidas considerações acerca dos sistemas processuais penais, abordando o sistema acusatório, inquisitório e misto, seguindo com alguns, dentre os vários, princípios constitucionais que devem nortear o processo penal moderno e que se mostram mais relevantes para o debate, até que, no último capítulo, quando tiver dimensionado melhor a complexidade da discussão, abordarei a forma pela qual a prova no processo penal deve ser compreendida, destacando seu conceito, os entendimentos acerca de sua repartição, bem como verificando a possibilidade do magistrado iniciar a sua produção, levando, ao término deste trabalho, para as considerações finais.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Como se sabe, pelo fato de a sociedade necessitar de regramentos no âmbito civil, administrativo e penal para que possa viver em harmonia, sempre quando houver qualquer lesão a um direito, essa pessoa que teve o seu direito lesado pode, por bem, procurar uma intervenção estatal para que, por intermédio do devido processo legal, se tenha a solução mais adequada para o seu conflito. É dizer, como consequência do direito de ação (artigo 5º, inciso XXXV da CF/1988), que pode o titular do direito dirigir-se ao Estado-Juiz e exigir dele se faça respeito ao seu direito violado.²

No que diz respeito ao processo penal, uma vez violado algum bem jurídico em que o Estado visa tutelar, surge um verdadeiro conflito de pretensões, pois, a partir desse momento, nasce, em favor do Estado, o *jus puniendi*, uma verdadeira pretensão do Estado em ver aquela pessoa que supostamente praticou o ilícito ver-se responsabilizada, ao passo em que, o sujeito, não quer o seu *jus libertatis* restringido.

É nesse sentido a lição de Tourinho Filho:

Assim, quando alguém comete uma infração penal, o Estado, como titular do direito de punir, impossibilitado, pelas razões expostas, de auto executar seu direito, vai a juízo (tal qual o particular que teve seu interesse atingido pelo comportamento ilícito de outrem) por meio do órgão próprio (o Ministério Público) e deduz a sua pretensão. O Juiz, então, procura ouvir o pretense culpado. Colhe as provas que lhe foram apresentadas por ambas as partes (Ministério Público e réu), recebe as suas razões e, após o estudo do material de cognição recolhido, procura ver se prevaleceu o interesse do Estado em punir o culpado, ou se o interesse do réu, em não sofrer restrição no seu *jus libertatis*. Em suma: o Juiz dirá qual dos dois tem razão. Se o Estado, aplica a *sanctio juris* ao culpado. Se o réu, absolve-o. Isso é processo.³

Se assim temos o que significa processo, é importante termos em mente quais princípios, quais são as características que irão nortear o nosso ordenamento jurídico processual e, como apontam os doutrinadores, “o Processo penal é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representam senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado”.⁴

² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 4.

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo penal*. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 7.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo penal*. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 16.

Isto é dizer que, caso as razões do Estado sejam marcadas por traços totalitários, teremos regras mais ríspidas, que preservem menos certos direitos fundamentais daquele que se vê acusado, pois, existirá um “interesse” maior, por parte do Estado, em punir o suposto infrator, ao passo que, quanto mais democrático for o regime, tem-se que “a liberdade individual, como expressão de um valor absoluto, deve ser tida como inviolável pela constituição”⁵, o que nos remete aos avanços de nossa Constituição Federal, promulgada em 1988.

Nesses termos, conivente e precisa é a lição de Humberto Fernandes:

Se a concepção for autoritária, predominará o interesse do Estado, o arguido será tido como objeto do processo sem qualquer direito autônomo. Em uma concepção liberal, o indivíduo é o centro das atenções, dotado de direitos próprios, é verdadeiro sujeito processual (direito de defesa e garantias).⁶

Dessa forma, a estrutura do processo penal pode variar entre acusatório, inquisitório ou misto, tendo cada um com princípios, características e postulados próprios, oscilando sempre como “uma expressão de cultura, de civilização, e que reflete determinado momento político”⁷ do Estado. Vejamos cada estrutura.

1.1 Sistema Acusatório

Para fins didáticos e para melhor elucidação do desencadeamento de ideias, notadamente com a previsão legal da figura do juiz de garantias, tem-se que para melhor compreensão das ideias aqui articuladas, o tópico “sistema acusatório” será analisado diante da sua estrutura tradicional, elencando características e como ela funciona, bem como, posteriormente, analisar-se-á a importância do instituto do juiz de garantias, verificando como se daria esse encaixe com a estrutura acusatória.

1.1.1 Sistema Acusatório tradicional

⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *Instituições de direito e processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 251.

⁶ FERNANDES, 2006 apud SOUSA, Meire Odayke Ferreira de. *O código de processo penal brasileiro e o sistema inquisitivo*. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019. p. 10.

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo penal*. 10 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 16.

O processo penal acusatório pauta-se por características marcantes e bem delineadas, em especial, pela forte influência trazida pela CF/1988, em que traz um processo penal em que o acusado é, primeiramente, visto como um sujeito de direitos, e não um mero objeto, como se percebe na estrutura inquisitória (que será mais bem explicada no próximo tópico).

Ao verificar as mudanças introduzidas pelo Constituinte brasileiro, uma delas se tornou destaque, a saber, a possibilidade da adoção, ainda que implícita, do sistema processual penal acusatório, tendo em vista que houve a determinação de que fosse respeitado o efetivo contraditório, ampla defesa, publicidade dos atos processuais, o juiz natural, sendo este imparcial, bem como o devido processo legal, segundo a dicção do artigo 5º, incisos XXXI, LIV, LV e LX, todos da CF/1988.

Desse modo, é necessário demonstrar que a estrutura acusatória se baseia no fato de “quanto ao seu aspecto principal, traz uma expressa separação entre as funções julgar, defender e acusar”.⁸

Ocorre que dentro da estrutura acusatória do processo penal, uma das principais características é o fato de que os sujeitos processuais, quais sejam, “o juiz, o acusador – Ministério Público ou querelante – e o acusado”⁹ possuem funções distintas que não se aglutinam em uma só pessoa, isto é, por delimitação constitucional, cabe a cada um dos sujeitos realizar as funções que lhe são ínsitas, sem avançar nas atribuições do outro órgão.¹⁰

Há uma verdadeira separação das funções entre acusar e julgar, não mais sendo exercidas na mesma pessoa.

Nessa esteira, é o que se infere da leitura do artigo 129, inciso I da CF/1988, em que cabe, privativamente, ao MP, promover a ação penal pública, de forma que afasta, qualquer iniciativa de um processo penal a cargo do juiz, demonstrando, nesses termos um anseio pelo abandono do princípio inquisidor, que tanto norteou a prática judiciária em tempos outros, os quais eram presentes em regimes tipicamente totalitários.

⁸ SOUSA, Meire Odayke Ferreira de. *O código de processo penal brasileiro e o sistema inquisitivo*. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019. p. 11.

⁹ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 1309.

¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 54.

Uma vez constatada a prática de um fato delituoso, após o regular inquérito, caso o Ministério Público verifique que existem indícios suficientes de autoria e materialidade, ao oferecer a denúncia, com “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias”¹¹, instala-se, de plano, uma relação de confronto com o acusado, tendo em vista que “é natural que o acusado tenha uma tendência a negar sua culpa e sustentar sua inocência”.¹²

Ora, se assim não o fosse, se ainda existisse a iniciativa do processo penal por parte do magistrado, por certo, a sua imparcialidade restaria violada, devendo, por bem, que o órgão ministerial dê início à persecução penal. Nesse sentido, é a lição de Renato Brasileiro:

Chama-se “acusatório” porque, à luz deste sistema, ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias. Daí, aliás, o porquê da existência do próprio Ministério Público como titular da ação penal pública. Ora, se é natural que o acusado tenha uma tendência a negar sua culpa e sustentar sua inocência, se acaso não houvesse a presença de um órgão acusador, restaria ao julgador o papel de confrontar o acusado no processo, fulminando sua imparcialidade. Como corolário, tem-se que o processo penal se constitui de um *actum trium personarum*, integrado por sujeitos parciais e um imparcial – partes e juiz, respectivamente. **Somente assim será possível preservar o juiz na condição de terceiro desinteressado em relação às partes, estando alheio aos interesses processuais** (grifo nosso).¹³

Dessa forma, resta ao magistrado a função de avaliar o que a acusação aduz, bem como os argumentos defensivos para, somente após o efetivo contraditório e a colheita de provas pelo Ministério Público/querelante e defesa, o órgão judicante verifique se a pretensão acusatória merece prosperar ou não.

Para sintetizar, aduz Danielle Souza de Andrade, em sua dissertação de Mestrado, que “essa nítida separação de funções, com a proposta do processo levada a efeito por um sujeito distinto do juiz, faz com que o processo se traduza em um verdadeiro *actum trium personarum*”.¹⁴

¹¹ BRASIL. *Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Art. 41 do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

¹² LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 43.

¹³ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 43.

¹⁴ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. p. 24.

A doutrina defende que a posição do juiz, dentro da estrutura acusatória deve ser uma posição equidistante e imparcial, em que se deve tentar proporcionar um processo penal das partes, evitando que o magistrado dê início a inquéritos policiais e a processos penais, abstendo-se em realizar a colheita de provas (adotando uma posição passiva, e não ativa, quanto à gestão de provas), devendo este ônus incumbir às partes. Por fim, não poderia, sob qualquer contexto, o magistrado proferir decisão, de ofício, ou seja, sem requerimento do Ministério Público, no sentido de decretar prisão cautelar, sob pena de violação da estrutura acusatória, bem como de sua imparcialidade.¹⁵

Fazendo um parêntese, em verdade, o magistrado deve se manter, por exemplo, ao longo de uma investigação policial, inerte, podendo somente atuar supletivamente no momento em que, para fins de diligências policiais, examina medidas que acabam por restringir direitos fundamentais, sempre se atendo aos limites de sua atuação que são impostos pela lei, não podendo jamais ultrapassá-los, justamente para que não contamine nenhum elemento informativo que fora eventualmente coletado.

Mas, a estrutura acusatória não diz respeito somente a separação das funções, ela também é marcada pelo efetivo contraditório entre acusação e defesa¹⁶, vindo a se tornar um verdadeiro processo penal democrático.¹⁷ É marcado também pela publicidade e oralidade de seus atos, deixando as partes, ou melhor, tentando deixá-las ao máximo, em uma situação de igualdade perante o julgador, que deve, por excelência, ser imparcial.¹⁸

Como consequência básica dessa estrutura em que visam preservar e garantir direitos inerentes ao acusado, vigora também a presunção de inocência, de forma que, “a regra era que o acusado permanecesse solto durante o processo”.¹⁹

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 43-44.

¹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 35.

¹⁷ TURESSI, Flávio Eduardo. Sistema acusatório, Pacote Anticrime e o anacrônico artigo 385 do Código de Processo Penal: anotações sobre a (im)possibilidade de condenação no processo penal sem prévio pedido pelo órgão do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 17, n. 1, p. 22-44, 2020. p. 33.

¹⁸ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. p. 25.

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 43.

Assim, conforme leciona os doutrinadores, tem-se que a estrutura acusatória detém como características, em síntese:

De todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação. Essa separação, exigida por nosso axioma *nullum iudicium sine accusatione*, forma a primeira das garantias orgânicas estipuladas em nosso modelo teórico. Ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem funções judicantes e os que desenvolvem funções de postulação e o conseqüente papel de espectadores passivos e desinteressados reservado aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*, mas também, e sobretudo, o papel de parte - em posição de paridade com a defesa - consignado ao órgão da acusação e a conseqüente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado.²⁰

O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova.²¹

No processo acusatório são traços profundamente marcantes: 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 sem provocação da parte (*ne procedat iudex ex officio* – o Juiz não pode dar início ao processo por sua própria vontade); 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 licetere 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. Presentemente, a função acusadora, em geral, cabe ao Ministério público, mas o fato de a acusação ser conferida, também, ao ofendido, nos casos previstos em lei, ou a qualquer do povo, como na hipótese de *impeachment*, não desnatura o processo acusatório. Seus princípios imanentes continuam íntegros: publicidade, contraditório e, finalmente, acusação e jurisdição a cargo de pessoas distintas *“pues, la piedra de toque del sistema acusatório es siempre la separación de acusador y julgador (cf. Garcia-Velasco, curso de derecho procesal penal, Ed. Universad de Madrid, 1969, p.8).”*²²

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 454-455.

²¹ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 44.

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 33-34.

Quando se questiona qual teria sido o sistema processual penal adotado pelo Brasil, apesar de existirem intensas divergências doutrinárias, essa questão, em virtude da Lei nº 13.964/2019 parece ter sido superada, ainda que de maneira aparente, isto porque, com a nova redação conferida ao artigo 3º-A do CPP adotou-se, de modo expresso, a estrutura acusatória, sanando eventuais divergências que pudessem vir a se firmar sobre a temática.

Em verdade, antes mesmo da adoção da estrutura acusatória instituída pelo Pacote Anticrime, muito já se falava que, em razão das garantias fundamentais que a CF/1988 estabelecia, existia uma adoção, ainda que implícita, desse sistema, sendo esse o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que já chegou a anular decisão de um magistrado de piso que teria afrontado diretamente o modelo acusatório. Observe:

1. É por meio do indiciamento que a autoridade policial aponta determinada pessoa como a autora do ilícito em apuração.
2. Por se tratar de medida ínsita à fase investigatória, por meio da qual o Delegado de Polícia externa o seu convencimento sobre a autoria dos fatos apurados, não se admite que seja requerida ou determinada pelo magistrado, já que tal procedimento obrigaria o presidente do inquérito à conclusão de que determinado indivíduo seria o responsável pela prática criminosa, **em nítida violação ao sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.** Inteligência do artigo 2º, § 6º, da Lei 12.830/2013. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF.
3. Recurso provido para anular a decisão que determinou o indiciamento dos recorrentes (grifo nosso).²³

E os outros tribunais pátrios seguem na mesma linha de pensamento:

A reforma introduzida pela Lei nº 13.964/2019 (“Lei Anticrime”) modificou a disciplina referente às medidas de índole cautelar, notadamente aquelas de caráter pessoal, **estabelecendo um modelo mais consentâneo com as novas exigências definidas pelo moderno processo penal de perfil democrático e assim preservando, em consequência, de modo mais expressivo, as características essenciais inerentes à estrutura acusatória do processo penal brasileiro** (grifo nosso).²⁴

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *RHC 47.984/SP*. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DO IDOSO. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO AUDIÊNCIA PRELIMINAR [...]. Relator: Ministro JORGE MUSSI, julgado em 04/11/2014, DJe 12/11/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=rhc+47984. Acesso em: 25 ago. 2021.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). *HC 188888/MG*. “HABEAS CORPUS” – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NÃO REALIZADA – A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO DIREITO SUBJETIVO DA PESSOA SUBMETIDA A PRISÃO [...]. Relator(a): CELSO DE MELLO, julgado em 06/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 14/12/2020 PUBLIC 15/12/2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur438325/false>. Acesso em: 25 ago. 2021.

4. Nessa linha de raciocínio, a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva viola o sistema acusatório. O auto de prisão em flagrante qualifica-se como ato de formal documentação que consubstancia relatório das circunstâncias de fato e de direito aptas a justificar a captura do agente do fato delituoso nas hipóteses previstas em lei (CPP, art. 302).

5. Agravo regimental provido para reconhecer a nulidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva, sem o prévio requerimento do Ministério Público ou da autoridade policial, com expedição de alvará de soltura em favor do recorrente, salvo se por outro motivo estiver preso (grifo nosso).²⁵

'Habeas Corpus' – Receptação – Prisão decretada de ofício – Ausência de representação policial e de requisição ministerial para converter a prisão em flagrante em preventiva – Inteligência do artigo 311 do Código de Processo Penal – Sistema acusatório – Liminar confirmada – ORDEM CONCEDIDA (grifo nosso).²⁶

'HABEAS CORPUS' – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE – NOVA REDAÇÃO DO ART. 311 DO CPP – RATIFICADA A LIMINAR. 1. Com o advento da Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), não mais se admite a conversão, de ofício, da prisão em flagrante em preventiva, nos termos da nova redação do art. 311 do CPP, impondo-se, assim, a colocação do paciente em liberdade. 2. Ordem concedida (grifo nosso).²⁷

'HABEAS CORPUS'. TENTATIVA DE FURTO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. Conforme previu a Lei 13.964/2019, em nova redação ao art. 311, **configura flagrante constrangimento ilegal a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva do paciente, de ofício. O chamado 'Pacote Anticrime', ao afirmar a 'estrutura acusatória' do processo penal e criar o Juiz de Garantias (CPP, arts. 3º-A a 3º-F), deixou claro que o magistrado deve exercer o papel de garantidor das Liberdades e dos Direitos Fundamentais, não podendo, por isso, determinar prisão preventiva 'ex**

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *AgRg no RHC 131.312/MG*. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO, DE OFÍCIO, DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO [...]. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=AGR+RHC+131312&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 25 ago. 2021.

²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. (12. Câmara Criminal). *HC 2050360-07.2020.8.26.0000*. HABEAS CORPUS – RECEPÇÃO – PRISÃO DECRETADA DE OFÍCIO – AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO POLICIAL E DE REQUISIÇÃO MINISTERIAL PARA CONVERTER A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA [...]. Relator: Desembargador HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA, Data do Julgamento: 01/06/2020; Data de Registro: 01/06/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 25 ago. 2021.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais. (8. Câmara Criminal). *HC 0509305-16.2020.8.13.0000*. EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - NOVA REDAÇÃO DO ART. 311 DO CPP - RATIFICADA A LIMINAR [...]. Relator: Desembargador DIRCEU WALACE BARONI, julgado em 09/06/2020, publicado em 09/06/2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0509305-16.2020.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 25 ago. 2021.

officio’. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA, CONFIRMANDO-SE A LIMINAR (grifo nosso).²⁸

E também já era o que se lecionava na doutrina, na medida em que a alteração legislativa viria para afirmar e estipular um consenso sobre o tema, já que “era premente, portanto, a mudança da nossa legislação processual penal como um todo, para que sua estrutura fosse, enfim, adaptada à nova ordem constitucional e convencional, notadamente ao sistema acusatório (CF, artigo 129, inciso I) e à garantia da imparcialidade (CADH, artigo 8º, n. 1)”.²⁹

Observe o que ensina Renato Brasileiro Lima:

A despeito de o art. 3º-A ter sido introduzido no Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964/19 no capítulo denominado “Juiz das Garantias”, ao lado, portanto, dos arts. 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F, com eles não guarda nenhuma relação. **Trata-se, na verdade, de uma mera ratificação da estrutura acusatória do nosso processo penal, em fiel observância ao art. 129, inciso I, da Constituição Federal, do que deriva a conclusão de que seria vedada qualquer inciativa do juiz na fase de investigação, bem como a substituição da atuação probatória do órgão de acusação** (grifo nosso).³⁰

Assim, em que pese a CF/1988 não tenha optado por adotar, de maneira expressa, o sistema acusatório, existe, ao longo do texto constitucional, fortes indícios que levam a crer que esta estrutura fora deveras a opção do Constituinte brasileiro, eis que ao mesmo tempo em que atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (artigo 129, inciso I da CF/1988), ela também possui como objetivo assegurar garantias àquele que se vê no polo passivo da lide, sendo-lhe assegurado a presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII da CF/1988), podendo contraditar e defender-se de forma ampla (artigo 5º, inciso LV da CF/1988), sendo-lhe assegurado a garantia de um juiz natural, o qual, necessariamente, deverá fundamentar suas decisões (artigo 5º, incisos XXXVII, LII e artigo 93, inciso IX, todos da CF/1988) e conferir um tratamento igualitário às partes (artigo 5º, inciso I da CF/88), todos, sob pena de violar o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV da CF/1988), que deve ser respeitado em um Estado Democrático de Direito.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do estado do Goiás. (2. Câmara Criminal). *HC 5191582-80.2020.8.09.0000. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE [...]*. Relatora: Desembargadora CARMECY ROSA MARIA ALVES DE OLIVEIRA. Julgado em 26/05/2020, DJe de 26/05/2020. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=query&tipo=P&posicao=#>. Acesso em: 25 ago. 2021.

²⁹ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 104.

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 105.

1.1.2 Sistema com juiz de Garantias

De mais a mais, ao verificar a importância de o magistrado resguardar a sua imparcialidade, sendo um terceiro equidistante entre as partes, com a instituição da estrutura acusatória pelo artigo 3-A do CPP, o legislador teve que encontrar algum mecanismo para que tal garantia pudesse ser observada na prática forense, pois, muito se vê que parcela dos magistrados “estão comprometidos com a produção da prova desde a origem das investigações, e em muitos casos sua atuação mostra que decidem primeiro para só então buscar os argumentos que justificam a decisão que já fora tomada”.³¹

Nesses termos, se deu a criação da figura denominada o juiz de garantias, em que, na dicção do artigo 3º-B do CPP é aquele que “é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”.³²

O que buscou, então, o legislador, foi atribuir uma série de competências a um determinado juiz, para que ele atue da fase de investigação até o recebimento da denúncia, sendo impedido de atuar no decorrer do processo, ocasião em que o juiz da instrução ficará encarregado pelo seu desenvolvimento natural, tudo isso para que se preservasse, ou melhor, minimizasse “ao máximo as chances de contaminação subjetiva do juiz da causa, potencializando, pois, a sua imparcialidade”.³³

Assim, com o escopo de uma possível blindagem à subjetividade do julgador, tal figura do juiz de garantias revela-se em total consonância com a estrutura acusatória adotada pelo sistema processual penal, eis que, enquanto este tenta primar por um juiz imparcial e equidistante, proporcionando um processo penal mais democrático³⁴, o “juiz das garantias” vem justamente para poder propiciar tais prerrogativas.

³¹ MOKDISSI, Bárbara de Abreu. A figura do juiz das garantias veio para preservar o sistema acusatório. *Conjur*, 14 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-14/barbara-mokdissi-juiz-garantias-preserva-sistema->

acusatorio#:~:text=A%20figura%20do%20juiz%20das%20garantias%20veio%20para%20preservar%20o%20sistema%20acusat%C3%B3rio.&text=Em%20conformidade%20com%20o%20novo,deve%20ser%20produzida%20no%20processo. Acesso em: 25 ago. 2021

³² BRASIL. *Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Art. 3º-B do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

³³ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 115.

³⁴ “O Processo Penal acusatório (Cordero) é acolhido como tarefa democrática inafastável, não se confundindo com as meras formas processuais, mas sim como procedimento em contraditório (Cordero e Fazzalari), produzindo

É dizer, com a figura do juiz das garantias, tendo em vista que ele foi o responsável pela legalidade da condução do procedimento investigativo, ao juiz da instrução estaria preservada a sua imparcialidade para proferir a sentença, isto é, “sem amarras que possam comprometer sua imparcialidade, deixando de ser, assim, um terceiro involuntariamente manipulado no processo”.³⁵

Dessa forma, mostra-se em total consonância a figura do juiz das garantias com a estrutura acusatória, sendo aquele um dos mecanismos para que se possa atingir, com presteza, os objetivos pelos quais o sistema acusatório busca assegurar.

1.2 Sistema Inquisitorial

Ademais, em contraposição ao sistema acusatório, aparece o sistema inquisitivo, estrutura essa em que inexistem garantias e regras em favor daquele que se vê no lado passivo da lide, isto é, para o acusado “não há o contraditório, e por isso mesmo inexistem as regras da igualdade e liberdade processuais”.³⁶

Teve sua grande utilização em meados do século XIII, principalmente nos regimes autoritários na Europa Continental, onde aqueles que detinham o poder em suas mãos, ou seja, os grandes imperadores e ditadores, utilizavam-se dessa estrutura como um aparato estatal de supressão de direitos inerentes ao acusado, perfazendo-se, nesses termos, como uma verdadeira arma poderosa contra os cidadãos, ante o desrespeito às garantias fundamentais do *due process of law*.

Mas isso não quer dizer que inexistem resquícios de tal estrutura inquisitória, norteadas pelo princípio inquisidor, nos tempos atuais, isto é, que esse ideal ficou para o passado. Forte defensor dessa ideia, de que perduram, até hoje, alguns “ranços inquisitórios” no sistema processual penal brasileiro, é Aury Lopes Jr., em que, com propriedade, leciona:

significativas alterações no modelo utilizado no Brasil, dando-se especial destaque à teoria da ação comunicativa (Habermas) que, mesmo parcialmente criticada, representa um caminho razoável”. ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 15.

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 115.

³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34.

Compreenderam que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundando no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, era necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como os arts. 156, 385 etc.), pois são “substancialmente inconstitucionais” (e, agora, estão tacitamente revogados pelo art. 3º-A do CPP, com redação da Lei n. 13.964). Assumido o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória e, principalmente, pela mudança de cultura, pelo abandono da cultura inquisitória e a assunção de uma postura acusatória por parte do juiz e de todos os atores judiciários.

[...]

É preciso que cada um ocupe o seu “lugar constitucionalmente demarcado” (clássica lição de Jacinto Nelson Mirante Coutinho), com o MP acusando e provando (a carga da prova é dele), a defesa trazendo seus argumentos (sem carga probatória) e o juiz, julgando. Simples? Nem tanto, basta ver a estrutura inquisitória e a cultura inquisitória (fortíssima) faz com que se resista a essa estrutura dialética por vários motivos históricos, entre eles o mito da “busca da verdade real” e o anseio mítico pelo juiz justiceiro, que faça justiça mesmo que o acusador não produza prova suficiente (grifo nosso).³⁷

Assim sendo, nesse sistema, além do sigilo processual e a inexistência de garantias ao acusado, que se afigura como verdadeiro objeto do processo, tem-se que as “funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa: o Juiz. É ele quem inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e, ao final, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão”.³⁸

Essas características típicas do sistema inquisitivo, que serviam para justificar abusos cometidos em contextos ditatoriais, acabam por desdobrar em outras consequências, como, por exemplo, o fato de que o juiz, em razão do acúmulo de funções, terá, inevitavelmente, a sua parcialidade malferida, na medida em que “o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento”.³⁹

Possuindo como um dos nortes o princípio da verdade real, acreditando-se que o processo penal seria um mecanismo para, por meio da colheita de provas, alcançar a mais pura

³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 53-54.

³⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 34.

³⁹ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 42.

verdade dos acontecimentos, este sistema acaba por legitimar a participação ativa do juiz na produção de provas, possuindo, o órgão judicante, inclusive de ofício, a irrestrita liberdade de produzir a prova que bem entender, seja durante as investigações ou no decorrer do processo, estando, a gestão das provas “nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse”.⁴⁰

É nesse sentido a lição de Giacomolli:

verifica-se um ‘donismo’ processual sem precedentes, endo e extraprocessuais: o processo é meu, o promotor é meu, o estagiário é meu, o servidor é meu, o carro é meu, eu sou eu, eu e eu. Então, eu posso investigar, eu posso acusar, eu posso julgar, recorrer e executar a sanção. Nesse modelo, confundem-se as funções dos agentes do Estado-Julgador com os do Estado-Acusador e com os do Estado-Investigador.⁴¹

Portanto, ao se ter em mente as características principais desse sistema, inexistente o que se falar em contraditório e ampla defesa, estando “evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal”.⁴²

Nesses termos, Hélio Tornaghi ressalta as diferenças existentes entre o sistema acusatório e o inquisitório, concluindo-se que um é diametralmente oposto ao outro, cada qual com suas características específicas, não havendo uma possibilidade harmônico-sistêmica de coexistência simultânea entre os dois modelos, isto é, sem que se exponha a perigo garantias e direitos fundamentais do jurisdicionado em um processo penal que, como bem se sabe, é a parte mais frágil na relação processual. Observe:

O que distingue a forma acusatória da inquisitória é o seguinte: na primeira, as três funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a três órgãos diferentes: acusador, defensor e juiz; na segunda, as três funções estão confiadas ao mesmo órgão. O inquisidor deve preceder espontaneamente e suprir as necessidades da defesa. O réu é tratado como objeto do processo e não como sujeito, isto é, como pessoa titular do direito de defesa; nada pode exigir.⁴³

⁴⁰ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 42.

⁴¹ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 90.

⁴² LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 43.

⁴³ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2. p.1-2

1.3 Sistema Misto

Passados os dois outros modelos processuais penais, finalmente chega-se ao sistema misto, também conhecido como sistema francês, em que “funciona como uma fusão dos dois modelos anteriores”⁴⁴, isto é, engloba características tanto da estrutura inquisitória, como da estrutura acusatória.

Na tentativa de afastar-se do sistema inquisitório, concebido pelo Direito Canônico, e impulsionado pelos movimentos em prol das liberdades individuais, esse modelo originou-se com a implementação do *Code d’Instruction Criminelle* francês, de 1808, sendo, nesses termos, potencializado por “um movimento de rechaço a institutos fundamentais do sistema processual penal do Antigo Regime, como as denúncias secretas e as torturas, e de formulação dos novos paradigmas do direito liberal”⁴⁵.

No sistema misto, existem primordialmente duas fases distintas, uma de caráter pré-processual e a outra tipicamente processual, “sendo a primeira de caráter inquisitório e a segunda acusatória”⁴⁶.

Na primeira fase, inquisitorial, conforme leciona Renato Brasileiro Lima, existe um objetivo principal, qual seja a apuração de autoria e materialidade do fato criminoso, sendo marcada pela ausência de publicidade dos atos, com instrução escrita e secreta, sem acusação, o que gera, como consequência, a supressão do contraditório e ampla defesa daquele que se vê acusado. Trata-se da fase do inquérito policial.⁴⁷

Já na segunda fase, esta sim, de caráter acusatório, em razão da necessidade do respeito às garantias fundamentais do acusado salvaguardadas pela Constituição Federal, o órgão responsável pela acusação, ao oferecê-la, demarca essa fase processual pela oralidade e publicidade de seus atos, pela livre apreciação das provas pelo juiz, sendo proporcionado o

⁴⁴ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 45.

⁴⁵ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. p. 32.

⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 50.

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 45.

efetivo contraditório e ampla defesa, pois, diferentemente do que se observa na fase inquisitória, aqui, o acusado tem ciência dos exatos termos pelos quais está sendo denunciado, de forma que prevalece a isonomia processual entre as partes.

É o que se observa no sistema misto francês, onde, na fase de instrução preparatória, aplicam-se os princípios que norteiam a estrutura inquisitiva, de forma que o julgador dá prosseguimento às investigações processuais, de forma escrita e secreta, com a ausência de contraditório e sem defesa⁴⁸, de forma que, isso se inverte quando da fase de julgamento, onde as características do sistema acusatório prevalecem.

Outro grande ordenamento europeu que tem uma estrutura mista é o espanhol, onde, de maneira semelhante, na primeira fase da investigação, a qual se denomina como sumário, o juiz que preside a instrução atua na produção de elementos probatórios, de forma escrita e secreta, sem muita intervenção da defesa, ao passo em que, após o oferecimento da acusação pelo acusador, existe uma fase final de instrução, essa oral e pública, com a presença do contraditório, sendo, desta forma, marcada a estrutura processual mista espanhola.⁴⁹

Grande defensor do sistema misto, é o eminente professor Guilherme de Souza Nucci, que, em suas palavras, assevera:

Nosso sistema é misto. Defendem muitos processualistas pátrios que o nosso sistema é o acusatório, porque se baseiam, certamente, nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência, etc.). O que esses defensores certamente confundem é a prática forense, que muitos nem sequer possuem, e o que idealizam para o futuro. **A Constituição Federal prevê princípios norteadores do sistema acusatório, mas também traz regras pertinentes ao sistema inquisitivo, bastando mencionar a autorização constitucional para a decretação do sigilo da investigação e/ou do processo.** Um sistema processual não se compõe de princípios constitucionais. O juiz não aplica, no seu cotidiano, a Constituição Federal, pois nem saberia como conduzir um processo criminal. Vigora o Código de Processo Penal. Diante disso, cuida-se de pura demagogia afirmar ser o nosso sistema puramente acusatório. **O mínimo que os defensores dessa ideia precisariam fazer é admitir o óbvio: a persecução penal, no Brasil, hoje, possui duas fases. A primeira é inquisitiva e chega a produzir provas**

⁴⁸ LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. *Sistemas processuais penais*. CEJA; JSCA. p. 12. Disponível em: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5400/art_30005.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁴⁹ LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. *Sistemas processuais penais*. CEJA; JSCA. p. 14. Disponível em: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5400/art_30005.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 24 ago. 2021.

definitivas contra o réu (vide o caso de certas perícias, componentes importantes para a materialidade e, às vezes, para a autoria). Assim sendo, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova por meio do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.). **Somente após ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório** (grifo nosso).⁵⁰

Entretanto, em que pese o relevante posicionamento de Nucci, parcela da doutrina pátria compreende pela impossibilidade de tal classificação, tendo em vista que, a depender do momento processual em que se encontra o procedimento, conforme ensina Badaró, prevalecerá ou o sistema acusatório ou o sistema inquisitório.⁵¹

Acompanhando tal entendimento, elucida Jacinto Coutinho, onde afirma que “ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (secundários), que de um sistema são emprestados ao outro”.⁵²

Na mesma esteira, divergindo ainda do posicionamento de Nucci, o professor Aury Lopes Jr. critica tal visão, afirmando ser tal entendimento reducionista, na medida em que, nos dias atuais, inexistem sistemas tipicamente puros, isto é, todos são, por essência, mistos, sendo o “sistema tradicional misto” apenas uma referência histórica, devendo ser “crucial analisar qual o núcleo fundante para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se o princípio informador é o inquisitivo (gestão da prova nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão da prova nas mãos das partes)”.⁵³

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 46-47.

⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 103.

⁵² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de estudos criminais*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 163-198, 2001. p. 26

⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 50

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE DEVEM NORTEAR O PROCESSO PENAL MODERNO

É cediço que, como ramo do Direito Público⁵⁴, o Direito Processual Penal detém uma série de princípios e regras próprias que irão direcionar a sua atuação, de forma que, na presente monografia serão analisados uma parcela dos princípios existentes neste ramo, destacando aqueles mais importantes para a melhor apuração do tema em debate.

Assim, tendo em vista a humanização do processo penal, que vem cada dia mais tentando conferir um maior leque de garantias e prerrogativas defensivas àquele que se vê no polo mais frágil da relação processual, diante das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, bem como do princípio da hierarquia da Constituição, tem-se que o Estado brasileiro optou por imprimir uma verdadeira limitação ao exercício da pretensão punitiva estatal, isto é dizer, “o entendimento das normas processuais penais há de se dar a partir das disposições constitucionais, as quais não podem ter seu sentido e alcance limitados pela norma ordinária”.⁵⁵

Desta forma, o órgão julgante deve, em respeito aos diversos mandamentos constitucionais, aplicar as regras previstas na legislação ordinária observando, em especial, os princípios da imparcialidade do julgador (art. 5º, inciso XXXVII), publicidade dos atos processuais (artigo 5º, incisos XXXII e LX), do *in dubio pro reo* e da presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII), o da busca da verdade real (princípio implícito na CF/1988), bem como o da proibição da proteção penal deficiente.

2.1 Princípio da Imparcialidade do Julgador

Como primeiro princípio a ser analisado, tem-se que a imparcialidade do julgador decorre de outro princípio, qual seja, do juiz natural, em que diante das regras Constitucionais, a jurisdição, em especial a penal, deve ser exercida por autoridade judiciária previamente

⁵⁴ “O Direito Processual Penal é ramo do Direito Público. E o é porque o Estado Soberano, nas relações reguladas pelo Direito Processual Penal, interfere como um dos sujeitos, e, além disso, o objetivo das normas que informam o Direito Processual Penal constitui um fim específico do próprio Estado.” TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 16.

⁵⁵ BASTOS, Marcus Vinícius Reis. *Garantias constitucionais de direito processual penal*. Texto da Aula 01 da disciplina Direito Processual Penal 03. Curso de Direito do UniCEUB. Brasília: UniCEUB, 2021.

estipulada pelo ordenamento jurídico, de acordo com as regras constitucionais e legais, a fim de que se evite um juízo ou tribunal de exceção.⁵⁶ Tratam-se dos incisos XXXVII e LIII do artigo 5º da CF/1988.⁵⁷

Nesses termos, Antônio Scarance Fernandes elucida que o princípio do juiz natural se desdobra em três regras:

- 1ª) só podem exercer jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição;
- 2ª) ninguém pode ser julgado por órgão instituído após o fato;
- 3ª) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.⁵⁸

Em decorrência do juiz natural, tem-se que uma das finalidades pelas quais se buscou alcançar com tal previsão normativa foi a de alcançar a imparcialidade do julgador, eis que “num Estado Democrático de Direito, é inconcebível que os julgamentos se materializem de forma parcial, corrupta e dissociada do equilíbrio que as partes esperam da magistratura”.⁵⁹

Aury Lopes Jr., ao se referir a tal garantia da imparcialidade do julgador, a fim de demonstrar a importância de tal princípio, trata-o como “princípio supremo do processo”, pois o magistrado não deve poder julgar as lides penais em que tenha, de ofício, buscado provas, eis que, contaminando-se, vai atrás da prova necessária para justificar a decisão já tomada, inculcando um imenso prejuízo decorrente dos pré-juízos concebidos.⁶⁰

Tem-se, em verdade, que pelo juiz não ser parte no processo penal, sua função, como sujeito processual, é o de interpretar e aplicar a lei penal ao caso concreto, verificando se merece prosperar ou não o pleito ministerial por meio de uma decisão imparcial.⁶¹ Deve atuar na estrita observância às regras processuais da regência de sua atividade, garantindo tanto ao Ministério

⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense. 2021. p. 39.

⁵⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º, incisos XXXVII e LIII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁵⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 127

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense. 2021. p. 39.

⁶⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 50.

⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 363.

Público como ao acusado, que suas pretensões sejam apreciadas de forma isenta, impessoal, não havendo nenhuma predileção por nenhuma das partes.⁶²

Não é à toa que o próprio Código de Ética da Magistratura Nacional aponta que o magistrado imparcial é aquele que “busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito”⁶³, concedendo às partes “igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação”.⁶⁴

Assim, com o objetivo de preservar um julgamento isento de parcialidade, o Código de Processo Penal buscou assegurar uma série de instrumentos e mecanismos processuais que impeçam aquele magistrado parcial de atuar no feito, podendo, nesses termos, utilizar-se de exceções de impedimento e suspeição que ali estão previstas, caso o próprio magistrado não tenha antecipado em abster-se de atuar no processo.^{65 66}

Em consonância ao defendido por Danielle Souza de Andrade, em sua dissertação de mestrado, tem-se que o fato do Ministério Público oferecer a denúncia em desfavor do acusado (artigo 129, inciso I da CF/1988) já auxilia, em muito, a imparcialidade do órgão judicante, notadamente porque, se assim não o fosse, “a experiência demonstra que o juiz que toma a iniciativa de instaurar o processo, o que é típico do sistema inquisitivo, acaba por ligar-se à pretensão, propendendo a decidir favoravelmente a ela”.⁶⁷

Portanto, conforme até elucida Tourinho Filho, “não se pode admitir Juiz Parcial. Se o Estado chamou a si a tarefa de dar a cada um o que é seu, essa missão não seria cumprida, se no processo, não houvesse imparcialidade do juiz”.⁶⁸

⁶² BASTOS, Marcus Vinícius Reis. *Garantias constitucionais de direito processual penal*. Texto da Aula 02 da disciplina Direito Processual Penal 03. Curso de Direito do UniCEUB. Brasília: UniCEUB, 2021.

⁶³ BRASIL. *Código de Ética da Magistratura Nacional, de 18 de setembro de 2008*. Art. 8º. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 25 ago. 2021.

⁶⁴ BRASIL. *Código de Ética da Magistratura Nacional, de 18 de setembro de 2008*. Art. 9º. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 25 ago. 2021.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense. 2021. p. 39.

⁶⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 18.

⁶⁷ SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003. p. 58.

⁶⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 18.

2.2 Princípio da Publicidade dos Atos Processuais

Outro princípio que merece destaque, em especial com o afastamento da estrutura inquisitória, é o princípio da publicidade dos atos processuais que, muito embora não seja uma garantia absoluta, ela visa assegurar, no decorrer de sua fase judicial, o amplo acesso às informações que ali constam, buscando-se evitar assim, certas arbitrariedades que possam vir a ser cometidas, notadamente porque quando “se faz algo errado ou ilegal, quanto menor o número de pessoas que tiverem conhecimento de tal ato, menor será a possibilidade de criticá-lo ou de demonstrar o equívoco do ato abusivo”.⁶⁹

Determinada garantia está inserida tanto no texto constitucional (artigo 5º, inciso LX e artigo 93, inciso IX), bem como é decorrência do contraditório e ampla defesa, fazendo com que se permita, tanto as partes como a terceiros, ter a ciência e a consciência da forma pelo qual o processo se desenvolveu e das razões pelas quais se decidiu em favor de uma das partes.⁷⁰

A adoção de determinado princípio, levando em consideração a crescente vontade em se afastar de algumas atitudes tipicamente inquisitórias, já era, de certa forma, esperado, na medida em que se notava que “os processos secretos são típicos de Estados autoritários”⁷¹ e, com o advento da CF/1988, o Estado brasileiro vinha tentando abandonar tal caráter autoritário, buscando imprimir, sempre que possível, a maior transparência e publicidade aos atos estatais.

Assim, no ordenamento jurídico pátrio, tem-se que a regra geral é a publicidade dos atos processuais, a fim de que “a sociedade perceba que a Justiça não é feita entre quatro paredes”⁷². Contudo, de maneira excepcional, tal princípio pode ser restringido, em especial quando “a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”⁷³.

Nesta última situação, de publicidade restrita, como é exceção à regra, “depende de uma decisão judicial no caso concreto, indicando a ocorrência da situação excepcional prevista em

⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 29.

⁷⁰ BASTOS, Marcus Vinícius Reis. *Garantias constitucionais de direito processual penal*. Texto da Aula 06 da disciplina Direito Processual Penal 03. Curso de Direito do UniCEUB. Brasília: UniCEUB, 2021.

⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 29.

⁷² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 20.

⁷³ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Parte final do art. 5º, inciso LX. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2021.

lei”⁷⁴, de forma que somente às partes e aos seus advogados é que serão assegurados tomar conhecimento do ato praticado, não mais sendo permitido que terceiros estranhos ao processo saibam daquilo que está ocorrendo.

Dessa forma, evitando-se o confinamento de informações os quais podem desaguar em arbítrios ou prepotências do magistrado⁷⁵, a publicidade dos atos processuais traz à tona uma clara postura democrática, assegurando a transparência da atividade jurisdicional⁷⁶, a qual se amolda perfeitamente com a estrutura acusatória que busca assumir o ordenamento processual penal brasileiro.

Nessa esteira, ensina o eminente professor Luigi Ferrajoli que a publicidade:

assegura o controle tanto externo como interno da atividade judiciária. Com base nela os procedimentos de formulação de hipóteses e de averiguação da responsabilidade penal devem desenvolver-se à luz do sol, sob o controle da opinião pública e sobretudo do imputado e de seu defensor. **Trata-se do requisito seguramente mais elementar e evidente do método acusatório.** (grifo nosso).⁷⁷

Portanto, em que pese seja necessária a publicidade dos atos processuais a fim de que se evite abusos ou “qualquer exercício oculto de poder”⁷⁸, tem-se que essa não pode, tampouco deve ser, medida tão exasperada ao longo do processo, tendo em vista que a publicidade, em excesso, pode causar diversas consequências negativas ao acusado (podendo até mesmo violar a presunção de inocência – a qual será tratada mais à frente), bem como ao próprio desenvolvimento do processo. Nesse sentido, vale a reflexão proposta por Badaró:

Se o segredo é um mal que desnatura o processo, **também é preciso tomar cuidado com a exasperação da publicidade processual.** O *strepitus fori* pode causar danos irreparáveis ao acusado e às vítimas. **O forte sensacionalismo pode levar a um seriíssimo comprometimento da serenidade do julgador que, em casos extremos, pode levar à perda da imparcialidade, por força da sugestibilidade e, até mesmo, por que**

⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 30.

⁷⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. v. 2. p. 285.

⁷⁶ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 66.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 567.

⁷⁸ BASTOS, Marcus Vinícius Reis. *Garantias constitucionais de direito processual penal*. Texto da Aula 06 da disciplina Direito Processual Penal 03. Curso de Direito do UniCEUB. Brasília: UniCEUB, 2021.

não se dizer, de verdadeira coação que a mídia pode exercer sobre o julgador (grifo nosso).⁷⁹

2.3 Princípio do *In Dubio Pro Reo* da Presunção de Não Culpabilidade

O princípio do *in dubio pro reo* encontra respaldo em diversos documentos internacionais, tais como Declaração Universal de Direitos Humanos (Artigo 11.1), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Artigo 8.2), no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Artigo 14.2), bem como restou consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, em que nos diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁸⁰

Observando a própria literalidade do inciso o qual positivava a presunção de não culpabilidade, depreende-se que a todo acusado, seja ele portador ou não de maus antecedentes, seja ele reincidente ou não, em face ao crime que está sendo-lhe imputado, deve ser considerado como sendo inocente, até que sua culpa seja declarada por sentença condenatória que tenha o trânsito em julgado.

Arrematando as ideias delineadas, o eminente professor Aury Lopes Jr., ensina que o postulado da presunção de inocência é uma garantia política de todo e qualquer cidadão que vive em um Estado Democrático de Direito, mormente quando este adota, em seu sistema processual penal, a estrutura acusatória, veja:

Como explica Gustavo Badaró, em parecer que elaboramos em coautoria, a “presunção de inocência é a primeira e talvez a mais importante forma de analisar este princípio, é como garantia política do cidadão. A presunção de inocência é, antes de tudo, um princípio político! O processo, e em particular o processo penal, é um microcosmos no qual se refletem a cultura da sociedade e a organização do sistema político. Não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário necessário, a presunção de inocência que é, nas palavras de PISANI, um *‘presupposto implícito e peculiare del processo accusatorio penale’*. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor

⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 32.

⁸⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art. 5º inciso LVII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2021.

eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para a verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e sua autoria.⁸¹

Em verdade, para que se possa afirmar pela culpa do acusado, o juiz deve, por intermédio das provas que constam no processo, coletadas sob o pálio do contraditório judicial, formar livremente a sua convicção, indicando, fundamentadamente, as razões pelas quais entende ser procedente o pleito ministerial.⁸²

A doutrina especializada que aqui se fará referência tem estudado determinado princípio com o enfoque em três dimensões, os quais constituem uma norma de tratamento, uma norma de julgamento e como uma norma probatória.⁸³

Acerca da primeira dimensão, qual seja, a norma de tratamento, tem-se que em decorrência de determinado princípio, o réu merece ser tratado como inocente tanto no âmbito interno, como também no externo. Internamente, cabe ao magistrado o dever de resguardar o estado de inocência do acusado, não sendo permitido que qualquer pessoa, venha a tratá-lo como se culpado fosse.⁸⁴

Em decorrência desse dever de tratamento que deve ser imposto ao acusado, no plano interno do processo, tem-se, por exemplo, uma consequência lógica no sentido de que, se o réu deve ser considerado e tratado como se inocente fosse, “sua prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória implicaria antecipação da pena, e ninguém pode ser punido antecipadamente, antes de ser definitivamente condenado, a menos que a prisão seja indispensável a título de cautela”.⁸⁵

Já no plano externo, em conformidade com a reflexão trazida por Badaró no tópico anterior, exige-se “uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu”.⁸⁶

⁸¹ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 105-106.

⁸² LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal, 17 ed. São Paulo: Saraiva. 2020. p. 107.

⁸³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 24.

⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 25.

⁸⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 29.

⁸⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 110.

Agora, em relação à segunda dimensão, de que a presunção de inocência é uma norma de julgamento, tem-se que essa determinação é dirigida diretamente ao juízo, de forma que, em não havendo elementos suficientes para atestar para além da dúvida razoável, seja a autoria ou a materialidade delitiva, não conseguindo *linkar* determinado delito com a pessoa do acusado, o juiz estará impossibilitado de proferir um decreto condenatório.

Nada mais é do que a concretização dos postulados do *in dubio pro reo* e do *favor rei*. Observe, nesses termos, o posicionamento de Aury Lopes Jr. e Gustavo Badaró:

A presunção de inocência é uma “norma para o juízo”, diretamente relacionada à definição e observância do “*standard probatório*”, atuando no nível de exigência de suficiência probatória para um decreto condenatório.⁸⁷ A “presunção de inocência” também pode ser vista sob uma ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Para a imposição de uma sentença condenatória, é necessário provar, além de qualquer dúvida razoável, a culpa do acusado. Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*.⁸⁸

Por fim, acerca da terceira dimensão, isto é, de que a presunção de inocência atua como se fosse uma norma probatória, tem-se a noção de que, se o réu é inocente, este não necessita provar nada, de modo que incumbe ao acusador comprovar, por intermédio de provas lícitas, a materialidade da infração, em todos os seus aspectos, ou seja, “a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada”.⁸⁹

Não é demais lembrar do posicionamento de Ferrajoli, de que “é ao Ministério Público que cabe o ônus substancial da prova, no sentido de que deve provar a presença de todos os elementos de fato sobre os quais se funda a pretensão punitiva e também a inexistência de qualquer elemento que obste o surgimento dessa mesma pretensão.”⁹⁰

Portanto, depreende-se que, em decorrência do princípio da presunção de inocência, se todo o material probatório colhido durante a persecução criminal, se mostra insuficiente para convencer o magistrado da ocorrência do suposto ilícito, ou então de sua autoria, não poderá

⁸⁷ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 111.

⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 24.

⁸⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 108.

⁹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 84.

ele diligenciar, ativamente em busca de novas provas, pois, se assim o fizer, irá, por certo, beneficiar a acusação⁹¹, notadamente porque para absolver o demandado, não há a necessidade de qualquer prova, mas sim, de sua ausência, sendo imperioso que seja absolvido o réu.⁹²

2.4 Princípio da Busca da Verdade Real

Ademais, o princípio da busca da verdade real, muito embora seja tratada por parte da doutrina como sendo um “mito”, “deve tender à averiguação e descobrimento da verdade real, da verdade material, como fundamento da sentença”⁹³, não sendo suficiente se contentar com a mera verdade formal para que seja justificado o direito do punir estatal.

Em verdade, conforme assevera Tourinho Filho, apesar de muitos entenderem que com esse princípio busca-se alcançar uma verdade verdadeira, ele compreende que, com tal postulado, somente se confere ao juiz penal (se compararmos ao juiz não penal) mais “poderes para coletar dados que lhe possibilitem, numa análise histórico-crítica, na medida do possível, restaurar aquele acontecimento pretérito que é o crime investigado”.⁹⁴

Antigamente, com o intuito de se buscar a verdade dos fatos, conferia-se ao magistrado amplos poderes de instrução para que, em razão de estar se discutindo a liberdade de um indivíduo, fosse assegurado a descoberta da verdade. Este princípio está pautado na premissa de que o Estado conseguiria alcançar a reconstrução dos fatos, na forma em que eles aconteceram, para somente assim, julgar a pretensão estatal.⁹⁵

Nas palavras de Renato Brasileiro Lima, a busca da verdade real é algo que não se consegue atingir, quando muito se terá “uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos. Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real”.⁹⁶

⁹¹ Nesse sentido: JUIZ não pode iniciar inquirição de testemunhas em processo penal, diz STF. *Conjur*, 06 abr. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/juiz-nao-iniciar-inquiricao-testemunhas-processo-penal-stf?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁹² COSTA, Thiago Chagas da. *Iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório*. 2010. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010. p. 51.

⁹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17.

⁹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17.

⁹⁵ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 70.

⁹⁶ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 70.

Isto porque, com base na experiência passada, muitas provas eram obtidas ilicitamente, na medida em que conferir ao magistrado intensos poderes para a produção destas, a pretexto de atingir a verdade material, era confundido em poder se valer de arbitrariedades para obter o elemento probatório pretendido, o que, nos dias atuais, encontraria óbice no artigo 5º, inciso LVI da CF/1988, bem como no artigo 157 do CPP.

2.5 Princípio da Proibição da Proteção Penal Deficiente

Por fim, em um certo contraponto aos princípios aqui delineados, mas que também se mostra de suma importância, é o princípio da proibição da proteção penal deficiente, em especial quando a CF/1988 assegura o direito à segurança e de ser eficazmente protegido pelo Estado. Este princípio está cada vez mais em pauta nos dias atuais, notadamente em virtude das bandeiras políticas que tem sido levantadas, bem como a constatação de que os dados acerca da violência encontram-se em franco crescimento na sociedade brasileira.⁹⁷

Nesse sentir, ao se referir ao crescimento da violência e da impunidade nos últimos tempos, Fabretti assevera que “uma das únicas certezas da sociedade contemporânea é a insegurança generalizada, representada pelo medo do presente e pela incerteza em relação ao futuro.”⁹⁸, de forma que, diante do próprio texto constitucional, o Estado, por intermédio do Direito Penal, deveria conferir uma resposta às pretensões sociais acerca da insegurança que permeia a sociedade, seja atuando de forma repressiva ou preventiva.⁹⁹

Fabretti, embasando-se nas lições do professor Canotilho, afirma que o direito à segurança seria um direito fundamental de 1ª, 2ª e 3ª geração, na medida em que a Constituição Federal prevê, respectivamente, um direito contra as arbitrariedades do próprio Estado (artigo 5º, caput), um direito social que impõe ao Estado prestações positivas (artigo 6º, caput) e, no último caso, a segurança estaria numa dimensão mais atrelada à criminalidade (artigo 144,

⁹⁷ CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). *Atlas da Violência 2020*. Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁹⁸ FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Segurança pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1.

⁹⁹ COELHO, Marcia Duarte. Direito fundamental à segurança e o princípio da proibição deficiente: a necessária releitura do art. 152, CPP. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, v. 2, n. 2, p. 399-419, 2016. p. 7

caput), ocasionando, por consequência, uma função de defesa, de prestação social e de proteção perante terceiros, respectivamente.¹⁰⁰

Assim, tem-se que o princípio da proibição da proteção penal deficiente, em verdade, decorre do direito fundamental da segurança. Nesses termos, observe as considerações de Gilmar Mendes:

A concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), **mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)**.

A forma como esse dever será satisfeito constitui tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de ampla liberdade de conformação.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, **mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros** (grifo nosso).¹⁰¹

Em verdade, conforme elucidada Lênio Streck, para que o princípio em debate possa ser eficiente materialmente, o Estado deve atuar especialmente em dois sentidos, a saber, uma primeira via positiva de atuação, propiciando uma política integral de proteção dos bens jurídicos que se busca tutelar e, em uma segunda via, de, por intermédio do poder legislativo, criando condutas proibidas penalmente¹⁰², tentando-se alcançar o mais perto o possível da paz social.

No que diz respeito à segunda forma de atuação, isto é, de que o Estado deve normatizar certas condutas e prevê-las como sendo um fato típico, nota-se que essa previsão normativa deve estar acompanhada do princípio da proporcionalidade, pois, de forma exemplificativa, de nada adiantaria realizar uma previsão criminosa se a sanção fosse muito branda. Confira:

¹⁰⁰ COELHO, Marcia Duarte. Direito fundamental à segurança e o princípio da proibição deficiente: a necessária releitura do art. 152, CPP. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, v. 2, n. 2, p. 399-419, 2016. p. 7

¹⁰¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual da Presidência*, Brasília, v. 2, n. 13, p. 1-8, 1999. p. 5.

¹⁰² STRECK, Lênio Luiz. O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? *Jus*, jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>. Acesso em: 24 ago. 2021.

Feldens (2008, p. 226) exemplifica possíveis casos de aplicabilidade do mencionado princípio: “pensemos, v.g, na hipótese de despenalização do homicídio ou na sua penalização por meio de sanções exclusivamente pecuniárias”. De fato, posturas legislativas que viessem nesse sentido, ou ainda, por exemplo, no sentido de descriminalizar o estupro ou o roubo com resultado morte (latrocínio) seria quer uma ofensa ao dever estatal de proteção, quer uma maneira não eficaz e adequada (= desproporcional) de proteger bens jurídicos resguardados pela Constituição.¹⁰³

Assim, determinado princípio, na área processual penal pode ser compreendido como sendo um dever do Estado em “levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança”¹⁰⁴, de forma que se realizaria um processo penal no qual tenta imprimir uma maior eficiência ao direito fundamental da segurança.¹⁰⁵

¹⁰³ COELHO, Marcia Duarte. Direito fundamental à segurança e o princípio da proibição deficiente: a necessária releitura do art. 152, CPP. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, v. 2, n. 2, p. 399-419, 2016. p. 13

¹⁰⁴ FISCHER, Douglas. *O que é o garantismo penal (integral)?* 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 40.

¹⁰⁵ COELHO, Marcia Duarte. Direito fundamental à segurança e o princípio da proibição deficiente: a necessária releitura do art. 152, CPP. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, v. 2, n. 2, p. 399-419, 2016. p. 17

3 O DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O direito à prova, independentemente do ramo em que se está estudando, mostra-se de crucial análise, tendo em vista que é por meio dos elementos probatórios que o órgão julgador irá cotejar os fatos existentes na demanda e justificar a sua decisão. Assim, se mostra relevante e necessário o estudo da prova no âmbito do processo penal, notadamente porque a discussão de uma lide penal gira em torno de um direito indisponível, isto é, a liberdade do indivíduo.

Desta forma, importante que seja demarcado o conceito de prova, sua finalidade, se existe alguma limitação quanto ao objeto desta, bem como quem detém do ônus de produzi-la, o que nos leva a questionar se algumas disposições do Código de Processo Penal estão em consonância – ou não –, com a estrutura acusatória adotada pelo CPP, isto é dizer, o juiz ainda pode ser o gestor da prova coletada em sede de instrução? Pode ele, ainda, em uma ilusória tentativa de se alcançar a verdade real, mitigar prerrogativas defensivas, como do contraditório e ampla defesa, deixando de ser um terceiro desinteressado, ou seja, revertendo-se a uma posição de parcial?

3.1 O Conceito da Prova no Processo Penal

Conforme ensina o ilustre professor Tourinho Filho, “provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la”.¹⁰⁶ As provas nada mais são do que os meios pelos quais se tentará transparecer a ocorrência de determinado fato passado (crime) ao juiz, o qual deverá proferir uma sentença. Conforme ensina Aury Lopes Jr., “o juiz é, por essência, um ignorante: ele desconhece o fato e terá de conhecê-lo através da prova”.¹⁰⁷

Desta forma, é por meio da prova que irá conseguir se extrair o convencimento psicológico do juiz, em que este irá tomar conhecimento dos fatos imputados em desfavor do acusado, formará a sua convicção acerca dos elementos necessários para justificar a sua decisão, legitimando-a, de forma fundamentada, na sentença.^{108 109}

¹⁰⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 514.

¹⁰⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 384.

¹⁰⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 386.

¹⁰⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 515.

Contudo, por mais que o legislador não tenha elencado um rol taxativo para aferir quais provas podem ser utilizadas no processo criminal, deve-se ter em mente que nem todo e qualquer elemento de prova pode ser admitido para justificar a pretensão punitiva estatal, deve haver uma certa limitação quanto ao objeto da prova, eis que alguns elementos podem vir a ferir preceitos protegidos pela constituição ou pela legislação ordinária, tais quais a moralidade, dignidade da pessoa humana ou até mesmo se elas forem produzidas em desacordo com aquilo que preceitua a legislação concernente.¹¹⁰

Assim, existe uma certa limitação no que diz respeito ao objeto da prova, isto é, o que pode ser considerado como elemento apto e idôneo a justificar uma decisão do órgão julgador. Isto nada mais é do que uma decorrência da Constituição Federal (artigo 5º, inciso LVI), bem como o Código de Processo Penal (artigo 157), em que tratam como inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos. Como exemplo, vale citar a prova obtida através de “busca domiciliar sem mandado judicial, escuta telefônica sem autorização da autoridade judiciária competente, obtenção de confissões mediante toda sorte de violência”.¹¹¹

De mais a mais, por decorrência lógica da inadmissibilidade da prova ilícita, tem-se também que as provas derivadas das ilícitas também não podem ser aceitas em um processo criminal, salvo se obtidas por fonte independente, se a sua descoberta era inevitável, ou se advindas em decorrência da teoria do nexo causal atenuado, as quais constituem verdadeiras exceções à regra.

3.2 A Repartição do Ônus da Prova no Processo Penal

Assim sendo, diante do cenário exposto, da importância que é conferida à prova dentro do processo penal, tem-se a redação da primeira parte do artigo 156 do CPP, aduzindo que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”¹¹², nos levando a duas posições doutrinárias.

A primeira diz respeito ao ônus compartilhado entre acusação e defesa, de que ambas as partes irão deter desse ônus de produzir a prova, ao passo em que a segunda posição nos traz

¹¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 518.

¹¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 523.

¹¹² BRASIL. *Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Art. 156 do Código de Processo Penal, primeira parte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

a ideia de que o Ministério Público, em decorrência de ser o titular da ação penal pública (artigo 129, inciso I da CF/1988), deverá expor na denúncia o fato criminoso “com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”¹¹³, devendo, nesses termos, diligenciar e produzir toda a prova para embasar sua acusação, sendo este ônus exclusivo da parte que acusa.¹¹⁴

Aderindo ao segundo posicionamento, entende-se que aquele que promove a acusação, seja a ação penal pública ou a ação penal privada (Ministério Público ou querelante) deterá do ônus de produzir a prova da acusação, isto é, deverá indicar elementos suficientes a fim de auxiliar no convencimento do órgão julgante, de que determinado cidadão teria praticado determinada conduta incriminadora.

É o que ensina Tourinho Filho, na medida em que “a regra concernente ao *ônus probandi*, ao encargo de provar, é regida pelo princípio *actori probatio* ou *ônus probandi incumbit ei qui asserit*, isto é, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada”.¹¹⁵

Inclusive, um dos motivos pelos quais aderiu-se ao segundo entendimento se deu em razão da presunção de não culpabilidade (artigo 5º, inciso LXI da CF/1988), pois, se o demandado é considerado presumivelmente inocente, nada mais lógico que, se alguém tenta imputar-lhe uma prática delitativa, que o acusador demonstre, por intermédio de provas que vão para além da dúvida razoável, o cometimento deste crime.

Nestes termos, ensinam os eminentes professores Eugênio Pacelli, Tourinho Filho e Aury Lopes Jr.:

Entretanto, o nosso processo penal, por qualquer ângulo que se lhe examine, deve estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas.

Afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este

¹¹³ BRASIL. *Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Art. 41 do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

¹¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 677.

¹¹⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 524.

caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria (grifo nosso).¹¹⁶

Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. **Se o réu goza de presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer a parte *objecti*, quer a parte *subjecti*, deve ficar a cargo da acusação** (grifo nosso).¹¹⁷

É importante recordar que, no processo penal, **não há distribuição de cargas probatórias, senão atribuição ao acusador, ou seja, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador**, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória (denúncia ou queixa), mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência (grifo nosso).¹¹⁸

E mais! Na medida em que se impõe o ônus ao órgão acusador de provar a existência do crime, bem como sua autoria, parcela da doutrina afirma que à defesa “não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*)”.¹¹⁹

Assim, é certo que, diante do sistema da persuasão racional, o qual confere total liberdade ao magistrado na apreciação dos elementos probatórios constantes dos autos, desde que fundamente a sua decisão, a atuação na produção de provas não é uma tarefa fácil, de forma que as partes deverão auxiliar e propiciar ao magistrado um cenário em que permitirá valorá-las de acordo com os seus respectivos interesses. Nada mais é do que um efeito do princípio dispositivo, o qual funda o sistema acusatório e confere a gestão da prova nas mãos das partes.¹²⁰

E tal tarefa não pode ser tida como fácil, justamente porque, como corolário da própria presunção de inocência, mais especificamente no que diz respeito ao espectro da “regra de tratamento”, explicada anteriormente, a prova para consubstanciar uma condenação deve atingir um grau mínimo de confiabilidade, credibilidade, “avais” mínimos que se deve ter para legitimar determinada sentença condenatória.¹²¹

¹¹⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 341.

¹¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 525.

¹¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 408.

¹¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020, p. 407.

¹²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020, p. 400.

¹²¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020, p. 396.

Aury Lopes Jr. ainda ensina que, segundo a matriz teórica anglo-saxã, o critério mais importante para se aferir a suficiência da prova é que ela deve estar para além da dúvida razoável, isto é, “a prova deve ser suficiente para avaliar a conclusão no grau exigido. Deve ser uma prova robusta e que seja além de qualquer dúvida razoável”.¹²²

Logo, na medida em que “não só não incumbe ao réu nenhuma carga probatória, mas também no sentido de que para condená-lo é preciso prova robusta e que supere a dúvida razoável”¹²³, não se pode admitir nenhuma condenação nos casos em que inexistam prova robusta, apta e suficiente para apontar o cometimento do crime, bem como de seu respectivo autor, devendo, na presença da dúvida, a medida a ser imposta ser a da absolvição.

Contudo, poderia o magistrado, ao verificar que inexistem uma determinada prova nos autos do processo, suprir a falta desta, tomando como base a busca da verdade real e dispor de faculdades instrutórias para buscar determinado elemento informativo a fim de integrar seu convencimento?

3.3 Iniciativa Probatória do Magistrado – Limites da Atividade Instrutória

No que tange à iniciativa probatória do magistrado, importante que seja inicialmente estipulado em qual momento estar-se-á analisando a sua atuação, isto é, se estamos verificando perante o âmbito das investigações e diligências policiais, ou se já foi adentrado no processo criminal propriamente dito.

Ponto em comum que deve perseverar em ambas as fases é a atuação do magistrado que sempre deverá estar de acordo com um “modelo democrático, cujo núcleo (gestão da prova), vinculado ao seu princípio informador – dispositivo –, orientará uma atividade judicial imparcial, quer durante a fase investigatória, quer durante a fase judicial, respeitando-se, assim, o contraditório e a ampla defesa, na busca limitada da verdade processual, jamais real”.¹²⁴

A respeito da iniciativa probatória antes de iniciada a ação penal, tem-se o artigo 156, inciso I do CPP, em que possibilitava, ainda que de ofício, “a produção antecipada de provas

¹²² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 396-397.

¹²³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 397.

¹²⁴ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 106.

consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”.¹²⁵.

Neste ponto, diante da adoção, implícita, da estrutura acusatória (artigo 129, inciso I da CF/1988) e agora, mais recente com a sua adoção pelo artigo 3º-A do CPP (muito embora esteja com sua aplicação suspensa *sine die quo*), tem-se que as ações que o magistrado pode tomar não podem mais se dar de ofício, sua atuação deve ser mais comedida, mais limitada, não sendo mais um protagonista na fase investigativa, conforme se verificava na estrutura inquisitiva. Esses papéis, agora, pertencem a autoridade policial e ao Ministério Público.¹²⁶

O que se verifica, diante da expressa previsão da estrutura acusatória, é o condicionamento da atuação do magistrado ao prévio requerimento da autoridade policial e Ministério Público, atuando como um verdadeiro garantidor das regras pré-instituídas, eis que essa seria uma medida eficaz para se resguardar a sua imparcialidade.¹²⁷ Isso não quer dizer que o magistrado não possa determinar uma busca domiciliar, interceptação telefônica ou eventual segregação cautelar enquanto existe a investigação policial, ele pode, mas, para tanto, se mostra imprescindível que haja um requerimento ou um pedido da autoridade competente.

Em verdade, conforme se delineará no momento oportuno, verifica-se que houve uma verdadeira revogação tácita do artigo 156, inciso I do CPP, na medida em que, ao adotar a estrutura acusatória do processo penal, determinado regramento o qual conferia maior liberdade instrutória ao magistrado, quedou-se por ir de encontro a preceitos entabulados pela Constituição Federal, o que poderia vir a malferir o devido processo legal.

De outra banda, uma vez oferecida a denúncia e recebida pelo juízo, ao longo da instrução judicial, segundo interpretação literal do artigo 156, inciso II do CPP, o magistrado

¹²⁵ BRASIL. *Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Art. 156, inciso I do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

¹²⁶ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 107.

¹²⁷ “A partir do momento em que uma mesma pessoa concentra as funções de investigar e colher as provas, estará comprometido a priori com a tese da culpabilidade do acusado. Com efeito, se o magistrado tomou a iniciativa de determinar, de ofício, a realização de um ato investigatório, mesmo antes do início do processo penal, já indica, por si só, estar ele procurando uma confirmação para alguma hipótese sobre os fatos, é dizer, estar ele se deslocando daquela posição de imparcialidade decorrente da sua posição de terceiro para uma posição parcial, não mais alheia aos interesses da acusação ou da defesa.” LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 107.

pode, de ofício, “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.¹²⁸

Este inciso busca traduzir e conferir ao magistrado poderes instrutórios no curso do processo¹²⁹, de caráter subsidiário, eis que estaria o magistrado autorizado a produzir a nova prova diante de um ponto relevante que surgiu quando da valoração de uma prova já produzida em juízo. Acerca do tema, a doutrina se divide em duas correntes, a primeira que entende pela possibilidade, e a segunda que entende pela impossibilidade de tal atuação do magistrado.

A fim de discutir pela (im)possibilidade de tal atuação, as balizas aqui utilizadas irão se lastrear em uma análise com enfoque nos princípios da busca da verdade real, imparcialidade do julgador e princípio da proibição da proteção penal deficiente.

Aqueles que não se opõe à produção das provas pelo magistrado, embasam-se, primeiramente, no postulado da busca da verdade real, em que, uma vez fundamentando os motivos pelos quais ele (o magistrado) entende por ser pertinente determinada prova, e possibilitada às partes realizar o contraditório sobre a prova produzida¹³⁰, inexistiria qualquer traço de ilegalidade em sua atuação.

Para esses autores, a busca da verdade real (a qual possibilita uma maior gestão de provas pelo magistrado), encontra-se em consonância com o modelo acusatório, possibilitando uma maior ingerência do magistrado quando da atuação da prova.

Ada Pellegrini Grinover, entendendo que um maior grau de ingerência na instrução probatória por parte do juiz não iria malferir a estrutura acusatória, adota a concepção publicista de processo penal, aduzindo que, “quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social”¹³¹, sendo essa, inclusive, uma função do Estado, notadamente porque se a norma de Direito material penal foi

¹²⁸ BRASIL. *Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Art. 156, inciso II do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

¹²⁹ Ao longo do Código de Processo Penal, pode-se verificar outras previsões normativas no mesmo sentido, isto é, de conceder ao juiz poderes instrutórios ao longo do processo, tais quais o art. 127, art. 196, art. 209, caput e seu §1º, art. 234, art. 241, art. 242 e art. 366, todos do CPP.

¹³⁰ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 109.

¹³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1999. p. 18.

criada com o especial fim de assegurar a sociedade de suas objetividades jurídicas, deveria, o Estado, zelar que, se um particular infringi-la, a norma processual, tenha seu cumprimento efetivado.

Ora, para essa corrente, tendo como base esse princípio, se a partir do cometimento de um fato criminoso, surge ao Estado o direito indisponível de punir o suposto infrator do crime, nada mais justo que os sujeitos processuais (inclusive o magistrado), busquem ferramentas para obter elementos suficientes a asseverar a “verdade verdadeira” dos fatos, ou seja, buscar entender o que realmente aconteceu quando da dinâmica fática.

Dessa forma, acaba por enaltecer uma posição ativa do magistrado, determinando a produção de provas, sempre que necessário, pois, a partir do momento em que o magistrado diligenciar elementos probatórios visando atingir a verdade dos fatos, de modo incontestado chegará mais ao encontro de uma parcela desta, beneficiando nesses termos a sociedade.¹³²

E essa atuação ativa, segundo Ada Pellegrini Grinover e Gustavo Badaró, não viola a imparcialidade do julgador, pois:

A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos.¹³³

Um juiz ativo não é parcial, mas apenas um juízo atento aos fins sociais do processo, e que busca exercer sua função de forma a dar ao jurisdicionado a melhor prestação jurisdicional possível.¹³⁴

E, nesses termos, realizando uma leitura do próprio artigo 156, inciso II do Código de Processo Penal, o egrégio Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de que “embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos

¹³² GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1999. p. 18.

¹³³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1999. p. 19.

¹³⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 83.

interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade”.¹³⁵

Determinado posicionamento parece ter sido adotado em ambas as turmas que tratam acerca de Direito Penal, bem como pelo egrégio Supremo Tribunal Federal:

Ademais, é facultado ao d. Magistrado, considerando determinada prova como indispensável para a causa, determinar a realização de diligências, mesmo que de ofício, conforme preceitua o art. 156, II, do Código de Processo Penal; tudo, em decorrência dos princípios da busca da verdade real e do impulso oficial - o que afasta as teses defensivas de violação ao sistema acusatório e de imparcialidade do juízo.

(STJ, AgRg no HC 656.920/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 31/05/2021) (grifo nosso).¹³⁶

O art. 156, II, do CPP - que faculta ao magistrado determinar, de ofício, a realização de diligências - não implica afronta ao princípio acusatório, nem lhe imprime parcialidade, apenas confere ao juiz da causa instrumento útil à busca da verdade real (AgRg no REsp n. 1.622.310/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 24/5/2018). (STJ, AgRg no RHC 132.769/PE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020) (grifo nosso).¹³⁷

Segundo entendimento desta Corte Superior, por força do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, pode o juiz, com observância do contraditório e da ampla defesa, determinar a produção de prova que considere indispensável para a solução do caso concreto, sem que isso caracterize ofensa ao sistema acusatório.

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *AgRg nos EDcl no AREsp 1205005/SP*. PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1) OMISSÃO A RESPEITO DE VIOLAÇÃO AO ART. 399, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CPP. REDISCUSSÃO. 2) ADOÇÃO DE PREMISSAS A RESPEITO DA DISPONIBILIDADE DA MAGISTRADA INSTRUTORA PARA PROLAÇÃO DE SENTENÇA [...]. Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 25/05/2021, DJe 31/05/2021. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=AGRG+EDCL+ARESP+1205005&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 25 ago. 2021.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *AgRg no HC 656.920/RS*. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE NA ORIGEM. [...]. Relator: Ministro FELIX FISCHER, julgado em 18/05/2021, DJe 31/05/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=agr+hc+656920. Acesso em: 26 ago. 2021.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). *AgRg no RHC 132.769/PE*. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. DETERMINAÇÃO DE DILIGÊNCIA, DE OFÍCIO, PELO JUÍZO PROCESSANTE. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. [...]. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 26 ago. 2021.

(STJ, AgRg no REsp 1497068/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 04/12/2015) (grifo nosso).¹³⁸

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 CPP).

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.

(STF, HC 121689, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 30-05-2014 PUBLIC 02-06-2014)¹³⁹

Outro artigo do Código de Processo Penal que gera, também, uma certa discussão a respeito da posição do magistrado quando da produção probatória é o artigo 209 do CPP, em que permite, quando o juiz julgar necessário, “ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”.¹⁴⁰

Sobre o espírito do artigo acima referido, não há dúvidas acerca de sua inspiração no princípio da busca da verdade real e do impulso oficial, eis que confere ao juiz a possibilidade de se proceder à oitiva das testemunhas que ele julga serem imprescindíveis para se alcançar a dita verdade, ocasião em que pode, a seu critério, avaliar a importância da oitiva dessas testemunhas e assim, ouvi-las, notadamente porque é ele, o magistrado, o destinatário da prova. Confira o posicionamento do STJ:

O rol de testemunhas deve ser apresentado pela defesa na resposta à acusação, sob pena de preclusão, nos termos do art. 396-A do Código de Processo Penal. Contudo, poderá o magistrado ouvir outras testemunhas além daquelas indicadas pelas partes, desde que julgue necessário, conforme previsão estabelecida no art. 209 do Código de Processo Penal. (HC 393.172/RS,

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). *AgRg no REsp 1497068/RS*. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 156 DO CPP. JUIZ SINGULAR. REQUISICÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO ACUSATÓRIO. INEXISTÊNCIA. [...]. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 17/11/2015, DJe 04/12/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 26 ago. 2021.

¹³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). *HC 121689/DF*. 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. [...]. Relator: Ministro LUIZ FUX, julgado em 13/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 30-05-2014 PUBLIC 02-06-2014. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=hc%20121689&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 26 ago. 2021.

¹⁴⁰ BRASIL. *Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Art. 209 do Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 06/12/2017). Veja-se, ainda: HC 202.928/PR, Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 8/9/2014. (STJ, AgRg no RHC 78.065/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 12/09/2019) (grifo nosso)¹⁴¹

Verificada a preclusão no arrolamento de testemunhas, **possível ao Magistrado, nos termos do artigo 209 do CPP, proceder à oitiva daquelas como testemunhas do juízo, desde que considere suas declarações imprescindíveis à busca da verdade real**, não constituindo, entretanto, direito subjetivo da parte. No caso, o Magistrado considerou que a referida prova mostrava-se desnecessária, o que afasta o apontado constrangimento ilegal. (STJ, HC 367.789/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017) (grifo nosso)¹⁴²

Entretanto, em nítido contraponto a tal posicionamento, Aury Lopes Jr., enuncia que, a fim de resguardar a estrutura acusatória do processo penal, onde separa-se as funções de acusar e julgar em órgãos distintos, merece que, para não se violar determinado modelo, é necessário que ao longo da instrução processual, o juiz se abstenha de tomar uma posição ativa, sendo mero expectador inerte, incumbindo ao Ministério Público a produção da prova, notadamente porque, no sistema acusatório, “a verdade não é fundante (e não deve ser), pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão/poder de revelar uma verdade. Logo, com muito mais facilidade o processo acusatório assume a sentença como ato de convencimento, a partir da atividade probatória das partes, dirigida ao juiz”.¹⁴³

E continua! A “busca da verdade real”, nada mais é do que um mito, situação em que o magistrado, em um processo acusatório “deve conformar-se com a atividade probatória incompleta das partes. Não se lhe autoriza a descer para a arena das partes e produzir (de ofício)

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *AgRg no RHC 78.065/SP*. AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABERTURA DE VISTA PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS A DEFESA PRELIMINAR [...]. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 03/09/2019, DJe 12/09/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=AGRG+RHC+78065&b=ACOR&p=false&l=10&i=7&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 26 ago. 2021.

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *HC 367.789/SP*. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA E ROUBO MAJORADO [...]. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+367789&b=ACOR&p=false&l=10&i=6&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 26 ago. 2021.

¹⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 315.

provas nem para colaborar com a acusação nem para auxiliar a defesa. Ele não pode é “descer” na estrutura dialética, nem para um lado nem para o outro”.¹⁴⁴

Em verdade, não se pode a todo custo produzir uma prova que não tenha sido solicitada pelas partes, isto é, “a decisão judicial não é a revelação da verdade (material, processual, divina, etc.) mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo”¹⁴⁵, de forma que, caso exista alguma dúvida sobre ponto relevante acerca de determinada questão posta em discussão nos autos, colocando em dúvida se o acusado teria praticado ou não determinado ato a que lhe é imputado, o magistrado deve proceder ao que preza o princípio do favor rei e não realizar a produção daquela prova de ofício, notadamente porque adotou-se a estrutura acusatória do processo penal.

Não é à toa que o eg. STJ já se manifestou no sentido de que “a avaliação do acervo probatório deve ser realizada balizada pelo princípio do *favor rei*. Ou seja, remanescendo dúvida sobre a responsabilidade penal do acusado, imperiosa será a sua absolvição, tendo em vista que sobre a acusação recai o inafastável ônus de provar o que foi veiculado na denúncia”.¹⁴⁶

Nesse sentido, trazendo à tona a desigualdade existente entre o Ministério Público e o acusado aponta Renato Brasileiro Lima no sentido de reconhecer a aplicação do *favor rei*:

No entanto, a realidade demonstra, de maneira incontestável, que esta igualdade não existe, notadamente em sede processual penal. Afinal, **de um lado geralmente está o Ministério Público**, titular da ação penal pública, com todo seu poder e aparato oficial, sendo auxiliado por outro órgão estatal – Polícia Judiciária –, **que municia o dominus litis com os elementos de informação necessários ao oferecimento da denúncia**. Do outro lado coloca-se **o acusado**, invariavelmente num **plano de inferioridade, até mesmo por conta do caráter seletivo do direito penal**. Por isso, **não basta uma mera igualdade formal**. Há de ser buscada uma igualdade substancial por meio da criação de mecanismos processuais capazes de reequilibrar tamanha desigualdade, permitindo que o acusado possa desenvolver sua defesa em paridade substancial de armas com a acusação.

¹⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 104.

¹⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal, 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 315.

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). *AgRg no HC 586.513/SP*. AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. LASTRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006 [...]. Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, julgado em 01/09/2020, DJe 04/09/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=AGRG+HC+586513&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 25 ago. 2021.

[...]

São diversos os exemplos de mecanismos postos à disposição exclusiva da defesa na busca de equilibrar os pratos da balança com a acusação: recursos privativos da defesa, como os embargos infringentes; **regra de interpretação da prova do *in dubio pro reo*; absolvição por falta de provas** (grifo nosso).

¹⁴⁷

Portanto, tendo em vista que o modelo acusatório de processo penal assevera uma série de garantias ao acusado e prerrogativas que merecem ser observadas, a busca da verdade real mostra-se em dissonância com a estrutura adotada, estando muito mais próxima do sistema inquisitório, onde eram realizadas práticas, inclusive ilícitas, para a obtenção da “verdade” dos fatos, fato este hoje rechaçado pelo modelo atualmente adotado.¹⁴⁸

Já no que tange à segunda baliza que poderia ser comprometida, isto é, a imparcialidade do julgador, para os adeptos de que a produção da prova pelo juiz não iria tornar o juiz mais parcial, parte da doutrina entende que é impossível o magistrado ter ciência de quem essa prova irá aproveitar, se será mais benéfica para a acusação ou se para a defesa.

E complementam dizendo que, “se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a realização de uma prova poderia eliminar sua incerteza e não determina sua produção, aí sim estará sendo parcial, porque sabe que, ao final, sua abstenção irá beneficiar a parte contrária àquela a quem incumbirá o ônus daquela prova”.¹⁴⁹

Sustentando também que não há a quebra da imparcialidade quando se verifica a atuação ativa do juiz na instrução da lide penal, Ada Pellegrini Grinover enaltece tal posicionamento do magistrado determinando a produção de provas, sempre que necessário, notadamente porque parte da premissa de que “ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento”.¹⁵⁰

¹⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 717.

¹⁴⁸ “O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor).” LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*, 13 ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 312.

¹⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 83.

¹⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1999. p. 18.

E essa atuação, segundo a autora, não viola a imparcialidade do julgador, desde que tal iniciativa se dê em “rigorosa observância do contraditório, da obrigatoriedade de motivação, estando dentro dos limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas”¹⁵¹, observe:

A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos.¹⁵²

Sendo esses os principais argumentos daqueles que entendem pela possibilidade da atuação do magistrado na gestão da prova, agindo sempre de maneira subsidiária na produção desta, complementando aquilo trazido pelas partes, a outra parcela da doutrina não admite que o órgão judicante atue *ex officio*, nem mesmo para complementar ou esclarecer ponto relevante que adveio da prova já produzida, sob pena de malferimento da estrutura acusatória do processo penal, bem como de sua imparcialidade.

É que para os adeptos de que a iniciativa instrutória do magistrado colocaria em xeque a sua imparcialidade, sobressai o argumento de que “considerando que no processo penal a atribuição da carga probatória é inteiramente do acusador (pois – como já ensinava James Goldschmidt – não existe distribuição de carga probatória, mas sim “atribuição” ao acusador, pois a defesa não tem qualquer carga probatória, pois marcada pela presunção de inocência), qualquer invasão nesse terreno por parte do juiz representa uma “substituição da atuação probatória do acusador”¹⁵³, de forma que, a depender da prova que estaria se produzindo, a razão pela qual está sendo solicitada significaria, ainda que precocemente, uma concepção a respeito da causa que poderia infirmar a quebra de sua imparcialidade.

¹⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1999. p. 20.

¹⁵² GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1999. p. 19.

¹⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 103.

Nas palavras de Giacomolli, o juiz estaria “retirando a sua toga de terceiro e vestindo a da acusação, sepultando o *in dubio pro reo* e a prestação da tutela jurisdicional criminal efetiva, com a observância do devido processo penal, pela contaminação da parcialidade”.¹⁵⁴

Por mais isento, imparcial e equidistante que o magistrado venha tentar ser das partes, a partir do momento em que ele busca produzir determinada prova *ex officio*, de maneira automática, este já colocou alguma hipótese sobre o acontecimento fático em questão em detrimento de outras que possam vir a surgir e, ainda que de maneira inconsciente, buscará elementos para respaldar a sua hipótese, “superestimando novas informações que possam confirmá-la, ao mesmo tempo em que tenderá a subestimar outras que a contrariem”¹⁵⁵, afastando-se, dessa maneira, da equidistância necessária das partes, maculando a sua imparcialidade, colocando em xeque o devido processo legal.

Portanto, no que tange à segunda baliza (imparcialidade do magistrado), ao cotejar os dois entendimentos acerca deste princípio e a possibilidade com a produção da prova, verifica-se a necessidade de uma atuação mais comedida por parte do magistrado, evitando-se produzir, a qualquer custo, certos elementos probatórios, pois, por mais que não saiba a quem irá beneficiar, se acusação ou defesa, a produção probatória não é uma atribuição do julgador, devendo-se evitar que ele assim atue.

E, no que tange a terceira baliza aqui instituída, mesmo que se entenda pela proibição da proteção penal deficiente como um limitador que possa vir a originar uma série de atuações do Estado em prol da sociedade (conforme tratado no capítulo 2.5), no âmbito do processo penal, entendo que esse princípio não pode ser entendido como preponderante frente a uma série de outras balizas no ordenamento jurídico, em especial quanto a atuação do magistrado na instrução do processo.

Isto porque, diante dos outros princípios aqui já delineados, tem-se que o juiz não pode adotar uma posição ativa na produção da prova, assumindo um papel de protagonista, notadamente quando se tem uma estrutura acusatória e uma série de outros preceitos e garantias fundamentais que devem ser asseguradas ao demandado, de forma, ao longo do processo, elas

¹⁵⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 285.

¹⁵⁵ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 111.

se mostram colidentes, não podendo que as últimas sejam sobrepostas ao princípio da proibição da proteção penal deficiente.

Nesses termos, ao cotejar os argumentos prós e contras acerca dos incisos do artigo 156 do CPP, bem como do artigo 209 do mesmo diploma legal, os quais possibilitam a atuação do magistrado na produção da prova, inclusive de ofício, e a oitiva de testemunhas que o magistrado julgue serem necessárias, entende-se que a leitura que deve ser realizada é aquela com olhos por sua inconstitucionalidade, pois, por mais que pudesse privilegiar a busca de uma verdade mais “perto” daquela que realmente aconteceu, acredito que não deva ser de incumbência do juiz adentrar na colheita de prova, devendo que isso seja uma atribuição do órgão acusador.

Entendendo pela sua inconstitucionalidade e, por consequência, pela impossibilidade de atuação do magistrado nesse âmbito, tem-se que a sua não incumbência acarretaria uma figura mais bem delineada dos atores processuais, com suas funções bem definidas, o que impossibilitaria o malferimento da estrutura acusatória, evitando-se, ou ao menos minimizando, a possibilidade de ferir prerrogativas conferidas ao demandado, primando pelo devido processo legal.

Inclusive porque, “ou a produção de provas é tarefa das partes e se está diante de um modelo acusatório (princípio dispositivo – juiz espectador), ou é do juiz (juiz ator/inquisidor), e se está então diante de modelo diverso, qual seja, o inquisitório. Não há, pois, espaço para um meio-termo”.¹⁵⁶

Em que pese o intuito de determinadas previsões legais seja a de tentar alcançar, ao máximo, a verdade dos fatos, verifica-se que, diante de toda a estrutura que é conferida ao órgão acusador, muitas vezes – senão a maioria –, este detém de todos os instrumentos necessários para que diligencie ou traga ao processo testemunhas para auxiliar no íntimo convencimento do julgador, não podendo este se incumbir de tal função, ainda que o faça de maneira comedida.

E, caso venha o juiz adotar determinada postura, seria o mesmo que desonerar, ligeiramente, as partes do seu ônus probatório, pondo “em risco toda aquela ideia de alheamento

¹⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 106.

aos interesses em jogo inerente à imparcialidade que deve nortear sua atuação, tornando despicienda inclusive a própria existência do órgão acusatório, já que não é tão incomum que se utilize dessa iniciativa probatória supostamente em “favor da sociedade”.¹⁵⁷

No tocante aos incisos I e II do artigo 156, pondera o eminente professor Eugênio Pacelli, no sentido de que “o retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. A inconstitucionalidade é patente”¹⁵⁸, de forma que, em especial durante a instrução judicial, a imparcialidade do julgador, combinado com o princípio acusatório imposto pela CF/1988 e artigo 3º-A, devem nortear a atuação judicial, funcionando como limitadores à gestão da prova realizada pelo magistrado.¹⁵⁹

Em consonância com o aqui defendido, de que a adoção da estrutura acusatória não se compatibiliza com os incisos acima mencionados, os quais possibilitam a iniciativa e gestão da prova pelo magistrado, eis que violaria a imparcialidade do julgador, princípio da não culpabilidade e devido processo legal, Renato Brasileiro Lima aponta que houve a revogação tácita dos dispositivos¹⁶⁰, devendo se expurgar, o quanto antes, essas condutas do ordenamento jurídico, eis que, cada vez mais, este vem tentando se afastar das anteriores previsões legais que mantinham nas mãos do órgão judicante a gestão da prova, passando a deixar, agora, a cargo das partes.

¹⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 112.

¹⁵⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 342.

¹⁵⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2017. p. 343.

¹⁶⁰ “De mais a mais, enquanto se insistir na atribuição de poderes investigatórios ou instrutórios ao juiz das garantias ou da instrução e julgamento, respectivamente, estará mantida nas mãos do magistrado a gestão da prova, logo, preservado todo o sistema inquisitorial do Código de Processo Penal de 1941, em flagrante contradição com a Constituição Federal (art. 129, I) e com a própria redação do art. 3º-A do CPP. Operou-se, pois, a revogação tácita do art. 156, inciso II, do CPP, bem como de todos os demais dispositivos constantes do Código de Processo Penal que atribuíam ao juiz da instrução e julgamento iniciativa probatória no curso do processo penal. É bem verdade que o legislador poderia ter sido mais direto e objetivo, revogando-os expressamente, de modo a privilegiar a técnica e a própria segurança jurídica. Mas tal omissão não impede que se produza uma interpretação sistemática, coerente com o próprio espírito das mudanças produzidas pela Lei n. 13.964/19 e com o sistema acusatório, que sempre repudiou veementemente esta iniciativa probatória no curso do processo judicial. LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 112.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que fora exposto nesta monografia, apreende-se a magnitude do tema analisado, eis que a análise da estrutura do processo penal brasileiro se mostra como um dos pilares para como o desenvolvimento de seus atos deverão ser realizados, tendo diversas consequências, na fase judicial e pré-judicial de uma *persecutio criminis*.

Ao verificar os modelos existentes, ainda mais em razão da previsão legal constante no artigo 3º-A do Código de Processo Penal, somado aos já existentes dispositivos constantes da Constituição Federal de 1988, não há dúvidas de que a intenção do legislador – assim como do constituinte –, foi a de instituir um processo penal mais democrático, privilegiando garantias fundamentais do acusado em detrimento do Estado, mormente quando se verifica, na prática, a disparidade de poderio econômico e aparato oficial disponível entre Ministério Público e defesa, de forma que adotou-se a estrutura acusatória para reger o processo penal.

Em consequência de tal adoção – agora expressa --, há uma separação entre as funções de defender, julgar e acusar, sendo esta última conferida de maneira privativamente ao Ministério Público em casos de ação penal pública (artigo 129, inciso I da CF/1988), sendo também assegurado ao acusado uma série de direitos que podem ser opostos em face do Estado (eis que não é mais um mero objeto do processo), tais quais o direito a ser julgado por um juiz natural, o qual deve ser imparcial, o de ter assegurado o contraditório e ampla defesa – e por consequência a paridade de armas --, devendo o processo ter garantida a publicidade de seus atos (em regra).

Além dessas prerrogativas, dentre outras existentes, não se pode perder de vista duas garantias tidas como também essenciais, a saber: a de não ser denunciado e processado com base em provas ilícitas, assim como as que delas derivarem e a de que, antes do trânsito em julgado da condenação, o acusado deve ser tratado como se inocente fosse.

Desta forma, qualquer dispositivo legal ou qualquer forma de aplicação da lei que esteja em desacordo com os ideais vislumbrados no pilar “estrutura acusatória do processo penal” deve ser devidamente afastado de aplicação, eis que malferir o referido modelo abraçado pela Constituição e agora, pelo Código de Processo Penal.

Diz o artigo 3º-A que o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, de forma que, salta aos olhos ver que, com a redação da parte final deste artigo, a intenção do legislador foi a de vedar o magistrado em produzir determinada prova, ser o juiz inquisidor, ônus este que incumbe ao Ministério Público.

É extremamente tênue a linha para saber, *in abstracto*, quais condutas poderiam ser praticadas pelo magistrado e quais delas ensejariam ou não violação à estrutura acusatória, de forma que, somente algumas condutas poderiam ser excluídas logo de plano, tal como a figura daquele magistrado que toma para si o protagonismo da produção da prova. Este juiz, de maneira flagrante, por seus atos, viola a estrutura acusatória do processo penal.

Mas, como dito, deveria o magistrado, então, nada produzir? Manter-se inerte e deixar que as partes produzam as provas? Ou será que mesmo com a nova redação do supracitado artigo, o magistrado somente estaria autorizado a produzir em situações de suplementação probatória?

Acompanhando a doutrina minoritária, acredito que a melhor resposta seria a negativa, pelo menos levando em consideração o momento atual do processo penal brasileiro.

Isto porque, tendo em vista os princípios da legalidade estrita, da presunção de inocência, assim como a imparcialidade do julgador, observa-se que este bloco de princípios detém o condão de prevalecer sobre, por exemplo, o princípio da busca da verdade real e da proibição da proteção penal deficiente, notadamente porque, com relação ao primeiro, uma vez que fora instituído que cabe às partes realizar a produção de provas, sabe-se que seria um tanto quanto inocente e ingênuo se pensar que é de único interesse das partes o descobrimento da verdade real, do que realmente aconteceu.

Ora, uma vez que o Ministério Público é entendido como parte no processo penal, possuindo como verdadeiro objetivo a condenação do acusado (eis que se assim não o fosse, não teria deflagrado uma ação penal em desfavor), carece de interesse, ao juiz da instrução, a determinação para que sejam produzidas novas provas, ainda que suplementares, pois, se o *parquet* que é parte e é ele quem almeja alcançar a condenação, ele deveria ser o órgão a fim de produzir elementos de convicção suficientes para respaldar o seu pedido e não o magistrado.

Logicamente, não se pode perder de vista que o Ministério Público também detém a função de *custus legis*, mas, até mesmo em situações em que ele busque sustentar a improcedência de seu pedido inicial, é que este teria observado que diante das provas existentes – ou de sua inexistência – não seria possível, sustentar um pedido condenatório sem lastro suficiente para tal.

Fato é, a verdade real é muito difícil de ser alcançada, de forma que, utilizar-se deste princípio para que seja alicerçada a busca de uma prova por iniciativa do magistrado, pode não ser a melhor saída para alcançar um processo penal democrático, pois, a depender do caso concreto, alguma prova pretendida por ele poderá ter, como plano de fundo um nítido caráter indutivo de seu convencimento, o que malfeire a sua imparcialidade e se aproxima do sistema inquisitório, devendo ser afastado.

E assim, ao mesmo tempo em que a doutrina e jurisprudência majoritária aduzem ser possíveis o fato do juiz não se ater à atuação probatória das partes, tendo a possibilidade de determinar a produção de provas – desde que seja de maneira suplementar, *ex vi* artigo 156, inciso II e artigo 209 do CPP, entendo, alinhado ao entendimento minoritário, que, se a lide penal chegou a um determinado estado em que, em caráter suplementar, ao juiz é permitido produzir a referida prova, é que paira, sob a situação em concreto, uma dúvida acerca se deve, ou não, prosperar a inicial acusatória, de modo que merece aplicação do princípio *in dubio pro reo*, devendo o acusado ser absolvido com base no artigo 386, incisos II, V, VI ou VII do Código de Processo Penal.

Em verdade, nos dias atuais, poder conferir poderes instrutórios ao magistrado – ainda que em caráter suplementar – seria desprestigiar a imparcialidade do julgador, afastando-se da paridade de armas que deve existir entre acusação e defesa, os quais levariam, em tese, suas postulações ao terceiro imparcial, pois, além da omissão das partes aptas a justificar a atuação do juiz ser um tanto quanto subjetiva, em decorrência da mentalidade que existe sob a maioria daqueles que operam o direito, somado ao pensamento da própria sociedade, é possível se observar a existência de algumas características inquisitoriais na prática forense, as quais devem ser evitadas diante dessa nova intenção do legislador, em adotar a estrutura acusatória do processo penal.

Dessa forma, a fim de justificar uma maior proteção à estrutura acusatória, entende-se que a sua atuação de ofício com fundamento nos artigos 156, inciso II e artigo 209 do CPP, detém o condão de afastar a imparcialidade necessária para um julgamento isento, o que nos leva até uma possível leitura da redação do novo artigo 3º-A que, tomando por base a função garantística do processo penal, aliado à estrita legalidade, chega-se à conclusão de que quando o artigo aduz ser “vedada a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, acaba por vincular o juiz à literalidade do que fora propugnado pela lei, eis que não é possível uma interpretação extensiva de seu conteúdo normativo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. *Instituições de direito penal e processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.

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

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. v. 2

BASTOS, Marcus Vinícius Reis. *Garantias constitucionais de direito processual penal*. Texto da Aula 01 da disciplina Direito Processual Penal 03. Curso de Direito do UniCEUB. Brasília: UniCEUB, 2021

BASTOS, Marcus Vinícius Reis. *Garantias constitucionais de direito processual penal*. Texto da Aula 02 da disciplina Direito Processual Penal 03. Curso de Direito do UniCEUB. Brasília: UniCEUB, 2021

BASTOS, Marcus Vinícius Reis. *Garantias constitucionais de direito processual penal*. Texto da Aula 06 da disciplina Direito Processual Penal 03. Curso de Direito do UniCEUB. Brasília: UniCEUB, 2021

BRASIL. *Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2021

BRASIL. *Código de Ética da Magistratura Nacional, de 18 de setembro de 2008*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>. Acesso em: 25 ago. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *AgRg nos EDcl no AREsp 1205005/SP*. PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1) OMISSÃO A RESPEITO DE VIOLAÇÃO AO ART. 399, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL CPP. REDISCUSSÃO. 2) ADOÇÃO DE PREMISSAS A RESPEITO DA DISPONIBILIDADE DA MAGISTRADA INSTRUTORA PARA PROLAÇÃO DE SENTENÇA [...]. Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 25/05/2021, DJe 31/05/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=AGRG+EDCL+ARESP+1205005&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 25 ago. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *AgRg no HC 656.920/RS*. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. REVISÃO CRIMINAL JULGADA IMPROCEDENTE NA ORIGEM. [...]. Relator: Ministro FELIX FISCHER, julgado em 18/05/2021, DJe 31/05/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=argr+hc+656920. Acesso em: 26 ago. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *AgRg no RHC 78.065/SP*. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABERTURA DE VISTA PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO APÓS A DEFESA PRELIMINAR [...]. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 03/09/2019, DJe 12/09/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=AGRG+RHC+78065&b=ACOR&p=false&l=10&i=7&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 26 ago. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *AgRg no RHC 131.312/MG*. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONVERSÃO, DE OFÍCIO, DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO [...]. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=AGRG+RHC+131312&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 25 ago. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *HC 367.789/SP*. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA E ROUBO MAJORADO [...]. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=HC+367789&b=ACOR&p=false&l=10&i=6&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 26 ago. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5. Turma). *RHC 47.984/SP*. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTATUTO DO IDOSO. INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO AUDIÊNCIA PRELIMINAR [...]. Relator: Ministro JORGE MUSSI, julgado em 04/11/2014, DJe 12/11/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=rhc+47984. Acesso em: 25 ago. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). *AgRg no HC 586.513/SP*. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. LASTRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006 [...]. Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, julgado em 01/09/2020, DJe 04/09/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=AGRG+HC+586513&b=ACOR&p=false&l=10&i=2&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em: 25 ago. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). *AgRg no REsp 1497068/RS*. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 156 DO CPP.

JUIZ SINGULAR. REQUISIÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO ACUSATÓRIO. INEXISTÊNCIA. [...]. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 17/11/2015, DJe 04/12/2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 26 ago. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (6. Turma). *AgRg no RHC 132.769/PE*. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. DETERMINAÇÃO DE DILIGÊNCIA, DE OFÍCIO, PELO JUÍZO PROCESSANTE. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. [...]. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 26 ago. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). *HC 121689/DF*. 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. [...]. Relator: Ministro LUIZ FUX, julgado em 13/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-105 DIVULG 30-05-2014 PUBLIC 02-06-2014. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=hc%20121689&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 26 ago. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). *HC 188888/MG*. “HABEAS CORPUS” – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) NÃO REALIZADA – A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA (OU DE APRESENTAÇÃO) COMO DIREITO SUBJETIVO DA PESSOA SUBMETIDA A PRISÃO CAUTELAR [...]. Relator(a): CELSO DE MELLO, julgado em 06/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-292 DIVULG 14-12-2020 PUBLIC 15-12-2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur438325/false>. Acesso em: 25 ago. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do estado do Goiás. (2. Câmara Criminal). *HC 5191582-80.2020.8.09.0000*. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE [...]. Relatora: Desembargadora CARMACY ROSA MARIA ALVES DE OLIVEIRA. Julgado em 26/05/2020, DJe de 26/05/2020. Disponível em: <https://www.tjgo.jus.br/jurisprudencia/juris.php?acao=query&tipo=P&posicao=#>. Acesso em: 25 ago. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais. (8. Câmara Criminal). *HC 0509305-16.2020.8.13.0000*. EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - NOVA REDAÇÃO DO ART. 311 DO CPP - RATIFICADA A LIMINAR [...]. Relator: Desembargador DIRCEU WALACE BARONI, julgado em 09/06/2020, publicado em 09/06/2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0509305-16.2020.8.13.0000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 25 ago. 2021

BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. (12. Câmara Criminal). *HC 2050360-07.2020.8.26.0000. HABEAS CORPUS – RECEPÇÃO – PRISÃO DECRETADA DE OFÍCIO – AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO POLICIAL E DE REQUISIÇÃO MINISTERIAL PARA CONVERTER A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA* [...]. Relator: Desembargador HEITOR DONIZETE DE OLIVEIRA, Data do Julgamento: 01/06/2020; Data de Registro: 01/06/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 25 ago. 2021

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira (coord.). *Atlas da Violência 2020*. Brasília: Ipea, 2020. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>. Acesso em: 24 ago. 2021.

COÊLHO, Marcia Duarte. Direito fundamental à segurança e o princípio da proibição deficiente: a necessária releitura do art. 152, CPP. *Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, v. 2, n. 2, p. 399-419, 2016.

COSTA, Thiago Chagas da. *Iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório*. 2010. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de estudos criminais*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 163-198, 2001.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Segurança pública: fundamentos jurídicos para uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FISCHER, Douglas. *O que é o garantismo penal (integral)?* 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1999.

JUIZ não pode iniciar inquirição de testemunhas em processo penal, diz STF. *Conjur*, 06 abr. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-abr-06/juiz-nao-iniciar-inquiricao-testemunhas-processo-penal-stf?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook. Acesso em: 24 ago. 2021.

- LAGO, Cristiano Álvares Valladares do. *Sistemas processuais penais*. CEJA; JSCA. Disponível em: https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/5400/art_30005.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 24 ago. 2021.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual da Presidência*, Brasília, v. 2, n. 13, p. 1-8, 1999.
- MOKDISSI, Bárbara de Abreu. A figura do juiz das garantias veio para preservar o sistema acusatório. *Conjur*, 14 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-14/barbara-mokdissi-juiz-garantias-preserva-sistema-acusatorio#:~:text=A%20figura%20do%20juiz%20das%20garantias%20veio%20para%20preservar%20o%20sistema%20acusat%C3%B3rio.&text=Em%20conformidade%20com%20o%20novo,deve%20ser%20produzida%20no%20processo>. Acesso em: 25 ago. 2021
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense. 2021.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas. 2017.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SILVA, Danielle Souza de Andrade e. *A atuação do juiz no processo penal acusatório: incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2003.
- SOUSA, Meire Odayke Ferreira de. *O código de processo penal brasileiro e o sistema inquisitivo*. 2019. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019.
- STRECK, Lênio Luiz. O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? *Jus*, jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>. Acesso em: 24 ago. 2021.
- TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TURESSI, Flávio Eduardo. Sistema acusatório, Pacote Anticrime e o anacrônico artigo 385 do Código de Processo Penal: anotações sobre a (im)possibilidade de condenação no processo penal sem prévio pedido pelo órgão do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 17, n. 1, p. 22-44, 2020.