

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARCELO PAIVA SANTOS FILHO

**A INICIATIVA PROBATÓRIA PELO MAGISTRADO NO
PROCESSO PENAL À LUZ DO SISTEMA PROCESSUAL
BRASILEIRO**

VITÓRIA
2019

MARCELO PAIVA SANTOS FILHO

**A INICIATIVA PROBATÓRIA PELO MAGISTRADO NO
PROCESSO PENAL À LUZ DO SISTEMA PROCESSUAL
BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito. Orientador: Professor Doutor Américo Bedê Freire Junior.

VITÓRIA
2019

MARCELO PAIVA SANTOS FILHO

**A INICIATIVA PROBATÓRIA PELO MAGISTRADO NO
PROCESSO PENAL À LUZ DO SISTEMA PROCESSUAL
BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Américo Bedê Freire Junior

Examinador

RESUMO

O presente trabalho busca analisar o artigo 156 do Código de Processo Penal, através da redação alterado pela Lei nº 11.690, de 2008, para compreender, por meio de uma pesquisa bibliográfica, os princípios do processo penal, bem como analisar a doutrina acerca dos sistemas processuais penais, bem como compreender o funcionamento do sistema processual penal vigente no Brasil, para que seja possível refletir criticamente se a gestão de provas pelo juiz penal é incompatível com princípios e com o sistema processual penal vigente no Brasil. Para isso, o método selecionado para o desenvolvimento da pesquisa foi o dialético, em que teve como base, tanto através de diversas doutrinas relacionadas ao processo penal como a artigos relacionados ao tema e a própria legislação brasileira. Inicialmente optou-se, por entender a figura da prova dentro do processo bem como a sua importância e objetivos. Em seguida, foram apresentados os sistemas processuais conhecidos para entender como a legislação Brasileira se apresenta nesse contexto. Por fim, evidenciou-se as argumentações contrárias a essa possibilidade de atuação estatal e os fundamentos que embasam posicionamentos favoráveis a essa gestão probatória pelo juiz penal, de forma que fosse possível responder o questionamento proposto pelo trabalho. Por fim, observou-se que a gestão probatória pelo magistrado é possível, ressalvados limites que garantem segurança ao processo e ao acusado, tendo como base um sistema processual moderno

Palavras-chave: Provas. Processo Penal. Sistemas processuais.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the article 156 of the Code of Criminal Procedure, through the redaction of the Law nº 11.690 of 2008, to comprehend, through a bibliography research, the principles of the criminal procedure, in addition to it this study analyzes the doctrine about the criminal procedure systems, and aims to comprehend how the Brazilian criminal procedure system functions, so it's possible to critically reflect if the management of the proofs for judges its compatible with the principles of the Brazilian criminal procedure. In order to comprehend all that, this study was developed using the dialectical method, therefore, used multiple doctrines and articles about the criminal procedure systems and the Brazilian legislation. Initially this study intends to comprehend the figure of the proof in the criminal procedure system and its importance and goals. Thereafter, this study introduced all the criminal procedure systems to understand the Brazilian law in this context. In addition to it, this study brought opposite statements to the management of the proofs for judges and the arguments that gives it support, to answer the problem of this study. Finally, this study concludes its possible for judges to manage of the proofs production, within the limits of process and defendant security of the criminal procedure system.

Key-words: Proofs. Criminal Procedure. Procedure Systems.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 A PROVA NO PROCESSO PENAL	7
2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	10
2.1 O SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO.....	11
2.2 O SISTEMA PROCESSUAL INQUISITÓRIO.....	13
2.3 O SISTEMA PROCESSUAL MISTO.....	14
3 INICIATIVA PROBATÓRIA PELO MAGISTRADO	17
3.1 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS.....	18
3.2 POSCIONAMENTO CONTRÁRIOS.....	20
3.3 POSCIONAMENTOS FAVORÁVEIS.....	22
4 PROPOSTAS DEFENDIDAS	26
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	31
REFERÊNCIAS	35

INTRODUÇÃO

A atuação estatal com relação a punição dos cidadãos por meio do devido processo legal deve ser objeto de constantes análises, em que, um estudo quanto a possibilidade de produção de provas pelo Estado, na figura do juiz, faz-se necessário para observar a validade dessa atuação.

Inicialmente deve-se entender a figura da prova dentro do processo penal e sua importância, a fim de demonstrar a própria necessidade de debates dessa natureza com relação ao tema exposto.

É importante ainda, aprofundar a análise no que tange os sistemas processuais penais conhecidos, com enfoque no sistema inquisitório, acusatório e misto, bem como analisar qual o sistema foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de observar quanto a coerência e possibilidade de certos atos praticados pelo Estado no processo penal.

Devem ser observados ainda os pontos relevantes, para o estudo mencionado, presentes no Código de Processo Penal, de forma a analisar os posicionamentos favoráveis e contrários a produção probatória pelo magistrado, consoante a uma análise dos princípios presentes na temática.

É importante organizar as conclusões alcançadas a partir dos pontos abordados, a fim de construir um posicionamento coerente com a dinâmica processual e o próprio sistema processual vigente no país.

Assim sendo, o principal questionamento feito nesse trabalho é quanto à possibilidade de produção de provas de ofício pelo magistrado, a luz do sistema processual vigente no Brasil, dos princípios norteadores do processo penal, de forma a entender se a legislação, que permite tal atuação, é adequada e razoável ao sistema brasileiro.

A partir de todas as dúvidas e questionamentos derivados da temática da presente monografia é possível compreender a importância do desenvolvimento de um estudo

de opiniões e posicionamentos diversos, a fim de buscar uma melhor interpretação dos dispositivos legais, garantido um processo justo e ao mesmo tempo eficiente como uma resposta para a sociedade.

A fim de responder os questionamentos dessa monografia foi utilizado o método dialético que, seguindo os ensinamentos de Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi (2003, p.100), é caracterizado por quatro leis fundamentais: a ação recíproca, a mudança qualitativa, a contradição e a mudança dialética.

Dessa forma, para chegar-se a uma conclusão foram seguidas algumas etapas, como observar o objeto para identificar as suas qualidades, analisar esse objeto por toda sua dimensão e analisar, o que os autores chamam de aspectos essenciais do objeto, como forma, conteúdo, realidade, história, entre outros. Dessa forma é possível alcançar a síntese, a conclusão da pesquisa (Mezzaroba e Monteiro 2009, p.75).

O procedimento aplicado no trabalho é a pesquisa bibliográfica, para analisar, em especial, a doutrina e artigos relacionados, ao processo penal de forma geral, bem como a específica, com atenção aos sistemas processuais penais e a própria temática em si, assim como os princípios envolvidos.

Logo, o questionamento apresentado é com relação a compatibilidade da atuação estatal de produção probatória de ofício, com o sistema processual penal vigente, alguns princípios basilares do direito penal e processual penal e até mesmo com a norma constitucional.

1 A PROVA NO PROCESSO PENAL

Inicialmente deve-se entender que o processo penal busca analisar fatos ocorridos em um determinado momento, a fim de identificar eventual ocorrência de ação ilegal, caracterizada como infração. Tal atuação se faz necessária uma vez que, o Estado, como único legitimado a aplicar o poder punitivo, atua de forma a repelir determinadas transgressões de seus cidadãos.

Nas palavras de Távora e Alencar (2019, p. 627) “O processo, na visão do ideal objetiva fazer a reconstrução dos fatos ocorridos para que se possa as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado. ”

Ocorre que para uma efetiva ação estatal ser realizada, é necessário que as diretrizes, estabelecidas pelo próprio Estado, sejam devidamente respeitadas. Um processo penal em que tais regras são ignoradas, evidencia uma atuação ilegal, que além de colocar em risco os envolvidos, pode vir a condenar inocentes e libertar criminosos.

O papel da prova dentro desse sistema é substancial, tendo em vista que ela é a responsável pela montagem histórica dos fatos, sendo realizado o verdadeiro trabalho de reconstrução de atos pretéritos, para que o evento sob suspeita, possa ser verificado e até mesmo a quem deve ser imputada a culpabilidade desse evento.

A prova, dessa forma, deve contribuir para a análise da veracidade do fato, compondo elementos fundamentais para a convicção do magistrado que irá proferir a sentença.

Com relação ao conceito de prova, Nucci (2016, p. 234), evidencia que

O termo *prova* origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo *provar* – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Ademais pode-se entender o termo “prova”, nas palavras de Gomes Filho e Badaró (2007, p.177), como um “termo polissêmico, designando aspectos diversos do vasto campo de operações do intelecto na busca e na comunicação do conhecimento verdadeiro”.

É evidente, portanto, que o objetivo esperado com a prova é influenciar a decisão do julgador, por meio de uma tentativa de comprovação de um fato ocorrido, ou seja, tem por função a reconstrução de um fato juridicamente relevante em que se busca alcançar a verdade.

Complementando esse entendimento, Capez (2016, p. 398) evidencia a importância da produção da prova para o sistema processual penal

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

Ao lecionar sobre a prova no processo penal Tourinho Filho (2009, p. 214) indica que “o objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa”.

Evidenciada a relevância da produção probatória para o processo, é necessário que haja determinações claras quanto a forma de atuação do Estado na produção das provas, o que tem gerado importantes discussões quanto a possibilidade de produção de provas *ex officio* pelo magistrado.

Entretanto, é fundamental observar que a “verdade” alcançada no processo penal, a partir da investigação e das provas produzidas, não pode ser considerada absoluta, como versa Badaró (2017, p. 385)

A prova é apontada como o meio pelo qual o juiz chega a verdade, convencendo-se da ocorrência ou inoocorrência dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo. Atualmente, tem-se consciência de que a verdade absoluta ou ontológica é algo inatingível. Verdade e certeza são conceitos relativos. A “verdade” atingida no processo – e também fora dele – nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas demonstram. Por outro lado, a certeza enquanto aspecto subjetivo da verdade, também é relativa. O juiz tem certeza de um fato quando, de acordo com as provas produzidas, pode racionalmente considerar que uma hipótese fática é a preferível entre as possíveis. Ou seja, em linguagem mais simples, o juiz tem certeza quando as provas o fazem acreditar que o seu conhecimento é verdadeiro.

O Código de Processo Penal Brasileiro (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.), reservou o Título VII para tratar das provas, o que comprova o tamanho de sua importância para o legislador.

É importante observar, acerca da temática da produção probatória, dois artigos contidos no Código de Processo Penal. Inicialmente, é necessário observar o art. 155

do referido código que versa sobre a livre convicção do magistrado evidenciando que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”.

Não se pode esquecer, contudo, o dispositivo legal que está no cerne da discussão quanto a possibilidade da produção de provas *ex officio* pelo juiz no processo penal, o art. 156 do Código de Processo Penal, que trata da possibilidade de o magistrado produzir determinada prova de ofício.

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

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

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

A partir dos pressupostos apresentados, é importante ainda, observar outros pontos de grande relevância para tal discussão, como uma análise do sistema processual vigente na legislação pátria, com o objetivo de realizar uma análise mais profunda quanto a legalidade da legislação vigente.

2 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Várias foram as formas de punição usadas ao longo da história, sendo que cada momento apresenta características específicas quanto ao comportamento do magistrado, e até mesmo quanto a própria mecânica de gestão probatória. Nesse sentido, pode-se destacar alguns sistemas processuais criados para aplicar o poder punitivo estatal.

O processo penal, norteado por princípios, possui sistemas que orientam sua forma de organização e a atuação do Estado dentro dos limites constitucionais. Os sistemas são o acusatório, o inquisitório e o misto.

A definição de qual sistema penal será utilizado por determinada nação é de suma importância, uma vez que demonstra quais são os limites de atuação estatal na

persecução penal, além de indicar, as próprias características daquele governo, de acordo com a forma de atuação perante os processos penais.

Assim, a relevância da temática relativa a produção de provas de ofício pelo juiz penal torna imprescindível uma análise dos sistemas processuais, uma vez que estamos diante de uma premissa central dessa discussão.

2.1 O SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO

Há divergência doutrinária quanto ao entendimento de qual sistema foi o precursor na história da humanidade, contudo, destaca-se dois momentos históricos em que o sistema acusatório ganhou enfoque. Inicialmente observa-se o sistema acusatório clássico, tendo seu destaque na Grécia, “o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador” (LOPES JR., 2014, p. 64).

Entre outras características, a momento inicial desses sistemas apresenta uma valorização de um acusador popular, o que trouxe diversos problemas para o seu funcionamento.

Devido a falhas estruturais desse sistema, ele se apresentou de forma insuficiente para aquela sociedade e para aquele momento histórico. Andrade (2013, p.72), ao listar os diversos problemas decorrentes desse modelo clássico, como, por exemplo, o fato de os juízes serem leigos, a conduta dos oradores e a sua legitimidade, entre outros, chama a atenção para a questão da impunidade, em especial pela questão econômica.

O aspecto financeiro se manifestava com a anterioridade à própria abertura do processo, pois dizia respeito à exigência de um pagamento prévio para que ele pudesse ser iniciado. Com isso, a impossibilidade de satisfação desse pagamento poderia fazer com que alguns delitos ficassem sem acusação e, portanto, sem a necessária reprimenda

A partir das diversas adversidades, o sistema acusatório clássico passa a ser questionado, o que posteriormente veio a culminar em um surgimento do sistema inquisitivo.

Um segundo momento desse sistema pode ser entendido como um sistema acusatório contemporâneo, a partir da “Revolução Francesa e suas novas ideologias e postulados de valorização do homem levam a um gradual abandono dos traços mais cruéis do sistema inquisitório” (LOPES JR., 2014, p. 65).

O sistema em questão pode ser caracterizado, em especial, pela separação de funções, como acusar, defender e julgar, em que diferentes indivíduos exercem esses diferentes papéis no processo, com a figura de um acusador público. Além disso, é possível observar respeito a garantias básicas do acusado como ampla defesa e contraditório, além da publicidade dos atos.

Badaró (2017, p. 99), ao diferenciar os sistemas acusatório e inquisitivo, chama a atenção para os direitos do acusado dentro desse primeiro sistema:

A essência do modelo acusatório é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender. Eliminada a divisão de tarefas, o acusado deixa de ser um sujeito processual com direito de defesa e se converte em objeto do processo. Sem a divisão de tarefas, sem relação processual e sem contraditório, não haverá, sequer, um verdadeiro processo.

Nucci (2016, p. 76), ao fazer essa diferenciação, vai além:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.

Dessa forma, é possível compreender o sistema acusatório possui um viés mais democrático, adequado a um sistema de Estado Democrático de Direito em que o acusado goza de direitos e garantias que limitam a atuação estatal de forma a dar legitimidade para a aplicação do poder punitivo quando necessário.

2.2 O SISTEMA PROCESSUAL INQUISITÓRIO

O sistema Inquisitivo, por sua vez, remete a ideia de “Inquisição”, apesar de haver discussão doutrinária quanto ao seu surgimento, entende-se que seu nascimento é antigo, contudo, é evidente que, esse sistema ganha notoriedade com a atuação da Igreja, através, em especial, do Tribunal do Santo Ofício. “Um dos principais custos do referido sistema deu-se, justamente, no âmbito da inquisição (...). Em lugar de combater a injustiça social, terminou por promover uma autêntica *caça às bruxas* (literalmente)” (CAPEZ, 2016, p.75).

É necessário observar também, que desde o Império Romano, o direito Canônico usava predominantemente o sistema acusatório, sendo posteriormente substituído pelo modelo conhecido.

Andrade (2013, p. 281-283), ao explicar essa relação histórica, evidenciou que

Sua necessidade de se consolidar como religião oficial, a fim de não permitir a progressão de outras manifestações religiosas, fez com que a caça aos hereges se transformasse em seu principal objetivo. Por essa razão, mas também motivado pela depravação do clero, Inocêncio III abandonou o modelo de processo acusatório e fez ressurgir o modelo de processo inquisitivo (...)

Posteriormente, Lúcio III abandonou a necessidade dos inquisidores esperarem por uma denúncia (...) Com isso, através da Igreja Católica surgiu um modo de processar que ficou conhecido pelo termo Inquisição (...)

Tal sistema processual tem como característica central a reunião de múltiplas funções (defender, acusar e julgar) em uma mesma figura. Pretendendo que haja celeridade dos julgamentos, em que ocorre uma supressão de garantias do acusado, a fim de obter a “verdade” por meio da confissão do acusado, ou seja, o indivíduo perde a característica de pessoa e passa a ser um meio de se obter a prova.

Consoante a esse entendimento, Capez (2016, p. 75), versa sobre as particularidades do Sistema Inquisitivo apontando que

É caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.

Lopes Júnior (2014, p. 67), apresenta diversas críticas a esse sistema, entendendo que a sua implementação trouxe diversos problemas a persecução penal

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

É evidente que a partir de tais características apresentadas, o sistema em questão se tornaria insustentável com o desenvolvimento da sociedade e surgimento dos ideais de liberdade e respeito as garantias fundamentais dos cidadãos.

Nota-se ainda a presença do sistema inquisitivo em governos com elevada concentração de poder, como em regimes autoritários e teocráticos, incompatíveis com o modelo democrático vigente em grande parte dos países.

2.3 O SISTEMA PROCESSUAL MISTO

Com o surgimento de ideais oriundos do movimento Iluminista, que serviram como base da Revolução Francesa e, posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o sistema inquisitivo perde espaço para o surgimento de um modelo misto (Andrade, 2013, p. 410). Por ser considerado um modelo intermediário, respeita as garantias fundamentais do homem concomitante a existência de características de poderes instrutórios, como, por exemplo, os poderes do magistrado na colheita de provas.

Parte da doutrina entende que o sistema processual adotado pelo o Brasil é o Misto. Essa conclusão pode ser observada com uma divisão em duas fases do processo, sendo inicialmente analisada a primeira fase, qual seja a fase pré-processual, tendo em vista que essa fase, em que há, em regra, a presença do inquérito policial é marcada por características inquisitivas, em que se tem como parâmetro o Código de

Processo Penal. O inquérito é marcado por características inquisitórias como o sigilo, inquisitivo e haver limitações ao contraditório e a ampla defesa.

Por outro lado, é possível observar a presença mais clara dos direitos fundamentais do acusado, positivados pelo texto constitucional, a partir do momento que nos deparamos com a segunda fase, qual seja a fase processual, ou seja, após o oferecimento da denúncia.

Assentindo com esse entendimento Lima (2017, p. 41) evidencia as fases que podem ser observadas no sistema brasileiro

É chamado de sistema misto porquanto o processo se desdobra em duas fases distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Nesta, objetiva-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade e a oralidade. .

Távora e Alencar (2019, p. 57) explicam o sistema processual misto ao entender que

Como se depreende, trata-se de sistema que se afasta de um modelo puro, aproximando-se por vezes mais de um sistema inquisitivo e, por outras, de um sistema acusatório (...). Embora haja posição minoritária que sustente a inexistência de sistema misto (...) cremos plenamente possível a existência de sistema misto, eclético ou híbrido, como classificação apta a definir modelos cujo processo se estrutura basicamente em duas etapas: (1) uma inquisitorial, sem contraditório, com rito instrutório secreto e com prevalência da palavra escrita; e (2) outra acusatória, com imputação certa, garantia do contraditório e procedimento regido pela publicidade e pela prevalência do princípio da oralidade.

Assim sendo, fica claro que ao analisar um sistema processual que respeite as garantias fundamentais do acusado, como o contraditório, a ampla defesa e a publicidade, e ao mesmo tempo, garanta poderes com características inquisitórias ao magistrado, não pode ser considerado um sistema acusatório puro como o conhecido.

A partir disso, é possível observar que o sistema brasileiro, possui uma fase pré-processual, qual seja o inquérito policial, tendo como características centrais o sigilo e limites ao acesso as provas produzidas e poderes instrutórios ao magistrado garantidos pelo Código de Processo Penal, assim como a forte presença de garantias ao acusado pela Constituição Federal. Dessa forma, é possível concluir que tal

organização aparenta ser referente a um sistema composto pela somatória do sistema acusatório, em sua essência, com o sistema inquisitório, em que a investigação pode ser feita com certa estabilidade e o processo garante, posteriormente, todos os direitos constitucionais ao acusado.

Concordando com esse posicionamento, Nucci (2016, p. 76) entende pela adoção do sistema processual misto pelo Brasil, mesmo que a Constituição seja posterior ao Código de Processo Penal

Não há como negar o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP), resultando, legitimamente, no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida, trata-se de um sistema complexo, pois é o resultado de um Código, cuja alma, em seu nascedouro, possuía forte natureza inquisitiva, depois iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório.

No entanto, várias reformas ao Código de Processo Penal foram implantadas, desde 1941 até hoje, amenizando a intensidade do inquisitivismos e conferindo-lhe as nuances do sistema acusatório, sem jamais transformá-lo num sistema puro.

Portanto, como não há definição expressa da legislação referente a qual sistema é adotado pelo Brasil, bem como a coexistência de legislações que evidenciam tanto a presença características do sistema acusatório quanto características inquisitórias no processo penal brasileiro, é possível entender que estamos diante de um sistema misto, com clara separação entre a fase pré-processual, com características inquisitórias, e a fase processual com características e garantias alinhadas ao sistema acusatório. Contudo, nota-se ainda a presença de poderes instrutórios concentrados no magistrado na fase processual, o que identifica a natureza híbrida do sistema brasileiro.

Entende-se, dessa forma, pela impossibilidade de adoção de um sistema puro, ou seja, unicamente acusatório ou inquisitório, o que possui impacto direto na discussão referente a problemática da produção probatória de ofício pelo magistrado, na medida em que tal atuação estatal encontraria maior resistência em sistema puramente acusatório, o que ocorre em menor grau em um sistema misto.

3 INICIATIVA PROBATÓRIA PELO MAGISTRADO

A gestão probatória pelo magistrado no processo penal tem sofrido diversas críticas dentro do sistema brasileiro, em especial pela possibilidade de o magistrado produzir a prova que será utilizada por ele mesmo durante o julgamento do réu.

Em uma primeira análise pode causar estranheza o fato de um juiz produzir a prova que será utilizada para construir a sua própria convicção no processo, entretanto deve-se fazer uma análise mais completa da mecânica processual para entender as possibilidades de atuação do magistrado, bem como os argumentos contrários e favoráveis a essa atuação.

Inicialmente deve-se compreender a legislação brasileira acerca do tema, para que seja possível, posteriormente, analisar as críticas feitas ao modelo em vigor e sua validade.

Nota-se que dentro do sistema processual brasileiro, como já evidenciado, há uma separação de funções, com a utilização de órgãos diferentes, a fim de garantir a imparcialidade do julgador.

Além disso, o magistrado não deve ficar inerte, não estando vinculado as provas exclusivamente produzidas pelas partes. Isso pode ser observado através de uma análise do artigo 156 do Código de Processo Penal (CPP).

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

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

A partir desse dispositivo, fica evidente que o legislador optou por garantir poderes aos magistrados, abrindo a possibilidade para o magistrado produzir as provas que entender necessário.

Por fim, deve-se entender que em regra o ônus probatório recai sobre a acusação, representada pelo Ministério Público ou Querelante, enquanto o magistrado deve

buscar concluir pela absolvição ou condenação do réu. A partir dessas premissas que as críticas ao sistema atual são construídas.

3.1 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

É comum observar divergência nos entendimentos doutrinários em todos os ramos do Direito e a temática em questão não foge a essa regra.

A cerca da discussão do tema, deve-se notar, inicialmente, que houve uma alteração da redação do artigo 156 CPP pelo pela lei nº 11.690/2008. Antes de 2008 o referido artigo tinha como redação: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Após a reforma realizada em 2008, a estrutura do artigo foi alterada, ficando como conhecido atualmente

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

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

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

Verifica-se que pela redação do texto legal a produção probatória caberia as partes, não obstante, essa regra não pode ser considerada absoluta, já que no mesmo dispositivo há evidenciado a possibilidade de o magistrado participar dessa produção de provas.

Não se pode esquecer, entretanto, que preliminar a qualquer análise da argumentação que embasa os posicionamentos doutrinários, deve-se observar que pela legislação atual o magistrado é dotado de poderes que o garantem a possibilidade de ter certo grau de iniciativa dentro do processo penal. Algumas questões como a possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício no curso da ação penal, conforme artigo 311 do CPP, evidenciam isso.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Além disso, pode-se citar ainda como exemplo da livre iniciativa do magistrado o artigo 385, CPP, que, embora muito criticado, continua em vigor na legislação brasileira e admite a possibilidade de condenação do réu, mesmo com manifestação contrária do Ministério Público, bem como o reconhecimento de agravantes não alegadas pela acusação.

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Nesse mesmo raciocínio, observa-se a possibilidade de produção probatória de ofício pelo magistrado, conforme o já mencionado artigo 156, CPP, que é o objeto de estudo deste trabalho e vem gerando diversas discussões e críticos no âmbito acadêmico e doutrinário.

A partir dessa constatação, nota-se que apesar de grande parte da doutrina defender a aplicação do texto legal, como ocorre na prática, parte respeitável se posiciona de forma contrária a esse dispositivo da norma federal.

3.2 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS

Como já abordado anteriormente, diversas críticas são realizadas a legislação atual, em especial a redação do artigo 156 CPP, acerca da gestão probatória pelo juiz e não apenas pelas partes, tanto acusação como defesa.

Preliminarmente deve-se entender que o ônus da prova é da acusação, Ministério Público ou querelante, em que essa parte do processo busca enquadrar o réu na conduta criminosa imputada. Dessa forma, Marcão (2016, p. 458) ensina que

Nesses termos, e sob o enfoque subjetivo, cabe ao autor da ação penal – Ministério Público ou querelante – a prova incriminatória, vale dizer: provar que o delito ocorreu, conforme narrado na inicial acusatória; que o réu ou querelado é o autor do delito; a materialidade delitiva, sendo caso, e demais circunstâncias imputadas.

A partir dessa premissa, parte considerável da doutrina, entende pela impossibilidade da produção de provas pelo magistrado, passando pela alegação de quebra da imparcialidade. Tal justificativa leva em consideração que um juiz que atue de forma a produzir a prova estaria invadindo o campo de atuação da acusação, ou seja, estaria este magistrado atuando no sentido de buscar a culpa, ao invés de permanecer na figura pura e simples de julgador, auxiliando assim uma eventual condenação do réu que ele mesmo julgará e proferirá a sentença.

A partir disso, Rangel (2015, p. 573) entende, de forma mais incisiva, pela impossibilidade do magistrado se manter imparcial após participar ativamente da produção probatória.

Ora, como imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas não a leva em consideração na hora de dar a sentença? A reforma pensa que o juiz é um ser não humano. Um extraterrestre que desce de seu planeta, colhe a prova, preside o processo, julga e volta à sua galáxia, totalmente imparcial.

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Jr. (2014, p. 141) também aborda sobre a impossibilidade dessa atuação do magistrado, defendendo, portanto, a não aplicação do artigo 156 do CPP

Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios (como o famigerado art. 156 do CPP) devem ser expurgados do ordenamento ou, ao menos, objeto de leitura restritiva e cautelosa, pois é patente a quebra da igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminada está a principal garantia da jurisdição: a imparcialidade do julgador. O sistema acusatório exige um *juiz-espectador*, e não um *juiz-ator* (típico do modelo inquisitório).

A partir disso, pode-se constatar um movimento doutrinário que entende pela inaplicabilidade da produção probatória de ofício pelo magistrado, uma vez que, segundo Wedy e Linhares (2016, p. 212), “a exigência de um julgador passivo no processo se torna adequada com o que aqui se expôs, devendo-se afastar o juiz de toda iniciativa probatória sem a prévia provocação das partes”.

Outro ponto de extrema relevância que é possível observar, no próprio argumento do professor Aury Lopes Jr (2014, p.805) a invocação do sistema processual acusatório, uma vez que este sistema não suportaria esse tipo de atuação *ex officio* do magistrado, devendo se manter inerte, na medida da invocação das partes.

Consoante a esse pensamento e partindo da premissa de que a Constituição da República traz uma ideia de sistema processual acusatório, ainda que de forma indireta, através da presença de diversos princípios como o *in dubio pro reo*, o contraditório e ampla defesa, por exemplo. A partir disso, através de uma interpretação constitucional do processo penal, Pacelli (2017, p. 20) nega a validade do artigo 156, CPP, por entender como inconstitucional e por violar o sistema acusatório.

Do mesmo modo, não se pode deixar de criticar e, mais que isso, de rejeitar validade à regra trazida com a Lei nº 11.690/08, que, alterando o disposto no mesmo art. 156 do CPP, permite ao juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes. Não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício de função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente do sistema acusatório.

Além disso, é possível observar diversas críticas a ideia de busca pela verdade real, muito abordado pelos defensores da aplicação do dispositivo em análise. É possível notar que as críticas geralmente são direcionadas ao fato desses autores considerarem a verdade real como algo impossível, aceitando a ideia de verdade processual.

Dessa forma, Lopes Junior (2014, p. 411) aborda a verdade real como impossível, já que o evento criminoso está no passado, entendendo que

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva (como se verá na continuação), senão porque constitui um gravíssimo erro falar em “real” quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade.

Afinado com esse posicionamento, Rosa (2013, p. 94) entende a verdade real como um mito, em sua obra sobre Processo Penal e a Teoria dos Jogos

O resultado da produção válida de significantes será composta pela decisão judicial, a qual não se assemelha, nem de longe, ao mito ultrapassado da verdade real. A verdade real é empulhação ideológica que serve para “acalmar” a consciência de acusadores e julgadores. A ilusão da informação perfeita no processo penal recebe o nome de Verdade Real.

A partir dos pontos elencados, pode-se notar que a doutrina está longe de chegar a um entendimento pacífico em especial por se tratar de um tema polêmico com tantos argumentos para ambos os lados. Entretanto, é possível observar que os dispositivos com característica inquisitória ainda estão vigentes no ordenamento.

3.3 POSICIONAMENTOS FAVORÁVEIS

Em contrapartida aos argumentos já expostos, é possível observar importante doutrina no Brasil que entende como possível a produção de provas pelo magistrado, tendo como cerne da argumentação a adoção do sistema processual misto e a utilização de princípios norteadores do processo penal que embasam a fundamentação utilizada para apontar os dispositivos do Código de Processo Penal como constitucionais e aplicáveis.

Inicialmente pode-se notar que os críticos da atuação estatal, em especial quanto a produção de provas, tendem a negar a existência de um modelo misto de sistema processual vigente no Brasil, uma vez que a Constituição da República aparenta privilegiar o sistema acusatório pelos princípios garantistas nela elencados.

O legislador optou por ter um sistema penal que possua, também, características inquisitórias. Características presentes na fase de inquérito que apesar de não ser diretamente processual influencia diretamente no processo, visto que nesse momento é que a polícia judiciária faz as investigações. Além de, também, estarem presentes na fase processual com todas as situações já elencadas que permitem o magistrado agir de ofício visando sempre a resolução dos fatos.

Nesse sentido, defendendo a constitucionalidade do tema e a importância de uma fase pré-processual com características inquisitivas, Nucci (2016, p. 77-78) entende que

Não há nenhuma contradição, ao contrário, plena harmonia, para visualizar, no texto constitucional, relevantes princípios constitucionais de processo penal garantista, típicos do processo acusatório, ao mesmo tempo em que se encontra, na mesma Constituição, a legitimação para a existência de preceitos investigatórios inquisitivos, demonstrando a natureza mista do nosso sistema de persecução penal.

Em suma, com todas as reformas havidas no Código de Processo Penal, continua ele com o seu caráter misto, numa formação *inquisitivo-garantista*. E não se pode negar ter esse sistema as suas inegáveis vantagens, pois a fase preliminar de investigação somente consegue ser célere e dinâmica, impedindo a perda de provas, porque mantém seu caráter inquisitivo. A par disso, quando se está em juízo, predominam os aspectos acusatórios.

Além disso, um dos principais argumentos favoráveis a legislação vigente trata do princípio da verdade real, tendo como base desse raciocínio a ideia de que o interesse do magistrado em produzir a prova não passa por qualquer desejo pessoal, punitivo, de busca pela condenação a qualquer custo. Tal observação é possível, uma vez que a atuação estatal é em busca do entendimento dos fatos, de forma que possa auxiliar o próprio estado, por meio do magistrado, a formar sua convicção e julgar o réu, independente se as provas produzidas vão prejudica-lo ou até mesmo beneficia-lo, já que não é possível saber de plano se determinado réu é culpado ou inocente sem a análise probatória.

Utilizando como base o princípio da verdade real e do impulso oficial, Nucci (2016, p. 238), mais uma vez, versa sobre a aplicação do artigo 156, CPP, justificando seu posicionamento favorável a norma.

A atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à *verdade real*, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. O *impulso oficial* também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não.

A partir disso, deve-se entender que a verdade real, como princípio norteador do processo penal, evidencia a necessidade de busca pela verdade dos fatos, apesar das críticas, de parte respeitável da doutrina, quanto a impossibilidade de termos uma verdade real e sim uma verdade processual.

Ao defender a aplicabilidade do princípio em questão, Capez (2016, p. 108) evidencia a necessidade de investigação dos fatos pelo próprio magistrado “No processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos”.

Ademais, Avena (2017, p. 321-322) ensina que o magistrado não deve se manter inerte perante o processo, consoante ao entendimento favorável a aplicação do princípio da verdade real

Ocorre que, se de um lado o sistema jurídico brasileiro ergue-se sob o modelo acusatório contemplado na Lei Maior, por outro não se pode esquecer que adotou o princípio da verdade real como objetivo precípua do processo penal. Desta forma, embora não possa o magistrado trazer para si o poder de uma ampla iniciativa probatória, dado que tal ônus compete às partes, também não é correto que assuma uma postura estática, de mero espectador diante dos acontecimentos patrocinados pelas partes.

Outro ponto muito atacado pelos críticos do modelo atual é a questão da imparcialidade do magistrado. Inicialmente é importante observar que diante da sociedade atual é impossível falar em neutralidade do magistrado, o que ocorre é uma exigência de imparcialidade, ou seja, o julgador não deve ter interesse no processo, isento de pré-julgamentos acerca do fato, contudo é possível entender a imparcialidade como algo subjetivo.

Entende-se que a Constituição Federal adotou, de forma implícita, a imparcialidade, tendo em vista que, em seu artigo 95 aponta diversas garantias, como a inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios, para assegurar essa independência dos magistrados, além de vedações no parágrafo único desse mesmo artigo.

Deve-se entender a imparcialidade do magistrado em conjunto com outros princípios como o contraditório. Havendo a produção probatória pelo juiz, de forma subsidiária,

respeitando a atuação das partes nessa gestão e garantindo o contraditório as provas já produzidas, parece razoável entender que a não ataque a imparcialidade do julgador nem mesmo a vício no processo.

Diante disso, é possível entender que não há o que se falar em dano a imparcialidade com a produção probatória pelo magistrado, uma vez que não se sabe qual será o resultado da prova produzida, ou seja, quando o julgador determina a sua produção de ofício, essa prova pode vir a ser utilizada tanto para absolver o acusado quanto para condena-lo, não sendo possível conhecer previamente seu conteúdo.

Tal constatação se adequa perfeitamente ao princípio da verdade real, uma vez que como esse princípio evidencia que o processo tem o objetivo de buscar a verdade dos fatos, para que isso seja alcançado, pode ser necessário que o magistrado determine a produção de alguma prova para superar dúvidas ou questões que ainda não estão claras dentro do processo.

Dessa forma, a atuação do magistrado auxilia resposta estatal a sociedade, não sendo possível, a priori, ter o conhecimento se a prova por ele produzida será benéfica ou não ao réu, mas com a certeza de que beneficiará o processo.

4 PROPOSTAS DEFENDIDAS

Inicialmente é cerne entender que o Estado Brasileiro adotou o sistema processual misto, levando em consideração todos os motivos já expostos, em especial, pelo fato de o ordenamento admitir atuações com características instrutórias por parte do magistrado principalmente na fase do inquérito policial.

Além disso, não parece possível um sistema puro, seja inquisitório ou acusatório, enquanto uma ideia de “meio termo” no processo parece se adequar perfeitamente a situação em análise e a contemporaneidade, levando em consideração que a investigação dos fatos poderá ocorrer sem ameaças e de forma mais célere, visando

atender os interesses da sociedade e, ainda assim, preservar os direitos do acusado garantidos constitucionalmente durante o processo como a ampla defesa e o contraditório.

A partir disso, é possível observar ainda que o magistrado não deve estar apático, inerte ou vinculado exclusivamente as solicitações das partes durante o processo, o que não quer dizer, entretanto, que este magistrado deve tomar para si o poder de acusar o réu invadindo a área de atuação do Ministério Público ou querelante.

Uma atuação de forma positiva pelo magistrado não deve ser entendida como usurpação da função de acusar e ele deve ter a noção de que não é razoável atuar de forma a produzir provas sem oportunizar as partes preliminarmente, até mesmo em respeito ao sistema processual misto.

Nota-se ainda que o magistrado ao produzir a prova nada mais está fazendo do que cumprindo a sua função de solucionar os fatos e julgar o réu a partir do que observou por meio das provas produzidas, não devendo ser demonizado como juiz inquisidor que buscaria uma punição a qualquer custo, uma vez que esses poderes, por mais que entendidos como característicos do sistema inquisitório, são possíveis e aceitáveis dentro do sistema processual misto.

Outra questão fundamental é entender que há uma grande dificuldade de estabelecer um significado para o termo “verdade”, o que propicia as críticas referentes a ideia de alcance da verdade real no processo penal. Contudo, é imprescindível notar que pela dificuldade em estabelecer esse significado, deve-se utilizar a ideia de ausência de dúvida razoável, partindo do pressuposto que o réu deve ser absolvido caso haja essa dúvida razoável (*in dubio pro reo*), logo seria possível uma condenação quando o magistrado não tem essa dúvida razoável, o que é diferente de saber a verdade.

Grinover (1999, p. 73-74) ao tratar sobre a verdade através da iniciativa instrutória pelo magistrado busca identificar que

Isso não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é

imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível.

Ademais esse entendimento é perfeitamente aplicável para chegar à conclusão de que a gestão probatória pelo magistrado é legítima, uma vez que se o magistrado não buscar a verdade ou a ausência de dúvida, o processo pode não estar maduro, ou minimamente demonstrado para a sentença, por uma omissão, cujo defeito seria sanável. Dessa forma, não se deve negar a busca pela ausência de dúvida para que possa julgar o acusado, até, mesmo por não ser possível identificar previamente se o saneamento dessa dúvida será em benefício ou não ao réu.

Não parece razoável, entretanto, a argumentação no sentido que se há dúvida pelo juiz ele não deveria produzir a prova e sim proferir sentença absolutória em respeito ao princípio do *In dubio pro reo*. Evidente que o referido princípio é de grande importância para um modelo garantista de processo, contudo ele deve ser aplicado, quando, após produzir as provas necessárias e possíveis, não se pode afirmar que o acusado é culpado, não sendo ideal aplicar a presença de dúvida razoável para inocentar alguém devido a uma omissão do Ministério Público, até mesmo, levando em consideração que o Estado é parte interessada no processo tendo como objetivo a elucidação dos fatos.

Dessa forma, nota-se que uma eventual absolvição por insuficiência de provas só seria interessante ao réu culpado, já que o inocente terá o interesse de provar que não participou de qualquer delito, em especial ao analisar um sistema garantista, em não é interessante que inocentes sejam condenados, mas, nem mesmo, que culpados venham a ser inocentados.

A absolvição por insuficiência de provas não obsta a tentativa de reparação civil pela vítima, diferentemente da negativa de autoria, por exemplo. Tal fato pode ser concluído uma vez que o magistrado, na hipótese de absolvição por insuficiência de prova, vide art. 386, V, CPP, limita-se a afirmar que não há comprovação probatória de que o réu concorreu para a infração, o que é muito diferente de afirmar que ele de fato não teve participação na infração penal.

Outrossim, não se pode esquecer do importante argumento, contrário a gestão probatória pelo magistrado, referente a suposta quebra da imparcialidade. Ao que parece, o problema maior estaria no fato do magistrado atuar de forma mais positiva no inquérito, seja produzindo a prova seja determinação a prisão cautelar, e posteriormente atuar no processo, podendo ter criado prévio julgamento acerca do fato e do suposto autor.

Apesar disso, seria mais razoável a adoção de um sistema com a presença da figura do juiz de garantias, que atuaria exclusivamente durante o inquérito enquanto outro magistrado estaria agindo na fase processual, ao invés de amarrar a atuação dos juízes por uma suposição de quebra da imparcialidade, até mesmo pelo fato de que

Nesse sentido, ao expor sobre a utilização de um magistrado para a fase pré-processual e outro para a fase processual, Araújo (2018 p. 276), entende que

a perspectiva do projeto é no sentido de levar um juiz diferente para a fase pré-processual, não o responsável pela instrução e julgamento. No entanto, esse magistrado não, necessariamente, inibiria os atos de juiz em novas aquisições de provas quando a ação penal já se encontrar em fase subsequente.

Não se pode esquecer a ocorrência dessa possível quebra da imparcialidade devido a atuação do magistrado *ex officio* durante a fase processual, em que também há uma atuação com características inquisitórias. Ao que parece essa discussão é menos problemática do que a imparcialidade tratada em diferentes fases do processo, levando em consideração que o magistrado está cumprindo sua função constitucional de analisar, entender e julgar os fatos, superando, caso necessário eventual dúvida sanável.

Ademais, é substancial notar que a prova produzida no processo pode ser benéfica para o próprio réu, uma vez que não é possível adivinhar o seu conteúdo, sendo importante para concluir o processo e, se for o caso, até mesmo absolver o réu. Em especial, observa-se que tal produção probatória pelo magistrado vem a ser benéfica ao processo, quando se tem essa atuação alinhada a garantias constitucionais como o contraditório, garantindo a defesa as totais condições de atuação caso necessário.

Consoante a esse entendimento, Grinover (1999, p. 74) versa sobre a imparcialidade do magistrado e a iniciativa instrutória de forma precisa

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 a sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão. Ainda que não atinja a verdade completa, a atuação ativa do juiz lhe facilitará inegavelmente o encontro de uma parcela desta.

Ainda nesse sentido, Badaró (2017, p. 100), apresenta argumentação no sentido de que a imparcialidade do magistrado não fica comprometida com a produção probatória de ofício.

Os poderes instrutórios do juiz não representam um perigo à sua imparcialidade. É necessário, porém, esclarecer em que medida poderá exercer tais poderes. (...) Partindo da distinção entre fontes de provas e meios de provas, percebe-se facilmente, que a imparcialidade corre perigo quando o juiz é um pesquisador, ou um “buscador” de fontes de provas. Já o juiz que, diante de uma notícia de uma fonte de prova, por exemplo, a informação de que certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova correspondente - o testemunho -, para incorporar ao processo os elementos de informação contidos na fonte de prova, não está comprometido com uma hipótese prévia, não colocando em risco a sua posição de imparcialidade. Ao contrário, o resultado da produção daquele meio de prova pode ser em sentido positivo ou negativo, quanto a ocorrência do fato.

A partir das constatações expostas fica evidente que o posicionamento defendido é quanto à possibilidade de produção probatória pelo magistrado, contudo, como já evidenciado, deve-se ter cuidado para que não haja invasão no âmbito de atuação da acusação por parte do magistrado.

Portanto, parece correta a ideia de que haja certa limitação dessa atuação do Estado-juiz de forma que atue para complementar as partes, quando entender necessário e oportuno. Não se pode esquecer a importância de garantir o direito de manifestação dos envolvidos, sendo possível que o magistrado observe que determinada prova seja adequada e importante ao processo, nada impedindo que assim o faça, visando dirimir eventuais pontos nebulosos que obstem a formação de sua convicção e o auxilie a proferir sentença seja benéfica ou não ao réu, sempre oportunizando o contraditório.

Além da garantia ao contraditório, Grinover (1999, p. 74-75), mais uma vez de forma precisa estabelece outros dois limites a iniciativa instrutória pelo magistrado, qual seja a obrigação de motivação das decisões, tanto para fundamentar a necessidade de produção daquela prova bem como a sua valoração na sentença e a licitude da prova produzida, ou seja, as provas colhidas jamais poderão ser ilícitas, até mesmo em defesa de um processo constitucional e, portanto, válido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto nessa monografia, não há dúvidas quanto à relevância da discussão referente a gestão probatória pelo Estado-Juiz no processo penal, tendo em vista a preocupação com a defesa de direitos fundamentais do acusado, com o próprio devido processo legal e, até mesmo, com a eficiência da atuação investigativa do Estado.

Essa importância fica evidente pelo fato do Estado ser o único legitimado atuar de forma a punir os indivíduos transgressores, até mesmo com a limitação de um dos principais direitos conquistados pelo homem, qual seja a liberdade.

Logo, a atuação punitiva estatal deve estar absolutamente alinhada à legalidade com o objetivo de que a liberdade de inocentes não seja suprimida, e nem mesmo que o Estado falhe na promoção da segurança, também consagrada como direito do

cidadão, permitindo que pessoas que cometeram crimes fiquem impunes comprometendo a vida dos demais cidadãos, ou até mesmo, prejudicando a atuação do próprio estado.

Inicialmente é patente a importância da prova para o processo penal, uma vez que esta tem grande responsabilidade na reconstrução dos fatos passados que irão auxiliar o Estado a entender o que de fato ocorreu e, assim, justificar sua eventual ação punitiva em face de determinado (s) indivíduo (s).

A prova é, portanto, é um poderoso elemento motivador do juiz, que irá auxiliá-lo em suas decisões e em seu convencimento que será fundamental para proferir uma eventual sentença condenatória, uma vez que a existência de uma dúvida deve determinar a absolvição do réu pelo conhecido e fundamental princípio processual penal *in dubio pro reo*.

Dessa forma, deve-se observar os três sistemas processuais penais mais conhecidos, quais sejam o sistema inquisitório, acusatório e misto para entender o funcionamento do sistema brasileiro.

Referente ao inquisitório nota-se como característica a reunião das funções de defender, acusar e julgar, com evidente supressão de garantias ao acusado que passa a ser considerado um meio de obtenção de prova, prevalecendo o sigilo, além de ter como objetivo a confissão sendo esta a chave para a verdade e solução da questão.

O sistema acusatório, por sua vez, apresenta uma separação de funções com indivíduos diferentes dentro do processo, em que há evidente respeito ao réu, com a garantia de ampla defesa, contraditório e a existência, em regra, da publicidade.

Há, então, um modelo híbrido de sistema processual que contém características presentes nos dois sistemas existentes, sendo assim um modelo misto. Tal modelo, evidencia a existência de garantias ao acusado com a presença de poderes instrutórios, como a produção probatória pelo magistrado, ou seja, há a presença da ampla defesa, contraditório e publicidade, ao menos de forma mais enfática na fase processual, combinada com poderes típicos de um sistema inquisitório.

Além disso, nota-se uma certa mitigação dessas garantias do suspeito na fase pré-processual, levando em consideração a não existência, ou limitação, da ampla defesa, contraditório e publicidade. Assim sendo, tal modelo afasta-se de um sistema acusatório puro, sendo um modelo intermediário entre os dois abordados.

Conclui-se que no Brasil o modelo processual penal vigente é o misto, em que há presença de características do modelo acusatório, bem como do modelo inquisitório, até mesmo pelo fato de que a lei brasileira não evidencia, de forma taxativa, qual modelo adota, apesar de divergência doutrinária. Fica evidente ainda, que o legislador previu, tanto que os direitos do réu sejam assegurados quanto a presença de certos poderes instrutórios fundamentais para o prosseguimento do processo.

A partir disso, pode-se observar a possibilidade de coexistência entre essa forma de atuação estatal com os princípios básicos presentes no processo penal e as garantias constitucionais do réu, de forma que o sistema misto não é impossibilitado.

Assim sendo, a doutrina diverge sobre o tema. Diversos doutrinadores entendem pela impossibilidade da atuação estatal no sentido de produção de provas pelo magistrado, com diferentes argumentações, que partem, basicamente, do entendimento que o Brasil adota o sistema acusatório, logo não seria cabível tais poderes instrutórios, ou até mesmo pela ideia de quebra de imparcialidade do magistrado em que este estaria invadindo a atuação da acusação, que tem o ônus da prova, sendo, portanto, uma atuação ilegal do magistrado.

É possível, entretanto, notar a existência de outra vertente que possui um posicionamento divergente. A argumentação é de que tal atuação é possível pelo modelo processual misto existente no Brasil, bem como pela justificativa de busca pela verdade do processo, ou pelo menos da aproximação dessa verdade e através do entendimento que a imparcialidade não sofre prejuízo, levando em consideração que não é sabido se a prova produzida será favorável ou contrária ao acusado, não devendo o magistrado ficar inerte, e que esta atuação esteja vinculada com princípios do processo penal, como o contraditório.

Nota-se ainda, que parte da doutrina que entende pela existência do sistema processual acusatório no Brasil, admite a atuação de ofício do magistrado por entender que a imparcialidade não estaria comprometida. Esse entendimento parte do pressuposto que um processo acusatório moderno reconhece o direito a produção probatória pelas partes, com a possibilidade de atuação de ofício pelo juiz de forma suplementar para a resolução do fato (Badaró, 2017, p.101).

A partir dos argumentos expostos e debatidos, restou evidente a adoção de posicionamento favorável a atuação estatal no sentido da produção probatória, desde que ressalvados os limites a essa atuação, como a obrigação de motivação, a valoração da prova na sentença e a licitude da prova produzida, além da existência do contraditório.

Tal posicionamento foi adotado com base no entendimento de que a produção probatória pelo juiz faz parte do seu âmbito de atuação, não sendo, portanto, uma usurpação de função. Isso pois, uma melhor resolução do caso é fundamental para o suspeito inocente, uma vez que uma eventual absolvição por falta de provas interessa apenas ao suspeito que cometeu o delito e não ao inocente, uma vez que essa espécie de absolvição não elimina eventuais sanções civis.

Assim sendo, é cerne observar a importância de termos um processo penal eficiente que tenha a capacidade de resolver os fatos em questão, a fim de se evitar injustiças, até mesmo com inocentes que são injustamente condenados, e que venham a merecer uma sentença absolutória, a fim de não sofrerem outras consequências passíveis dentro do âmbito de atuação do direito.

Não obstante, é importante destacar outras possibilidades que venham a ser mais eficientes para evitar uma lesão a imparcialidade do magistrado, sem que haja prejuízo na eficiência do processo, como a adoção de um sistema de juiz de garantias, que resolveria, em partes, a questão da imparcialidade do magistrado que participa da fase pré-processual e processual.

A fim de garantir uma ampla averiguação dos fatos, entende-se pela possibilidade de produção probatória de ofício pelo magistrado, sempre observando os direitos

garantidos a defesa, bem como a adoção da razoabilidade para que este representante do Estado não venha interferir no âmbito de atuação da acusação e, ainda, que o direito das partes em produzir a prova não fique suprimido.

Nota-se que, quanto ao artigo 156, caput, do Código de Processo Penal, é possível entender a necessidade de uma alteração legislativa, em especial quanto ao início do dispositivo, tendo em vista que, apesar do entendimento de que a iniciativa probatória do magistrado se faz possível, o ônus da prova é, em regra, da acusação, o que não deve, contudo, obstar a produção da prova pelo magistrado quando necessário.

Por fim, entende-se que muito deve ser feito para se chegar a um estágio ideal quanto ao processo penal brasileiro, inclusive pode-se entender como possível, uma eventual alteração no texto legislativo a fim de colocar certos limites ao juiz, contudo, isso não deve ser pretexto para torna-lo um agente inerte e estritamente vinculado as partes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. 2. ed. Revista e Ampliada. Curitiba: Jorúá Editora, 2013.

ARAÚJO, Dyellber Fernando de Oliveira. O olhar cruzado entre a busca pela verdade e a imparcialidade do juiz no cenário luso-brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol. 140, ano 26, p. 247-296, fev. 2018.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **PROCESSO PENAL**. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 out 2018.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES FILHO, A; BADARÓ, G. Prova e Sucedâneo de Prova no Processo Penal Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol. 65, ano 15, p. 175-208, mar-abr. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol. 27, ano 7. p. 247-296, set. 1999.

LAKATOS, E; MARCONI, M. **Fundamentos De Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 100 e 157. Disponível em: https://docente.ifrn.edu.br/olivianeta/disciplinas/copy_of_historia-i/historia-ii/china-e-india. Acesso em: 10 fevereiro. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: Volume Único**. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.1.

MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEZZAROBA, O.; MONTEIRO, C. **Manual De Metodologia Da Pesquisa No Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 72/73 e 75. Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnx1Y2FtMjAwOXxneDo2ZjBjMTU0MjY2MjhmZDY4>. Acesso em 08 fevereiro de 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Disponível em:

http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20dos%20Jogos%20-compacto-Alexandre_Morais_da_Rosa.pdf. Acesso em: 20 de março de 2019.

TAVORA, N.; ALENCAR, R. **Curso de Direito Processual Penal**. 14. ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 31. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

WEDY, M.; LINHARES, R. O Juiz e a Gestão da Prova no Processo Penal: entre a imparcialidade, a presunção de inocência e a busca pela verdade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol. 119, ano 24, p. 201-240, mar-abr. 2016.