



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Da não recepção das normas processuais penais que permitem a atuação do magistrado criminal na determinação de produção de provas de ofício

Igor Moscovici

Rio de Janeiro  
2013

IGOR MOSCOVICI

Da não recepção das normas processuais penais que permitem a atuação do magistrado criminal na determinação de produção de provas de ofício

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.  
Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2013

## DA NÃO RECEPÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS PENAIS QUE PERMITEM A ATUAÇÃO DO MAGISTRADO CRIMINAL NA DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO

Igor Moscovici

Graduado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Advogado.

**Resumo:** Diante da evolução da proteção do valor da dignidade da pessoa humana e seus desdobramentos, principalmente no que concerne às liberdades individuais que o Direito Processual Penal pode restringir, os ordenamentos jurídicos contemporâneos passaram a tutelar especificamente órgãos dotados de atribuições e maneiras de se promover a acusação e produção de provas. Nesse diapasão, o sistema brasileiro assim determinou, elencando normativamente a atuação exclusiva do Ministério Público na promoção da ação penal, excepcionando-se, apenas, a ação penal privada, em delitos de interesse público diminuto. A essência do trabalho é a abordagem das previsões do ordenamento jurídico pátrio que conferem ao magistrado a possibilidade de atuar de ofício, em substituição ao órgão acusador, quando assim entender necessário, ferindo-se a sistemática acusatorial a que estamos vinculados.

**Palavras-chave:** Processo penal. Gestão de provas. Atuação do magistrado de ofício. Não recepção. Sistema acusatorial. Neoinquisitivo. Inquisitivo. Presunção de inocência.

**Sumário:** Introdução. 1. Dos diferentes sistemas de gestão de prova no processo penal. 2. O sistema brasileiro de acusação e gestão de prova no processo penal. 3. A atuação de ofício do magistrado e suas previsões legais no CPP: crítica e incompatibilidade com a CRFB/88. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O objeto geral do trabalho realizado se fundamenta na contextualização e abordagem crítica no que concerne às disposições elencadas no CPP quanto à gestão de provas no processo penal pátrio e, conseqüentemente, uma análise do sistema gestacional adotado no ordenamento jurídico brasileiro. A análise dos dispositivos legais acerca do funcionamento da gestão da prova no processo penal é de importância exacerbada, uma vez que representa ponto norteador para a realização da atividade jurisdicional do magistrado.

Diante de tal estudo, pode-se definir, especificamente, o sistema de gestão adotado pelo Brasil, bem como a *ratio* a que o Poder Constituinte Originário e o Legislador Derivado visavam com a elaboração de tais normas de natureza processual.

Consequentemente, após a delimitação do sistema a que o Código, de maneira *lato sensu*, está filiado, estabelece-se um comparativo com as novas disposições, valores e princípios emanados com o advento da CRFB/88 – norma suprema –, de maneira a impor sobre determinadas normas o manto da “não recepção” ou inconstitucionalidade superveniente (a depender da tese doutrinária adotada sobre a temática constitucional), preservando-se a unissonidade e compatibilidades horizontal e vertical das leis nacionais.

Neste sentido, a pesquisa se mostra de relevante importância no atual momento histórico em que a sociedade brasileira se encontra, qual seja, de legítima e elevada confiança na Jurisdição como poder do Estado responsável por trazer respostas às demandas sociais e conferir tratamento igualitário a todos, em uma sociedade marcada pelo elevado grau de estratificação social e não-igualitarismo.

Assim, o possível afastamento de tais normas que conferem poderes aos Judiciário, em detrimento aos valores emanados pelo sistema de gestão de prova como um todo, legitima e corrobora o papel do magistrado como ser de julgamento elevado e imparcial, adjetivação relevantíssima ao se falar de demandas que versam, principalmente, sobre a possibilidade de restrição aos mais relevantes direitos fundamentais, quais sejam, a vida e a liberdade individual.

O construção do artigo acerca da temática suscitada visa, além do exposto supracitado, a despertar na doutrina pátria o descontexto de determinadas normas elencadas no Código de Processo Penal, acerca da temática da “gestão de provas”, em detrimento do princípio norte da atividade jurisdicional penal, qual seja, *in dubio pro réu*, cuja aplicação vem, em diversos

momentos, sendo afastada, dando lugar a um *in dubio pro societatis* subvertido, sem posituação em nosso ordenamento.

Desta forma, entende-se que há relevância social e jurisdicional acerca da temática, uma vez que a discussão proposta aspira a legitimar os direitos previstos na CRFB/88 aos acusados criminais, bem como elevar a qualidade jurídica nas normas de processo penal, conferindo-se conformidade aos valores constitucionais vigentes atualmente, principalmente no que concerne à compatibilidade vertical necessária ao correto funcionamento da pirâmide normativa nacional, espinha dorsal do funcionamento do sistema jurídico brasileiro.

## **1. DOS DIFERENTES SISTEMAS DE GESTÃO DE PROVA NO PROCESSO PENAL**

Em conformidade com a finalidade retrospectiva do processo penal, “provas” são materiais que permitem a reconstrução histórica de hipóteses avançadas de determinado caso concreto, cuja finalidade precípua é a de convencimento do seu primeiro destinatário, qual seja, o juiz.

Vincula-se, desta forma, a atividade probatória com a possibilidade de convencimento do magistrado, cujo “sentir” embasado nas provas legitimará o capítulo dispositivo elencado em sua sentença, ensejando a absolvição ou condenação daquele acusado pelo *jus puniendi* do Estado.

Se o direito processual penal possui como principal função reconstituir o fato histórico levado ao conhecimento jurisdicional, até porque é o fato histórico que faz a coisa julgada material nesse ramo do direito, a gestão da prova encerra posição de destaque em tal sistemática, uma vez que será a grande responsável pelo estabelecimento das diretrizes e limites dessa reconstrução.

Historicamente, sabe-se que diferentes modos de construção de convencimento do juiz existiram ao longo da evolução dessa disciplina teórica, *modus* tais que guardam sempre uma estreita ligação com o período político-filosófico e histórico em que a sociedade elaboradora convivia.

Pode-se citar três sistemas básicos de gestão de provas existente na doutrina processual, quais sejam, o Modelo Acusatório, o Modelo Inquisitório e o Modelo Misto (ou Acusatório Formal), enumerados em uma ordem, não aleatória, mas sim, em cronologia com seus momentos de criação legislativa.

No entendimento da doutrina brasileira, entende-se que “cronologicamente, o Sistema Acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo Sistema Inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII”<sup>1</sup>. Contemporaneamente, na atualidade, o sistema adotado no Brasil seria o Sistema Misto, mais uma vez embasando-se nas afirmações doutrinárias relevantes que serão elencadas à frente.

Apesar de o Modelo Acusatório ter data de criação anterior ao Inquisitivo, por motivos didáticos, entende-se que a exposição conceitual do Sistema Inquisitivo deve ser feita com primazia, já que o atual modelo brasileiro se assemelha bastante com o Modelo Acusatorial, facilitando, quando de seu estudo mais aprofundado, a exposição dos contrapostos entre a sistemática adotada pela legislação pátria e a atual Constituição Federal de 1988.

Explicado isso, adentra-se na conceituação do Modelo Inquisitivo que, em linhas gerais, pautou-se no poder dado ao próprio magistrado para realizar, ao seu alvedrio, a gestão e o poder de iniciativa probatória. Algo bastante primitivo, em total desconformidade com a atual gestão

---

<sup>1</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.58.

processual de provas contemporânea, que modernamente vem se embasando na importância da polarização das partes e divisão concentrada de papéis para cada ente participante do processo.

Aury Lopes Jr. estabelece que o Modelo Inquisitivo é pautado por uma disputa desigual entre juiz-inquisidor e o acusado. Nesse sentido, temos a seguinte situação acerca de tal sistemática:

[...] 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 de investigação<sup>2</sup>.

Em tal modelo, qual seja, o Inquisitivo, conta-se o resultado obtido a qualquer custo, qual seja, a condenação, sendo o juiz o responsável a quem se atribui poderes instrutórios. A conferência de tais poderes ao magistrado criminal impende a realização inversa do procedimento correto de se elaborar o raciocínio e, conseqüentemente, julgar determinado caso concreto.

Isso ocorre porque, como detém poderes de instrução, primeiramente, o magistrado realiza, em sua cabeça, a decisão do caso para, posteriormente, perseguir os fatos e seu lastro probatório que justifiquem tal decisão que, na realidade, já foi tomada internamente, de maneira precipitada.

A inversão ocorre, exatamente, por se decidir o caso antes de se realizar a colheita das provas necessárias, quando dever-se-ia proceder à união de todos os vestígios probatórios relativos ao caso concreto para, posteriormente, realizar um juízo de condenação ou de absolvição.

Perigosamente, o sistema inquisitório estabelece uma intensa mistura de funções ao magistrado: tanto a aquisição, como também o juízo de admissibilidade da prova a ser produzida

---

<sup>2</sup> Ibid., p. 63.

ou já diligenciada, ambos são determinados e ponderados pela mesma pessoa física, inexistindo a devida separação entre os encarregados de cada uma dessas atribuições que, em tese, deveriam ser funções concentradas em pessoas distintas, polarizadas, operando-se a correta análise do material *probandi*.

O fato de as funções estarem imiscuídas em uma entidade única, qual seja, o magistrado, implica a impossibilidade de uma correta análise da licitude do ato de admissão da prova e, conseqüentemente, acaba por “envenenar” todo o decorrer do procedimento de apuração do delito, que resta prejudicado em decorrência dessa inicial contaminação procedimental.

Para Rangel, em sua análise do Sistema Inquisitivo, corroborando o entendimento acerca da contaminação evidente das provas produzidas à luz do Sistema Inquisitivo, conclui que:

[...]o Estado-juiz concentrava em suas mãos as funções de acusar e julgar, comprometendo, assim, sua imparcialidade. (...) Portanto, o próprio órgão que investiga é o mesmo que pune. No Sistema Inquisitivo, não há separação de funções, pois o juiz inicia a ação, defende o réu e, ao mesmo tempo, julga-o.<sup>3</sup>

Nesse sentido, a doutrina estabelece que “o erro psicológico de crer que uma mesma pessoa possa exercer funções antagônicas, como acusar, julgar e defender; ou, em termos probatórios, ter iniciativa probatória, realizar o juízo de admissibilidade e gerir sua produção”<sup>4</sup> descreditou o sistema inquisitório, levando ao seu intenso declínio e ausência de espaço na sociedade moderna, a partir do final do século XVIII, início do século XIX, quando a Revolução Francesa e seus novos postulados filosóficos e reformistas acabaram por repercutir no processo penal.

Em uma espécie de contrapartida reacionária ao sistema inquisitório, em conformidade com todas as críticas supramencionadas, elenca-se a existência de um modelo contraposto e

---

<sup>3</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Atlas, 2012, 47.

<sup>4</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935, p. 29.

aprimorado, qual seja, o Modelo Acusatório, que já existia na Grécia Antiga, como primeiro modelo de gestão de prova criado pela sociedade humana, mas de forma bastante primitiva.

Nessa primeira existência acusatória, tinha-se que um cidadão do povo era o acusador de crimes graves, sendo o responsável por reunir todas os fatos e provas considerados relevantes casuisticamente àquela análise em voga. Após, tinha-se a sentença do caso, a ser prolatada por um magistrado que deveria pertencer aos quadros do funcionalismo público do Estado.

De forma moderna, após o declínio do Modelo Inquisitivo, o Modelo Acusatorial que (re)entra em cena era embasada no primitivamente criado no Império Grego, mas com melhorias e enquadramentos que permitiam o exercício da atividade probatória em conformidade com o grau de desenvolvimento mais aprimorado, atingido séculos depois do fim do Império Grego.

Em tal modalidade acusatorial recente, na tentativa de aperfeiçoamento das mazelas percebidas com a aplicação do sistema anteriormente apresentado, o magistrado criminal mantém posição afastada e dissociada da atividade de iniciativa probatória do caso histórico em concreto. Assume, pois, posição de mero expectador, sem os aspectos de iniciativa probatória que antes lhe eram conferidos.

Assim, as partes são as responsáveis por trazer ao processo penal os elementos que entendem ser necessários à comprovação da versão histórica apresentada. Ao juiz resta, tão somente, formar seu convencimento através da prospecção de convencimento sobre tais elementos concretos trazidos, atuando de maneira passiva e, de certa forma, envolto por uma inércia.

Decorrência lógica do fato de o magistrado ser mero expectador da instrução probatória no sistema acusatorial, a forma com que os atos processuais são praticados acaba por ganhar importância relevantíssima, uma vez que com o juiz ocupando menor espaço na instrução processual, eleva-se a importância do rito conferido ao caso concreto, para que o respeito

procedimental seja perpetrado sem a interferência direta do entendimento interno e psicológico do magistrado.

Nasce, nesse contexto, o Ministério Público: se o paradigma anterior do Sistema Inquisitivo era pautado na unificação de poder na produção e gestão de prova criminal, o declínio de tal sistemática, naturalmente, viria a ser reacionário a essa figura imiscuída de ambas as funções de acusação e julgamento. Cingia-se, nesse momento, de maneira moderna, a atuação processual de acusação e defesa, conferindo ao Ministério Público a incumbência de realizar a acusação criminal.

Numa sistemática acusatória, portanto, como forma de se assegurar a imparcialidade do julgador responsável por aplicar a jurisdição àquele caso concreto hipotético, recomenda-se que o juiz promova e impulse o confronto e debate entre as partes. A atividade probatória do juiz deve se inserir em um contexto de subsidiariedade, de maneira a preservar a sua imparcialidade e, por via de consequência, a espinha dorsal do sistema acusatório segregador das funções de produção e requisição de provas e julgamento da demanda levada ao Judiciário.

Desse modo, ou seja, ao promover o diálogo entre as partes processuais, o juiz se coloca em condições de julgar o mérito do processo, seja no sentido de acolhimento da pretensão acusatória, condenando o acusado; seja no sentido de rejeitar a pretensão acusatória, absolvendo o réu, de maneira imparcial e afastada de toda a conjugação probatória necessária à formação do lastro suficiente à resolução do caso.

A evolução dos sistemas gestacionais, então, ainda que de maneira bastante gradativa, se torna bastante evidente, ao se realizar a comparação entre ambos os sistemas Inquisitivo e Acusatorial, de modo a se poder afirmar que importantes conquistas foram galgadas com o advento do pensamento filosófico mutante do paradigma da época, que culminou na efetiva criação moderna do Modelo Acusatorial e impôs a elaboração de um órgão responsável pela

acusação, o Ministério Público, que convive até os dias atuais no iter da atuação do Poder Jurisdicional. Necessário, pois, diagnosticar em que momento e forma o Brasil se insere nos Sistemas processuais existentes.

## **2. O SISTEMA BRASILEIRO DE ACUSAÇÃO E GESTÃO DE PROVA NO PROCESSO PENAL**

Importante, nesse ponto, adentrar-se à definição e contextualização da sistemática brasileira de gestão de prova, pelo magistrado, delimitando-se qual modelo processual vige no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, como ocorre em grande parte da cultura e história brasileira, o sistema de gestão de prova no processo criminal pode ser qualificado como “peculiar”, em grande aspecto. Para a maior parte da doutrina, o Brasil seria adepto de um sistema que não se enquadra nas definições do Modelo Inquisitivo, tampouco nos ditames do Modelo Acusatorial, ou seja, estar-se-ia em um patamar intermediário entre ambos, conferindo-se, a tal situação, o nome de Modelo Misto.

Tal definição intermediária de sistema é determinada por uma espécie de coexistência de dois modelos de pensamento processual penal na legislação pátria: pode-se dizer que existe uma determinação legal, no Código de Processo Penal; e outra na Constituição Federal, de 1988, ambos divergentes em vários aspectos.

Assim, Nucci entende que:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registre-se desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal,

poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva<sup>5</sup>

O Sistema Misto, pois, seria o atual modelo vigente no Brasil, como sendo uma mescla entre dispositivos que traduzem ambos os sistemas Inquisitivo e Acusatório, imiscuídos e criando um novo sistema próprio, com características híbridas. Tem-se, em verdade, uma junção do ideal, elencado na Constituição Federal de 1988, com o real, disposto no CPP.

Para Távora e Alencar, na mesma linha de raciocínio atribuída por Nucci, o Brasil segue, efetivamente, um modelo de gestão misto. Conforme seu entendimento, “a doutrina brasileira costuma referir-se ao modelo brasileiro de sistema processual, no que se refere à definição da atuação do juiz criminal, como um sistema de natureza mista”<sup>6</sup>.

Na mesma linha de pensamento, pode-se, ainda, citar como referência Tourinho Filho, que conclui, em sua obra, que “no direito pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer, não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade”<sup>7</sup>.

Há quem defina o sistema brasileiro como sendo uma espécie mais garantista do Inquisitivo, denominando de Neoinquisitivo. Nesse sentido, Aury Lopes Jr. estabelece que o Brasil adota “não o modelo inquisitório historicamente concebido em sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório”<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 126.

<sup>6</sup> TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 13.

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 124.

<sup>8</sup> LOPES JUNIOR, op. cit., 2011, p.523.

Seguindo tal lógica de raciocínio, Rangel elenca que “o Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência (...). Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito”<sup>9</sup>.

Coexistem, portanto, em nosso ordenamento, normas de cunho eminentemente acusatórias, bem como outras com viés bastante inquisitivo, ambas aplicadas em concomitância nos casos concretos solucionados pelo Judiciário, e formando o que a doutrina denomina de Sistemática Mista de gestão de provas.

### **3. A ATUAÇÃO DE OFÍCIO DO MAGISTRADO E SUAS PREVISÕES LEGAIS NO CPP BRASILEIRO: CRÍTICA E INCOMPATIBILIDADE VERTICAL COM A CRFB/88**

Já conceituados os modelos de gestão de prova existentes na doutrina, bem como identificado qual o modelo é aplicado ao caso da legislação brasileira, importante, nesse momento, é definir quais são as normas que coabitam no ordenamento jurídico, mais precisamente no Código de Processo Penal, que devem ser valoradas à luz da Carta de 1988, a fim de se extrair a existência ou não de compatibilidade vertical entre ambas as legislações citadas.

O atual Código de Processo Penal, principal instrumento legislativo a ser aqui estudado, em diversos momentos de sua vasta legislação, estabelece disposições acerca do poder conferido aos magistrados, que são relevantes à luz do Sistema Acusatório ontologicamente adotado pela Constituição Federal de 1988, emanada pelo Poder Constituinte Originário.

Pode-se citar, desta forma, como principais exemplos dessas normas elencadas no Código de Processo Penal, em ordem crescente de numeração: (i) possibilidade de o magistrado requerer

---

<sup>9</sup> RANGEL, op. cit., p.53.

a abertura de inquérito, de ofício (art. 5º, inciso II, do CPP); (ii) determinação de diligências, pelo magistrado, ainda que em fase de inquérito policial (art. 13, inciso II, do CPP); (iii) determinação da produção de provas que entende ser relevantes e urgentes, de ofício (art. 156, inciso I, do CPP); (iv) a fim de dirimir suas dúvidas sobre pontos que considera relevantes, determinação de diligências, até antes de momento imediatamente anterior à prolação da sentença (art. 156, inciso II, do CPP); (v) oitiva de testemunhas que não foram indicadas pelas partes, mas que entende ser relevantes à elucidação do caso concreto a ser sentenciado (art. 209, do CPP); (vi) possibilidade de realização, pela própria autoridade judiciária, de busca domiciliar (art. 241, do CPP); (vii) decretação de prisão preventiva de ofício pelo magistrado (art. 311, do CPP); e (viii) concessão de *habeas corpus* de ofício (art. 654, §2º, do CPP), entre outras.

Quanto às principais disposições textuais elencadas acima, destaca-se que, no que concerne à possibilidade de instauração de inquérito policial de ofício, pelo magistrado, é imperioso afirmar-se pela não recepção de tal dispositivo processual, por clara afronta à sistemática Acusatorial elencada na Carta de 1988.

Em face desse dispositivo processual penal, deve-se aplicar o art. 40, também do CPP, no sentido de se remeter as informações recebidas ao Ministério Público para que esse órgão cumpra as determinações cabíveis no caso concreto, respeitando-se sua atribuição constitucional, elencada no art. 129 da Carta Maior.

Quanto à determinação de diligências, pelo magistrado, ainda em fase de inquérito policial, entende-se que “se ainda não há o exercício pleno do direito de agir, não deve haver intervenção do Estado-juiz”<sup>10</sup>. A fase instrutória prévia, qual seja, o inquérito em sede policial, não tem espaço para a atuação jurisdicional, até por ser concebido como uma fase que antecede tal esfera de poder, estando a cargo da autoridade policial, que sofre o controle externo do

---

<sup>10</sup> RANGEL, op. cit., p.59.

Ministério Público, determinar o que entende pertinente, no âmbito das investigações travadas no caso concreto. Se não há ação, a legislação não deveria determinar a possibilidade de atuação do juiz, uma vez que ainda sequer houve a provocação do Poder Judiciário.

Importante ressaltar, ainda, a elevada disparidade do disposto no art. 241, do CPP, quanto à possibilidade de o magistrado realizar busca domiciliar, em detrimento ao Sistema Acusatório constitucionalmente previsto. O dispositivo elencado representa mais uma clara herança e influência que o Modelo Inquisitivo estabeleceu no ordenamento.

Nesse sentido, importante elencar as disposições quanto ao tema realizadas por Rangel:

O dispositivo legal (...) permite ao juiz (e/ou à autoridade policial) realizar pessoalmente, busca domiciliar, dispensando para tal a expedição de mandado, pois era ele mesmo quem tinha a legitimidade para expedir ordem judicial (...). Trata-se de herança do sistema inquisitivo, em que o juiz chamava para si a função persecutória e realizava diligências investigatórias para depois promover a ação penal.<sup>11</sup>

Tem-se, ainda, no ordenamento, além das normas a que o CPP faz alusão expressa, normas esparsas que também conferem poder ao magistrado na produção de provas, em clara dissonância com o Sistema Acusatorial.

Assim, pode-se determinar, exemplificativamente: (i) possibilidade de o magistrado recorrer de ofício, quando da decisão de arquivamento dos crimes contra a saúde pública ou contra a economia popular (art. 7º, da Lei 1.521/51); possibilidade de colheita, pelo juiz, de elementos necessários ao esclarecimento da verdade processual, ainda em fase de persecução (art. 3º, da Lei 9.034/95); e, por fim, possibilidade de o magistrado atuar de ofício, ainda em fase de inquérito policial, na determinação de realização de interceptação telefônica de qualquer natureza (art. 3º, da Lei 9.296/96).

---

<sup>11</sup> Ibid., p. 64.

Todas as normas acima colacionadas conferem ao juiz do caso poderes extremos quanto à instrução do processo penal. Entretanto, analisando-se atentamente suas disposições, facilmente percebe-se que muitas delas implicam prévio juízo de valor sobre o caso concreto, a ser realizado pelo magistrado, a fim de proceder em conformidade com o determinado nos artigos supramencionados, o que por si só se apresenta em clara afronta ao Sistema Acusatório a que a Constituição Federal se filiou.

Sabe-se que o Poder Constituinte Originário é ilimitado, o que significa dizer que não há que se falar em qualquer determinação que delimite sua atuação, quando da promulgação de uma Carta Constitucional, quanto à forma de dispor sobre certa temática, ou mesmo quais as temáticas obrigatórias a serem dispostas.

Nesse sentido, ainda que Cartas Constitucionais anteriores determinassem de forma diferente, ou determinados grupos políticos quisessem limitar a atuação do Constituinte, fato é que a Constituinte de 1988 se encontrava em plena liberdade de atuação, quando da forma como dispôs acerca de seu texto. Tal constatação é de relevante importância para a temática, visto que a determinação desse Poder no sentido de conferir ao Ministério Público a atuação privativa da acusação criminal de interesse público relevante é plenamente válida e dotada de eficácia.

Assim, as normas que, quando da promulgação da Carta de 1988, não estavam em consonância com tal disposição, bem como com todos os princípios enumerados pela Carta, podem ser consideradas não recepcionadas pelo atual ordenamento jurídico pós 1988, uma vez que afrontam diretamente preceitos e ideais constitucionalmente previstos, quando da análise de sua compatibilidade vertical. Pelo fato de o sistema jurídico pátrio ter o dever de ser uníssono e sem contradições, questões constitucionais devem ser trazidas à tona, de maneira a determinar essa coesão sistemática.

Ontologicamente, analisando-se o que a Constituição de 1988 elenca acerca do devido processo legal (do contraditório e da ampla defesa), do juiz natural e principalmente da atuação privativa do Ministério Público na acusação criminal, extrai-se com facilidade a opção do legislador constituinte acerca do Modelo Acusatório, sem se conferir ao magistrado as possibilidades antes vigentes acerca dos poderes instrutórios e acusatórios.

Assim, é de normal ocorrência que uma legislação datada de 1941, ano em que o CPP foi elaborado, contenha inúmeros preceitos contrários às disposições de uma Carta Constitucional datada de 1988, com reclames sociais e filosóficos bastante distintos do daqueles existentes à época da feitura do CPP, há mais de quarenta anos da Constituição que atualmente vige.

A essa análise de compatibilidade entre normas vigentes anteriormente a uma nova Carta Política confere-se o nome de recepção, como já supramencionado, estabelecendo-se que são recepcionadas as normas que corroboram os ideais de uma Constituição quando há uma compatibilidade material em sentido vertical, ainda que formalmente a atual Carta exija forma legislativa distinta. São rotuladas de não recepcionadas aquelas normas que se encontram em dissonância com os dispositivos expressos e sentido ontológico da nova ordem constitucional, normas essas que têm cassada a sua validade pré-existente. É o caso das normas acima colacionadas que conferem aos magistrados o poder instrutório e inquisitivo no processo penal.

Nesse contexto, quanto ao fenômeno da “recepção”, conforme Alexandre de Moraes, tem-se que:

Recepção consiste no acolhimento que uma nova constituição posta em vigor dá às leis e atos normativos editados sob a égide da Carta anterior, desde que compatíveis consigo. O fenômeno da recepção, além de receber materialmente as leis e atos normativos compatíveis com a nova Carta, também garante a sua adequação à nova sistemática legal.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 670.

Toda a crítica acerca da validade de tais normas do CPP é pautada, principalmente, no disposto no art. 129, inciso I, da Constituição Federal, que elenca como função institucional privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública. Tal dispositivo teria expressamente determinado uma opção seguida pelo Poder Constituinte Originário, que traz como consequência lógica a não recepção das normas que comparativamente estão em dissonância a ela.

Ora, tem-se, portanto, uma Constituição, datada de 1988, como norma que confere validade a todo o ordenamento jurídico que lhe está abaixo, determinando a atuação privativa do Ministério Público como responsável pela promoção da ação penal pública. Paralelo a isso, um CPP anterior (e algumas leis esparsas) que elenca poderes ao magistrado, poderes esses que estão em confronto com tal disposição expressa do art. 129, inciso I, da CRFB/88. Há uma clara incompatibilidade vertical que obrigatoriamente leva à não recepção de todas as normas que dispões de forma diversa da Carta Maior atual, e que foram exemplificativamente elencadas ao longo do trabalho aqui exposto.

Exemplificando, como se compatibilizar a possibilidade de o magistrado requerer a produção de provas que entende relevantes, conforme o art. 156, do CPP, estabelece, com base no atual ordenamento jurídico vigente e o disposto no art. 129, da Constituição? À luz da CRFB/88, não há como se falar nessa possibilidade. O encargo probatório é de responsabilidade de quem realiza a acusação, ou seja, do Ministério Público, sob pena de esse órgão acusador sofrer o ônus elencado na lei, qual seja, de ver improcedente sua alegação com base em insuficiência de provas.

Quanto à questão relativa ao ônus da prova, pode-se citar como referência ao tema Afrânio Silva Jardim, que estabelece que “o ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação e relaciona-se com todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado”.<sup>13</sup>

Assim, não compete ao magistrado, à luz do Sistema Acusatório, qualquer atividade de produção de provas de ofício, sob pena de macular tal sistema e (re)trazer à tona o Sistema Inquisitivo, a que a Constituição não alude em sua vasta e analítica disposição.

Para Pacelli e Fischer, “há que se concluir caber à acusação, sobretudo ao Ministério Público, titular da ação penal pública, os ônus da prova do fato, da autoria e das circunstâncias e demais elementos que tenham qualquer relevância para a afirmação do juízo condenatório”.<sup>14</sup>

Na verdade, na maior parte das vezes, o que o CPP estabelece é a forma como o magistrado criminal deve atuar quando psicologicamente está em dúvida acerca de determinado ponto da acusação ou quando o Ministério Público não se desincumbe de sua principal função, qual seja, acusar com um lastro probatório minimamente palatável.

A título de exemplo, ilustra-se novamente com a importante norma disposta no art. 156, do CPP, que confere a possibilidade de o juiz requerer diligências para dirimir suas dúvidas quanto à acusação. Se temos o Ministério Público como órgão privativo de promoção da ação penal pública e, mesmo após essa promoção, o juiz criminal se encontra em dúvida quanto à acusação, o que fazer? Conforme o CPP, diligências podem ser expedidas, para que o juiz se convença de que a verdade dos fatos está sendo efetivamente reproduzida. Todavia, diferente solução a Constituição estabelece.

Data máxima vênia ao doutrinador Tourinho Filho, critica-se tal ponto de sua obra. Tal mestre defende a tese de que “o ônus da prova incumbe às partes, mas o juiz não é um espectador

---

<sup>13</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Processo Penal: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 221.

<sup>14</sup> PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 311.

de sua produção podendo, a qualquer instante, determinar de ofício, quaisquer diligências para dirimir dúvidas”<sup>15</sup>.

Todavia, não se está defendendo a ideia de um juiz inerte, quando da determinação da não recepção de tais normas processuais penais. Ao contrário: defende-se a ideia de o juiz ser o mais ativista possível, já que ao se limitar à função de julgar imparcialmente o processo que lhe cabe, o magistrado acaba por exercer o maior ativismo que qualquer do povo pode realizar, qual seja, o de efetivar e obedecer um preceito constitucionalmente previsto e indiretamente realizar a defesa do texto constitucional e da própria Constituição Federal de 1988.

Assim, à luz da atual Carta de 1988, claramente com um viés Acusatório conforme todo o exposto, diante da dúvida quando do julgamento de determinada demanda penal, qual seja, se trata-se de caso de absolvição ou de condenação, o magistrado não poderia atuar de ofício para dirimir tal posicionamento, já que a Carta previu um princípio maior para ser aplicado a esses casos, qual seja, o princípio do *in dubio pro réu*.

O importante princípio relativo ao *in dubio pro réu* elenca que, em caso de dúvida, o magistrado, quando do julgamento de determinada demanda processual penal, deve privilegiar a inocência do acusado, sentenciando pela sua absolvição. Trata-se de princípio de elevadíssimo grau de importância, visto que determina a forma de julgamento do magistrado quando a acusação não lograr êxito em se eximir do encargo probatório a que a CRFB/88 lhe atribui. Para o doutrinador André Nicolitt, o princípio do *in dubio pro réu* seria uma “regra de interpretação dirigida ao juiz, que diante da dúvida não pode tomar outra decisão senão absolver o réu”<sup>16</sup>.

Assim sendo, em se tratando de dúvidas quanto à possibilidade de se condenar um determinado réu em certo caso concreto, não há outra solução palatável às mãos do magistrado, a

---

<sup>15</sup> TOURINHO FILHO, op. cit., 2011, p. 125.

<sup>16</sup> NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos Jurídico, 2012, p. 58.

não ser adentrar o campo da absolvição, em favor do réu e em conformidade com a Carta Magna atual, decorrente da interpretação teleológica, principalmente, do elencado no art. 5º, inciso LVII.

Corroborando tal entendimento, no que tange o *in dubio pro réu* e a presunção de inocência, bem como suas derivações, a Convenção Americana de Direitos Humanos estabeleceu nesse mesmo sentido, ao determinar em seu artigo 8º que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”.

Assim, existindo qualquer dúvida sobre a acusação, ao magistrado não lhe compete a produção de mais provas que visem à condenação do réu, mas sim, determinar a sua absolvição, em conformidade com o *in dubio pro réu* e a presunção de inocência. Se há dúvidas quanto à certeza de se condenar, pode-se afirmar que o órgão acusatório não se desincumbiu do encargo da acusação de maneira plena, não se podendo punir o acusado sem tal certeza ou quase certeza do fato delituoso.

## CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que a atual CRFB/88, em seus diversos dispositivos acerca do processo penal brasileiro, adotou expressamente, no que tange à gestão de provas processuais penais, o Sistema Acusatório, em detrimento do Sistema Inquisitório, conferindo ao órgão responsável pela acusação, qual seja, o Ministério Público, a titularidade, quase que privativa, da ação penal e das provas necessárias à instrução processual, à exceção das ações penais privadas e subsidiárias.

O *Parquet* possui a incumbência de se desonerar do encargo probatório, realizando a reunião de todos os fatos, documentos e testemunhas acerca do caso concreto levado ao

conhecimento e julgamento pelo Poder Judiciário, visando, sempre a não sofrer os ônus do descumprimento do encargo probatório que lhe é atribuído.

Nesse sentido, não se pode conceber que, diante da fragilidade das provas trazidas aos autos, casuisticamente, o magistrado do caso concreto atue de ofício, determinando a produção de provas ou a realização de qualquer diligência que entenda ser necessária, ainda que imprescindível, à elucidação do fato criminoso, mesmo que o CPP remanesça com a previsão de normas que conferem tal poder, em clara influência realizada pelos sistemas de gestão processual de prova adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro de maneira pretérita.

Após todo a análise realizada, acerca da existência do fenômeno que a doutrina constitucionalista denomina de “recepção das normas infraconstitucionais”, pode-se afirmar que as normas processualistas que estão em dissonância com os preceitos da CRFB/88 e que possibilitam ao magistrado atuar de ofício na produção de provas, não foram recepcionadas pelo atual ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser utilizadas para embasar determinações judiciais de diligências.

Tais preceitos infraconstitucionais são normas que, pode-se assim dizer, possuem sua validade atingida frontalmente, conforme a atual legislação constitucional posterior ao ano de 1988 e em conformidade com o entendimento da melhor doutrina supramencionada no presente trabalho.

O que se fazer, então, frente a uma situação dessa, em concreto? Ao magistrado lhe compete aplicar o que a atual CRFB/88 estabelece. E a atual Carta Constitucional determina claramente a aplicação de princípios que privilegiam o acusado, tais como o *in dubio pro réu*. Não se pode, mentalmente, achar que o acusado é culpado previamente, e determinar que, caso o Ministério Público atue de maneira falha, omissa, e não se desincumba de seu encargo

probatório, provas sejam produzidas contra ele. A Constituição é clara nesse sentido, qual seja, o de proibir essa atuação acusatória do juiz.

Ao acusado, caso não se prove cabalmente a sua culpabilidade, lhe é assegurado o estado de inocência, valor de relevante importância na ordem constitucional mundial atual. Qualquer determinação contrária a tal postulado pode ser considerada como uma afronta à ordem constitucional brasileira, por subverter todo o sistema normativo atualmente vigente no país.

Verifica-se, após a análise realizada no presente trabalho, acerca da evolução história dos sistemas de gestão de prova no processo penal, que esses sistemas representam uma evolução, que corre em paralelo com o momento filosófico e histórico em que a sociedade se encontra. E, nesse sentido, a atual sociedade contemporânea determina, cada vez mais, que as situações que determinem prejuízos à liberdade e à vida de seres humanos devam ser embasadas por um juízo de quase certeza, sob pena de se ferir postulados do direito internacional (direitos humanos) e direitos fundamentais.

Conceber que a vida de um humano seja privada sem que um juízo de quase certeza de sua culpabilidade lhe seja assegurado pode determinar a ocorrência de diversas situações deflagradoras de injustiças, levando pessoas inocentes a um estado de privação de liberdade sem razão, normalmente, com base em estereótipos e justificativas das mais estapafúrdias, embasadas em um direito penal do autor que insiste em subsistir na sociedade, ainda que de maneira mascarada e, normalmente, imiscuído nas parcelas sociais estratificadas que detêm o poder político e legislativo.

Desta forma, todas as formas lícitamente previstas no ordenamento, de se determinar uma efetiva acusação e embasar uma sentença condenatória em face de um réu possível autor de um crime são passíveis de produção pelo Ministério Público. Entretanto, caso o órgão não as realize,

ao magistrado não lhe resta outra alternativa senão a de respeitar o texto constitucional e absolver o réu, em homenagem ao Sistema Acusatorial Constitucional Brasileiro.

Entender de outra forma é ratificar a possibilidade de um ferimento frontal à CRFB/88, que assim determina pela preservação do estado de inocência em todas as situações de carência de certeza, conforme art. 5º, inciso LVII. Transcreve-se:

Art. 5º, inciso LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

A defesa da presunção de inocência deve embasar e conferir norte a todas as formas de manifestação decisória dos magistrados brasileiros, para que, desta forma, preserve-se uma segurança jurídica que ultrapassa o viés meramente processual da questão, mas confere a denominada paz social, relevantíssima ao convívio harmônico da sociedade como um agrupamento de seres com interesses conflitantes.

## REFERÊNCIAS

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

JARDIM, Afrânio Silva. *Processo Penal: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campos Jurídico, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.