



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A ATIVIDADE
PROBATÓRIA DO JUIZ E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Fernando Santos Bahia

Rio de Janeiro
2019

FERNANDO SANTOS BAHIA

GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A ATIVIDADE
PROBATÓRIA DO JUIZ E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Lucas Tramontano de Macedo

Néli Luíza Cavalieri Fetzner

Nelson Carlos Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2019

GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A ATIVIDADE PROBATÓRIA DO JUIZ E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Fernando Santos Bahia

Graduado em Direito pela Universidade
Candido Mendes. Advogado.

Resumo – ao longo dos séculos se alternaram os principais elementos fundantes dos sistemas processuais penais da civilização ocidental de acordo com a concepção política vigente em um dado espaço por determinado tempo e no Brasil a história se repete. Em dados momentos, presenciou-se a preponderância de elementos inquisitoriais e, em outros, acusatórios. O presente trabalho visa, pela ótica da gestão probatória, elucidar a verdadeira essência do Direito Processual Penal brasileiro na era contemporânea.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Sistemas Processuais.

Sumário – Introdução. 1. Sistemas Inquisitivo, Acusatório e Misto: Modelos Teóricos ou de Verificação Prática? 2. Aspectos Históricos das Leis e Sistemas Processuais Penais Adotados no Brasil. 3. Sistema Acusatório e Verdade Real: (In)constitucionalidade do art. 156 do Código de Processo Penal Trazido pela Lei nº11.690/2008. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa científica em questão discute a teoria geral da prova no âmbito do Direito Processual Penal em confrontação com a Constituição da República. Procura-se verificar a possibilidade de iniciativa e gestão probatória pelo Estado-juiz na instrução criminal, observando-se, no entanto, se as referidas atitudes ferem o sistema acusatório.

Com a consolidação dos regimes democráticos no mundo ocidental, no presente século, surge a necessidade de uma leitura constitucionalizada do Direito em seu aspecto global, observando-se, outrossim, os tratados internacionais sobre direitos humanos.

Nesse diapasão, promoveram-se reformas processuais penais através das Leis nº 11.689/2008, 11.690/2008 e 12.043/2011, com o fito de adequar o vetusto Código de Processo Penal às demandas do novo ordenamento constitucional. No entanto, no que tange às questões probatórias, foram mantidos poderes instrutórios nas mãos do juiz, característica comum nos sistemas inquisitivos.

Dessa forma, abordam-se posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da supramencionada possibilidade a fim de demonstrar se há mácula por vício de inconstitucionalidade e violação aos princípios do *in dubio pro reo* e do sistema acusatório. No plano social, pretende-se demonstrar se a iniciativa probatória pelo juiz viola a sua

imparcialidade com a conseqüente ocorrência de eventuais injustiças nos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Busca-se, assim, a reflexão acerca da possibilidade de harmonização entre a iniciativa probatória do juiz no processo penal e o sistema acusatório, tendo em vista o paradigma da verdade real ou se, ao revés, tal possibilidade não possui viabilidade.

O primeiro capítulo do trabalho inicia-se com o apontamento dos fundamentos dos sistemas acusatório e inquisitivo, partindo-se da ótica da gestão probatória, bem como discutir se, nesse contexto, poder-se-ia falar em sistema misto.

Posteriormente, com base nas premissas distintivas de cada sistema processual, busca-se o breve resgate histórico das leis e sistemas processuais penais vigentes no Brasil do período imperial até os tempos atuais, analisando-se perfunctoriamente o grau de alteração promovido pelas reformas processuais penais ocorridas nos anos de 2008 e 2011.

Por fim, no terceiro capítulo, refletir-se-á sobre a existência de eventual vício de inconstitucionalidade material na Lei nº 11.690/2008, no que tange ao ônus probatório, e a conseqüente violação aos princípios acusatório, *in dubio pro reo*, bem como da imparcialidade do julgador.

A pesquisa se desenvolve pelo método qualitativo-exploratório do seu objeto, tendo em vista que o pesquisador se vale da bibliografia atinente ao tema escolhido, considerando as amplas divergências doutrinárias existentes em relação ao referido.

1. SISTEMAS INQUISITIVO, ACUSATÓRIO E MISTO: MODELOS TEÓRICOS OU DE VERIFICAÇÃO PRÁTICA?

Ao longo da história da humanidade houve variação do conjunto de normas componentes dos sistemas processuais penais em função da mentalidade dominante em um dado espaço, durante determinado período de tempo.

O primeiro dos sistemas apontados pela doutrina, o acusatório, vigorou durante a Antiguidade Clássica até meados do século XII. No referido sistema, separam-se as funções no processo dialético que constitui a instrução criminal, restando atribuídas e delimitadas a diferentes instituições os respectivos papéis de acusar, de julgar e de defender.

Nesse diapasão, observa-se o papel do Estado no exercício da função jurisdicional como decisivo para a efetivação desse sistema, porquanto deve ser assegurada a imparcialidade e equidistância das partes em relação ao julgador, privilegiando-se, conseqüentemente, o princípio do contraditório, bem como da ampla defesa.

Aury Lopes Júnior¹, nesse sentido, assevera que:

o processo penal acusatório caracteriza-se, portanto, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo processo (por isso de nada serve a separação inicial das funções se depois permite-se que o juiz atue de ofício na gestão da prova, determine a prisão de ofício etc.) para garantia da imparcialidade (juiz que vai atrás da prova está contaminado, prejuízo que decorre dos pré-juízos, como veremos no próximo capítulo) e efetivação do contraditório.

O sistema processual inquisitório, vigente durante a Idade Média, fortemente influenciado pela Igreja Católica, possuiu como nota distintiva em relação ao anterior a concentração de todas as funções nas mãos do julgador, o qual exerceria a atividade judicante, baseando-se em sua íntima convicção e não no livre convencimento motivado precedido de produção de provas sob o crivo do contraditório. Tal condensação de poderes se dava em nome de uma suposta busca pela “verdade real”.

Importante destacar que, no sistema sob análise, ao réu não era garantida a condição de sujeito de direitos, mas sim a de mero objeto do processo criminal. Edilson Mougenot Bonfim² acrescenta que nesse costuma vigorar “o modelo escrito, mediato, disperso e sigiloso de seus atos”.

Outrossim, salienta-se que nesse período crime e pecado se confundiam, razão pela qual o processo penal carecia de cientificidade dogmática, sofrendo, nos ensinamentos de Marcellus Polastri³:

[...] a influência do Direito Canônico (que até trouxe alguns avanços para o processo), que vigorou por muito tempo dominando a Idade Média, sendo um Direito Processual Penal da “Igreja” (dos bispos, arcebispos e oficiais da Igreja), já que estes, até o séc. XII, iniciavam o processo penal, imperando a Inquisição, onde predominavam as delações anônimas, inexistindo a acusação formal e a publicidade. Assim, apesar de não mais se admitir as ordálias e os chamados duelos judiciais, houve na Idade Média o apogeu da tortura e do processo secreto, sem nenhuma garantia ao réu. A prática delituosa se confundia com a religião, confundindo-se crime com heresia e bruxaria.

Ademais, no que tange à gestão probatória, chama-se à baila mais um ensinamento de Aury Lopes Júnior⁴, segundo o qual:

é da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.

¹ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

² BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 76.

³ POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 02.

⁴ LOPES JR, op. cit., p. 42.

Por sua vez, o sistema processual misto, como a nomenclatura sugere, possui características híbridas, conforme aponta a doutrina. Nascido com o Código Napoleônico de 1808, nessa sistemática, o processo penal passou a se dividir em duas fases, sendo uma delas pré-processual e a outra, processual. Na primeira, seriam observadas características imanentes ao sistema inquisitorial e, na segunda, as pertencentes ao sistema acusatório.

Esmiuçando mais o tema, Mougenot⁵ aponta a existência de confusão conceitual nos critérios distintivos entre o sistema inquisitivo e acusatório afirmando:

ambos os sistemas contêm em menor ou maior grau as mesmas características geralmente apontadas como pertencentes a sistema diverso. Assim, tais princípios ou características nada dizem a respeito de um ou outro pretendido sistema, de modo a poder identificá-los claramente com base nelas, daí a inexistência de um sistema que pudesse ser sempre absolutamente puro, a enquadrar-se em um rol predeterminado de características. De uma ou outra forma, sempre encontraremos um emaranhado de conceitos que dialogam com maior ou menor preponderância, em um ou outro momento do processo, sem que possamos alinhá-lo como pertencente a um modelo processual determinado.

Negando a existência de processo inquisitorial, hodiernamente, Juan Montero Aroca⁶ afirma que:

a rigor, a denominação "processo inquisitório" somente tinha pertinência em um momento histórico - na época das monarquias absolutas - em que não havia uma bem demarcada distinção entre as funções administrativas e as jurisdicionais, confiando-se ambas as funções aos distintos órgãos a um só tempo, e os então impropriamente chamados "tribunais" aplicavam penas sem a realização de um processo.

Já o supramencionado professor gaúcho⁷ entende que embora todos os modelos atuais de processo penal sejam mistos, faz-se mister uma análise da estrutura fundamental do sistema, a fim de verificar se a estrutura inquisitória ou a acusatória prevalece como princípio informativo daquele. Destarte, se a gestão da prova se concentrar nas mãos do julgador, enquadrar-se-ia o núcleo fundante daquele sistema na primeira hipótese, todavia, aglutinando-se a referida gestão na iniciativa das partes, predominaria a segunda estrutura.

Assim, a mera separação formal entre fases pré-processual, na qual há mitigação do contraditório, e processual, em que o citado princípio constitucional deve ser observado, além da separação de funções de acusar, julgar e defender durante a persecução criminal escamoteariam o real espírito do sistema persecutório de uma nação se não forem observados os aspectos atinentes à gestão da prova e o papel do julgador.

⁵ BONFIM, Edilson Mougenot, op. cit., p. 77.

⁶ AROCA apud BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 77.

⁷ LOPES JR, op. cit, p. 45-46.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DAS LEIS E SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS ADOTADOS NO BRASIL

Após a proclamação da independência política do Brasil em relação a Portugal, em 20 de outubro de 1823, através de decreto, fora assegurada pelo Império a continuidade da legislação portuguesa no que não contrariasse a soberania nacional. Em outras palavras, significou a continuidade da vigência das Ordenações Filipinas e leis extravagantes promulgadas posteriormente.

De natureza eminentemente inquisitorial⁸:

o processo criminal, juntamente com o próprio direito penal, era regulado pelo tenebroso L. v das Ordenações, que admitia o tormento, a tortura, as mutilações, as marcas de fogo, os açoites, o degredo e outras práticas desumanas e irracionais, manifestamente incompatíveis com o grau de civilização já então atingido no Brasil, várias décadas depois da publicação da humanitária obra mestra de Beccaria.

Diante desse retrógrado panorama, a Constituição de 1824 trouxe inovações na sistemática processual penal, a fim de coaduná-la com os ditames civilizatórios daquele momento, banindo as penas de caráter cruel e consagrando o princípio da presunção de inocência. Ademais, determinava a elaboração, com urgência, de “um Código-Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”⁹.

Com o novo ordenamento constitucional, foram elaborados o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832 o qual¹⁰:

quase nada aproveitou da legislação precedente, inspirando-se antes de tudo nos modelos inglês e francês. Mas, sendo do tipo acusatório o sistema processual inglês e do tipo inquisitório o francês, apartando-se um do outro de forma significativa, eles deram ao legislador brasileiro os elementos para a construção de um sistema misto ou eclético, que combinava aspectos e tendência daquelas legislações estrangeiras.

Ressalte-se a visão de Polastri para o qual “o Código de Processo Penal do Império era de índole medieval, privilegiando os poderosos que, através de pagamento em dinheiro, se livravam das penas criminais”¹¹.

⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo;GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 111.

⁹ BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 06 fev. 2019.

¹⁰ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 112.

¹¹ POLASTRI, op. cit., p. 2.

Não obstante a sua índole liberal, no ano de 1841, fora realizada reforma no Código de Processo Criminal, através da lei nº 261, em que os poderes de polícia foram aumentados, aproximando-se, assim, o diploma legislativo à tradição inquisitiva.

Em 1871, através da lei nº 2.033, regulada pelo decreto 4.284, a segunda e derradeira alteração do Código de Processo Criminal instituiu o inquérito policial, com a finalidade de auxiliar a autoridade competente na elucidação dos fatos, em moldes similares ao da atual sistemática.

Finda a monarquia no Brasil e iniciado o regime republicano, vigente até os tempos atuais, ainda que subdivido em períodos históricos, a Constituição de 1891, marcada pela descentralização política, possibilitou aos estados-membros legislar sobre normas de direito processual concorrentemente com a União Federal. Em verdade, poucos se valeram de tal possibilidade, aplicando as normas federais ou elaborando códigos totalmente inspirados no modelo federal¹².

Com o advento da Segunda República, após a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, a Constituição de 1934, tal qual a Carta Magna do período imperial, concentrou, novamente, o poder para legislar sobre direito processual no âmbito da União Federal, salientando-se, outrossim, que a referida regra foi seguida pelas demais constituições republicanas, inclusive a atual.

Dentro dessa lógica de concentração do poder para legislar sobre direito processual centralizada no âmbito federal, em 3 de outubro de 1941, instituiu-se, através do decreto-lei nº 3.869 o Código de Processo Penal vigente até os dias atuais. Editado durante a ditadura do Estado Novo, promovido por Vargas, sob a vigência da Constituição de 1937, o novo diploma processual, inspirado no regime fascista, apresentando, por conseguinte, fortes traços de totalitarismo e inquisitorialidade.

Maior exemplo do acima esposado verificava-se na redação originária do art. 596 do diploma processual a qual previa que nos casos de absolvição em crimes cuja pena fosse superior a oito anos o acusado não seria posto imediatamente em liberdade, invertendo-se, totalmente, a lógica da presunção de inocência.

Outro período de forte traço inquisitorial no sistema de justiça criminal brasileiro ocorreu durante o período do Regime Militar, vigente entre 1964 e 1985, mormente marcado pelo Ato Institucional nº 5, o qual concentrou os poderes nas mãos do Executivo em detrimento dos demais, bem como suspendeu diversos direitos dos cidadãos.

¹² CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, op. cit., p. 114.

No referido período, mais precisamente no ano de 1975, uma comissão presidida pelo jurista José Frederico Marques encaminhou anteprojeto de lei para elaboração de novo Código de Processo Penal, o qual fora aprovado com diversas emendas na Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal até ser retirado pelo Poder Executivo¹³.

Ainda nesse período, durante o governo Figueiredo, os trabalhos foram retomados e novo anteprojeto fora encaminhado para o Congresso, obtendo aprovação na Câmara dos Deputados, contudo, permanece até os tempos atuais paralisado no Senado Federal.

Após, o decurso de períodos de instabilidade política, o Brasil, em 5 de outubro de 1988, inaugura novo período democrático, com a chamada “Constituição Cidadã”, vigente até os tempos atuais.

Trouxe a dignidade da pessoa humana como elemento fundamental da República, o que nos dizeres de Alexandre de Moraes, Ministro do Supremo Tribunal Federal¹⁴:

concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. De modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Partindo-se desse pressuposto, consagrou inúmeros direitos e garantias fundamentais que, na seara processual penal, manifestaram-se na razoável duração do processo, vedação a tribunais de exceção, *in dubio pro reo*, presunção de inocência, além da consagração do princípio acusatório, o qual, embora não seja expresso na Constituição da República, observa-se em sua análise sistemática ao atribuir a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público e ao exigir fundamentação e publicidade das decisões judiciais.

Para Aury Lopes Júnior¹⁵:

o problema situa-se, agora, em verificar a falta de conformidade entre a sistemática prevista no Código de Processo Penal de 1941 e aquela da Constituição, levando a que afirmemos, desde já, que todos os dispositivos do CPP que sejam de natureza inquisitória são substancialmente inconstitucionais e devem ser rechaçados.

E complementa o supracitado autor¹⁶:

¹³ Ibidem, p. 116.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 21-22.

¹⁵ LOPES JR, op. cit., p. 90.

¹⁶ Ibidem, p. 90.

a gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade.

A fim de melhor adequar o antigo texto do Código de Processo Penal, editado em período ditatorial, consoante já mencionado no presente trabalho, à nova realidade constitucional, a qual consubstanciou o Estado Democrático de Direito, algumas reformas foram promovidas pelo legislador infraconstitucional com o fito de adequar aquele diploma ao ordenamento jurídico-constitucional vigente.

Dentre as inovações trazidas e que aproximaram a lei processual dos mandamentos constitucionais, pode ser mencionada a nova redação do art. 212, trazida pela lei nº 11.690/2008, que implementou a lógica do sistema adversarial, em que as partes formulam suas perguntas diretamente às testemunhas trazidas por quaisquer delas, cabendo ao juiz indeferir perguntas ou complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos.

Outrossim, houve a reforma produzida pela lei nº 12.403/2011 que alterou todo o regime de medidas cautelares, ampliando a possibilidade de aplicação destas que, em momento anterior, se resumia basicamente às prisões cautelares, além de consagrar o interrogatório do acusado como direito de defesa.

No entanto, no que tange à iniciativa probatória do julgador durante o curso do processo penal, as novas legislações mantiveram a referida possibilidade, acarretando relevantes críticas doutrinárias, consoante abordagem no capítulo subsequente.

3. SISTEMA ACUSATÓRIO E VERDADE REAL: (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL TRAZIDO PELA LEI Nº 11.690/2008

No que tange ao direito probatório em matéria processual penal, a redação original do art. 156 do Código de Processo Penal de 1941 previa que “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”¹⁷.

¹⁷BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 13 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm#art810>. Acesso em: 17 mar. 2019.

Após a reforma processual promovida pela Lei nº 11.690/2008, ocorrida na vigência da atual Constituição da República, o supracitado dispositivo passou a possuir a seguinte redação¹⁸:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

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; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Analisando tanto a redação antiga quanto a nova do dispositivo em questão, observa-se que o legislador confere ao Estado-juiz, ainda que supletivamente, a faculdade para produzir provas.

Guilherme de Souza Nucci¹⁹, posicionando-se favoravelmente à constitucionalidade da norma legal, assevera que:

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

Nota-se que o referido autor se posiciona no sentido da licitude da postura ativa do magistrado na busca pela prova, tendo em vista que a verdade real deverá prevalecer no processo penal, independentemente de beneficiar ou não o acusado, não acarretando, por conseguinte, violação ao princípio do *in dubio pro reo*, bem como a consagração do sistema acusatório decorrente do art. 129, inciso I da Constituição da República²⁰.

Outrossim, parte-se da premissa de que a atuação do magistrado não feriria sua imparcialidade, utilizando-se de argumentação pragmática aduzindo que²¹:

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, não paginado, e-book.

²⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

²¹ NUCCI, op. cit., não paginado, e-book

esquecem-se os adversários da verdade real que o magistrado também busca a prova em prol do acusado. Não são poucas as vezes em que praticamente supre a deficiência da defesa, valendo-se de provas importantes, por ele mesmo coletadas, a fim de absolver o acusado.

E complementa²²:

Os adversários da busca da verdade real esquecem-se de que estão militando no Brasil, onde ainda há enorme carência de bons operadores do direito, especialmente defensores para a população pobre e desamparada. Suas teses não são minimamente práticas, mas somente teóricas, doa a quem doer.

Adotando posição menos radical, Polastri²³ assevera que “o processo penal busca a verdade provável, e assim o juiz, que a princípio deve manter-se inerte, para esclarecer os fatos pode produzir a prova, supletivamente, no caso de não produção destas pelas partes”.

Acrescenta, outrossim, o supramencionado autor²⁴:

existe uma tendência mundial de se tornar o processo sempre acusatório, isto no sentido restrito da acepção, mas com algum matiz inquisitivo no que se refere à possibilidade de o juiz, subsidiariamente, também poder buscar a prova, desde que isto se dê na fase processo. Pode-se dizer que a única característica positiva do sistema inquisitivo é aquela que prestigia a busca da verdade provável, pois isto evita injustiças e a adoção da indesejada “verdade formal” no processo penal, que deve velar por garantias tanto do acusado, como do todo social.

Pelos trechos citados, depreende-se que o supramencionado jurista rechaça a ideia de “verdade real”, substituindo-se pela expressão “verdade provável”, tendo em vista que o processo penal busca realizar a análise retrospectiva dos fatos, concluindo pela impossibilidade de se chegar à realidade dos fatos, mas tão somente ao que é provável. Partindo-se dessa ideia, busca equilibrar as garantias do acusado com o interesse social na persecução criminal.

Outra corrente questiona as posições acima esposadas, entendendo não haver a possibilidade de o interesse social prevalecer sobre garantias fundamentais do acusado, aduzindo à impossibilidade da produção de prova por parte do magistrado, bem como a ausência de guarida constitucional do *in dubio pro societate*. Nesse sentido, Paulo Rangel²⁵ afirma:

o chamado princípio do *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus. (...) O Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode, com base na

²² Ibidem.

²³ POLASTRI, op. cit., p. 409.

²⁴ Ibidem, p. 413.

²⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 79.

dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal.

Aury Lopes Júnior²⁶, no mesmo sentido, entende ser razoável que para se atingir a máxima eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição, deverão ser levados em consideração os interesses individuais dos acusados, tendo em vista que:

o mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor).

Importante ressaltar que o autor²⁷ não nega a existência da verdade:

até porque seria um erro. Negar a verdade é também pretender construir uma verdade que é falsa na sua essência. Tampouco pensem que estamos negando a verdade e afirmando que a sentença diz uma mentira. Elementar que não; isso seria um reducionismo grosseiro, como grosseira e errônea seria esse tipo de crítica à nossa posição. O que propomos não é negar a verdade, mas sim um deslocamento da discussão para outra dimensão, em que a verdade é contingencial e não estruturante do processo.

Observa-se, assim, que as três posições não negam o caráter da existência da verdade no processo penal, mas divergem tão somente acerca dos limites e possibilidades para a sua busca, levando em consideração a ponderação entre o interesse social e o interesse individual do acusado.

Respeitando-se as divergências, bem como seus defensores, parece mais adequada a posição do Professor Aury Lopes Jr acerca do tema. O princípio constitucional do *in dubio pro reo*, expressamente previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal, conjugado com o dever de imparcialidade do julgador, o qual consiste em um pressuposto processual de validade, transfere para o órgão de acusação o total ônus de provar suas alegações.

Dentro desta lógica, toda a carga probatória para a obtenção de provimento jurisdicional condenatório fica sob responsabilidade do órgão acusador, cabendo, contudo, ao acusado o ônus de se manifestar nas oportunidades que lhe forem dadas, a fim tão somente de não as perder em vão.

Ao longo da história da humanidade, conforme mencionado no presente trabalho, a incessante busca da verdade a qualquer custo, dentro da seara processual penal, justificou diversas atrocidades como tortura, a fim de se obter confissão dentre outras atitudes não ortodoxas.

²⁶ LOPES JR, op. cit., p. 381.

²⁷ Ibidem, p. 386.

Ademais, os entendimentos que defendem a preponderância dos interesses coletivos em face dos individuais, os quais estão expressos em nossa Carta Magna, durante a persecução penal, em outros momentos da história da humanidade, justificaram atrocidades perpetradas em desfavor da consagração dos direitos humanos.

Percebe-se, portanto, que a verdade real, no processo penal, considerando a perspectiva histórica em que se demonstra ao julgador, em ritual recongnição, embora exista, não deve ser buscada a qualquer custo, sob pena de os fins justificarem os meios, algo totalmente indesejável em um Estado Democrático de Direito.

Não se pode afirmar, outrossim, como sustentam alguns, que se trata de um princípio de ordem constitucional, tendo em vista que a consagração explícita no mandamento constitucional é favorável ao acusado, caso perdure alguma dúvida razoável acerca do seu estado de inocência.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que o ordenamento constitucional vigente traçou rígida separação de funções no âmbito processual penal ao distribuir ao Ministério Público o poder de acusar e ao Poder Judiciário, julgar, consagrando, assim, o Sistema Acusatório.

No entanto, a presente pesquisa demonstra que, não obstante a ocorrência das reformas processuais no último século, com o fito de adaptar o vetusto Código de Processo Penal às exigências do Estado Democrático de Direito contemporâneo, não houve alteração no que tange à possibilidade de o julgador possuir atividade probatória na instrução criminal. Ao revés, foi-lhe, ainda, possibilitada a hipótese de produção probatória na fase pré-processual, conforme nova redação do art. 156, I, introduzido pela Lei nº 11.690 de 09 de junho de 2008.

Embora haja vozes de relevância na doutrina nacional entendendo por essa possibilidade, tendo em vista a suposta consagração do “princípio da verdade real”, à qual o julgador deveria se ater, não parece ser tal entendimento o mais apropriado para a complexidade que o tema demanda.

O princípio da presunção da inocência, consagrado pelo art. 5º, LVII da Constituição da República, como direito fundamental e garantia do cidadão como limitação do poder estatal, bem como a atribuição formal a um órgão de acusação para deduzir em juízo a pretensão punitiva transferem a este o dever de elidir a referida condição inicial do acusado, tornando a “verdade real” vazia de sentido em termos constitucionais.

Verifica-se, destarte, que a imparcialidade do julgador deve ser observada, sob pena de mácula em seu julgamento, pois, aquele que busca provar algo sempre buscará para condenar, tendo em vista que o estado de inocência é presumido.

Portanto, assiste razão à corrente doutrinária que entende ser necessária, no Estado Democrático de Direito, a rigorosa observância das regras constitucionais e processuais penais com aquelas compatíveis para a efetivação do *jus puniendi*, pois, caso contrário, abrir-se-ia a possibilidade de subjetivismos e decisionismos incompatíveis com a democracia, na qual jamais os fins poderão justificar os meios.

REFERÊNCIAS

AROCA apud BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código de Processo Penal*, de 13 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm#art810>. Acesso em: 17 mar. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2019.

_____. *Constituição Política do Império do Brazil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 06 fev. 2019.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal à luz da Constituição*, Bauru: Edipro, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo;GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

POLASTRI, Marcellus. *Curso de Processo Penal*. V. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.