

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

GIOVANNA ANTOCHEVIS

**A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL FRENTE A
INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ**

**CURITIBA
2018**

GIOVANNA ANTOCHEVIS

**A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL FRENTE A
INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

Orientador: Alexandre Knopfholz

**CURITIBA
2018**

GIOVANNA ANTOCHEVIS

**A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE FRENTE A INICIATIVA PROBATÓRIA DO
JUIZ**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de de 2018.

Este trabalho é dedicado à minha família pela paciência, compreensão e apoio. E acima de tudo à Deus, pela força nesta trajetória.

AGRADECIMENTOS

Durante a elaboração deste trabalho tive a oportunidade de contar com o auxílio de diversas pessoas pelas quais demonstro minha gratidão. Em especial, ao professor Alexandre Knolpfholz pela orientação, motivação e suporte para conclusão do projeto.

RESUMO

A partir do estudo dos sistemas processuais penais será possível verificar a evolução de ordem constitucional dos direitos do acusado no julgamento do processo e identificar o sistema processual atual. Além do que, permitirá uma análise sobre a figura do órgão julgador, a forma que ele se comporta e a influência que poderá ocorrer em sua decisão quando ele detém a gestão probatória no processo. A Constituição Federal de 1988 compreende uma diversidade de princípios para a consagração do Devido Processo Legal, dentre eles a imparcialidade do juiz. O objetivo desse trabalho é verificar se prevalece a garantia a um julgamento imparcial frente a iniciativa probatória do juiz. Para isso, serão examinados o conceito de imparcialidade, os princípios da presunção de inocência do acusado, *in dubio pro reo*, princípio do juiz natural, vedação ao tribunal de exceção, princípio da verdade real e o ônus da prova no processo penal. Pretende-se indicar aspectos positivos e negativos da outorga de poderes instrutórios ao magistrado e responder o questionamento com base no conteúdo doutrinário analisado.

Palavras-chave: Sistemas processuais, iniciativa probatória do juiz, imparcialidade, princípios constitucionais e Devido Processo Legal.

LISTA DE SIGLAS

ART – Artigo

CPP – Código de Processo Penal

Nº - Número

ONU – Organização das Nações Unidas

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| RESUMO | 5 |
| LISTA DE SIGLAS | 6 |
| 1 INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS | 10 |
| 2.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO..... | 13 |
| 2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL..... | 15 |
| 2.3 IMPARCIALIDADE..... | 18 |
| 3 A GESTÃO DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL | 25 |
| 3.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA..... | 29 |
| 3.2 IN DUBIO PRO REO..... | 32 |
| 3.3 ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL..... | 34 |
| 3.4 JUIZ NATURAL E VEDAÇÃO AO TRIBUNAL DE EXCEÇÃO..... | 39 |
| 4. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ | 45 |
| 4.1 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL..... | 45 |
| 4.2 ASPECTOS RELEVANTES..... | 46 |
| 4.3 PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS..... | 51 |
| 5. CONCLUSÃO | 55 |
| REFERÊNCIAS | 57 |

1 INTRODUÇÃO

O convívio em sociedade impõe ao homem a submissão ao ordenamento jurídico com o respeito às normas de direito para que não haja a perturbação da ordem. Quando o indivíduo infringe uma regra é dever do Estado, detentor da atividade jurisdicional, solucionar o conflito, independentemente da área. A partir do Processo Penal são instituídas leis e princípios para apuração de crimes e a aplicação de penas, porém, como parte do ordenamento, devem elas estarem em conformidade com a Lei Maior.

A Constituição Federal de 1988 garante ao acusado de um fato criminoso o julgamento perante um juízo imparcial, ou seja, uma figura isenta de preferências para nenhuma das partes. Entretanto, essa concepção sobre o magistrado nem sempre foi predominante e através do exame sobre os sistemas processuais penais será possível perceber a evolução que o acusado obteve no que diz respeito aos seus direitos processuais e as mudanças quanto às formas de julgamentos. O juiz no Estado Democrático de Direito não deve ser visto apenas como o reflexo do direito à jurisdição, mas também como o garantidor dos direitos de todos cidadãos de modo a proporcionar o devido processo legal exigido pelo legislador.

O presente estudo tem como objetivo analisar a previsão do artigo 156 do Código de Processo Penal, na qual atribuí poderes instrutórios ao julgador em face da garantia fundamental da imparcialidade judicial. Em síntese, o dispositivo em comento autoriza o juízo penal a requerer, em caráter de urgência, a produção de provas antes de iniciada a ação penal ou também quando já instaurado o processo, na fase instrutória, se houver dúvidas sobre pontos relevantes.

A doutrina processual penal possui diversos posicionamentos quanto a atuação do juiz, sendo possível identificar fundamentos contrários e favoráveis ao dispositivo. Em geral, trata-se de um contraponto entre um juiz neutro que esteja vinculado ao material probatório trazido pelas partes em relação a figura judicial ativa que busca pela verdade real dos fatos.

O tema é pertinente socialmente, tendo em vista a referência a um Direito constitucionalmente previsto aos cidadãos que proporcionará uma análise do instrumento imposto pelo Estado para exercer seu poder punitivo e garantir o respeito aos direitos de todos.

Será realizado uma abordagem sobre os princípios norteadores do processo penal como presunção de inocência, in dubio pro reo, juiz natural, vedação ao tribunal de exceção e princípio da verdade real com o objetivo de responder à questão: existe violação da imparcialidade ao atribuir ao juiz criminal a iniciativa probatória?

Para isso, foram utilizados procedimentos metodológicos como pesquisas bibliográficas, em bibliotecas físicas e digitais, artigos científicos, dissertações e pesquisas jurisprudenciais.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O vocábulo sistema remete a noção de um todo, uma reunião, ordem, uma organização. Advém do grego *sýstema* o que significa “permanecer junto”. Segundo o Dicionário Aurélio é: “1. Conjunto de elementos, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação [...]”¹. A palavra deve ser utilizada com cautela em cada situação, em razão de ser reconhecida pelos cientistas como um termo plurissignificativo. Para o âmbito jurídico, sua concepção é relevante pois define uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito e de diretrizes norteadoras da aplicação da lei².

A jurisdição penal ao longo do tempo sofreu diversas transformações se revestindo de características específicas em cada momento histórico. Essas características estruturaram os sistemas próprios das épocas, sendo, inevitavelmente, reflexos da interação entre o espaço jurídico e político da história. A análise dos sistemas processuais é necessária para que se verifique o posicionamento do órgão julgador frente as diferentes ordens e, ainda, para definir o sistema processual vigente, visto que ele influenciará diretamente na condução do processo.

O primeiro sistema processual penal tem a sua origem no Direito Grego, trata-se do acusatório. Possui como característica a participação popular como fonte acusadora e também como fonte julgadora³. O juiz apresentava uma manifestação passiva, portanto imparcial, deste modo não havia possibilidade de atuar de ofício para matérias de investigação. Neste contexto, apenas as partes se encarregavam pela iniciativa processual e a gestão das provas. O procedimento era predominantemente oral e público, sendo que era inadmissível a denúncia anônima.

Após, em Roma, diante de um novo cenário político aquém daquele visto na época republicana, o sistema acusatório perdeu sua força e frente a necessidade

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira S.A, 1985, p. 444.

² CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989, p. 76-78.

³ Nesse sentido, pontua Salah H. Khaled Junior: “*o processo penal grego – do século VI ao IV antes de cristo, ou mais exatamente o processo na cidade de Atenas, corresponde ao sistema acusatório puro, pois qualquer cidadão ateniense (em torno de 399 a.C.) podia formular a acusação diante do oficial competente, o que caracteriza uma verdadeira acusação popular*”. (KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013, p. 18).

imperial de repressão se sucedeu mudanças em direção ao sistema inquisitório. Nesse momento, havia a investigação pelo magistrado e ela independia de um ilícito, ou seja, poderia ocorrer de ofício sem indícios da prática de um crime. O acusado submetia-se a prisão preventiva que poderia se prorrogar durante vários anos. Além do que, os juízes passaram a avocar para si as funções de acusar e julgar e o processo se tornou oculto o que ampliou a prática de torturas e a ausência de garantias do acusado⁴.

Segundo Salah H. Khaled Junior:

Na *cognitio* encontramos a nefasta concentração das funções de acusar e julgar e, sobretudo, o elemento que a nosso ver conforma a configuração inquisitória: a possibilidade de produção de prova pelo julgador, em nome de uma desmedida ambição de verdade.⁵

A insatisfação com o contexto jurídico ocasionou o surgimento de um novo processo com características acusatórias. A acusação poderia ser realizada por qualquer cidadão através de uma petição encaminhada ao magistrado. Se houvesse o cumprimento dos requisitos previamente determinados, poderia o juiz nomear um acusador, a quem caberia coletar toda matéria probatória para comprovação do ilícito. O juiz permanecia inerte apenas analisando o conteúdo produzido e julgava conforme o que as partes traziam. A partir daí o sistema romano se equiparou ao grego, porém não se prolongou devido ao aumento de acusações infundadas pelo povo por motivos torpes.

Sobreveio um novo modelo junto com a figura dos acusadores oficiais que se tratavam de funcionários encarregados pela persecução penal. No entanto, o procedimento se tornou mais privado e esta foi a característica embrionária da inquisição. Com o declínio do império romano frente as invasões bárbaras o poder se descentralizou e se estabilizou apenas durante o direito germânico.

A invasão germânica trouxe um modelo acusatório diferenciado no qual haviam todas características dos outros sistemas clássicos, contudo a verdade advinha da parte que possuía maior força nas suas afirmações. Assim, um erro na concordância durante explanação da defesa poderia condenar o réu.

⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo pena**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 144.

⁵ KHALED JUNIOR, 2013, p. 22.

Nesta época, ocorreu o surgimento das Ordálias, ou Juízo de Deus, que eram formas de apuração da verdade durante os julgamentos. Constituíam-se em desafios e provas que quando conquistados declaravam a inocência do acusado⁶.

Essa influência da igreja, em especial no Direito Canônico, foi o estopim para que surgisse o processo inquisitório. A busca era retirar das mãos dos particulares as atividades de acusar. A produção patológica da verdade ocorria através do interrogatório do acusado pelo clero e visava um processo pautado não pelo combate ao crime, mas sim pela garantia da salvação divina da alma. No interrogatório, o juiz-inquisidor utilizava de todas as técnicas possíveis para extrair a confissão que era a rainha das provas⁷. Nesta ocasião, foram constituídos os Tribunais da Inquisição ou Santo Ofício que mais tarde sucumbiram ao emprego de torturas. Essas ferramentas eram travestidas como formas de garantir o ingresso do acusado ao reino de Deus, no entanto a finalidade era erradicar a alteridade aos dogmas da Igreja.

O juiz era o personagem principal deste sistema no combate ao delito e, assim, devia realizar sua investigação de ofício e secretamente para depois julgar o caso. Como diz o autor Paulo Rangel: “O Estado-juiz concentrava em suas mãos as funções de acusar e julgar, comprometendo, assim, sua imparcialidade.”⁸

O acusado era tratado como um objeto processual e a gestão das provas eram atribuídas ao magistrado. O autor Khaled Jr. pontua um posicionamento sobre o doutrinador Claus Roxin frente a este quadro:

Roxin reconheceu que grande desvantagem do processo inquisitório reside no fato de que a sobreposição de papéis resulta em uma sobre exigência psicológica: uma vez que ele próprio reuniu o material, não é mais imparcial frente ao resultado da investigação como é indispensável para sentenciar.⁹

Posto isto, é possível verificar a ascensão do sistema inquisitivo em regimes totalitários e monárquicos em que existe uma maior repressão do Estado além da supressão de direitos individuais, em contrapartida o sistema acusatório é visto nos

⁶ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Acquaviva**. São Paulo: Rideel, 2008, p. 598.

⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 46.

⁸ *Ibidem.*, loc. cit.

⁹ ROXIN, 2003, p. 122 *apud* KHALED JUNIOR, 2013, p. 58.

Estados Democráticos de Direitos como amparo as garantias do cidadão e a imparcialidade do juiz¹⁰.

O sistema inquisitório perdurou até o final do século XVIII com o advento da Revolução Francesa e a imposição de ideais revolucionários e iluministas. Aos poucos a vestimenta da inquisição foi se removendo até iniciar a transição para o modelo misto. Os pensadores da época trouxeram postulados de legalidade e presunção de inocência do réu o que possibilitou um processo democrático.

Com a eminente renovação intelectual, foi consagrado um novo modelo processual penal, o sistema misto ou acusatório formal, previsto no *Code d'instruction criminelle* de Napoleão Bonaparte¹¹. O procedimento era deflagrado em duas fases: instrução preparatória e judicial. A primeira, possuía um caráter eminentemente inquisitório em que um juiz de instrução sigilosamente procedia a investigação para o recolhimento de todas provas e, assim, formaria um juízo prévio autorizando a instauração do processo. A segunda fase ocorria quando já iniciada a ação penal por um órgão acusador e tinha como intuito a preservação da igualdade de direitos entre as partes.

2.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O vigente código de processo penal brasileiro instituiu-se perante o ambiente fascista do Estado Novo, sob a égide da Constituição de 1934. Foi inspirado no Código Rocco da Itália de Benito Mussolini e, por isso, imprimiu um procedimento mais autoritário e com maiores aspectos inquisitivos, ambos reflexos da ideologia da ditadura Vargas¹².

Com a promulgação da Carta Magna de 1988, houve a preocupação do legislador na previsibilidade de garantias fundamentais do acusado frente ao poder punitivo do Estado. Em que pese a ampla proteção de direitos no artigo 5º., foram constituídas também normas com caráter mais repressivo ao combate de

¹⁰ RANGEL, 2006, p. 45.

¹¹ FEITOSA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 62.

¹² MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 23.

determinados delitos como, por exemplo, os crimes inafiançáveis¹³. De modo que, não houve uma expressa posição sobre qual o sistema processual penal brasileiro.

Para Denilson Feitosa, o processo penal brasileiro adotou o modelo acusatório ao estabelecer a divisão dos poderes de jurisdição, legislação e administração e, também, ao atribuir ao Ministério Público (órgão administrativo) a atividade de acusação¹⁴. Em razão disso, não haveria possibilidade de convergir a função de acusar, de escopo administrativo, com a função jurisdicional de julgar¹⁵.

Nada obstante, existe ainda um posicionamento doutrinário que identifica no sistema uma natureza mista, com o fundamento de que embora a Constituição postule princípios que indiquem um sistema acusatório, não há regras processuais nesse sentido. Em momento algum o constituinte expressou qual é o sistema vigente no país. Assim, a análise das normas infraconstitucionais traduz a presença de um sistema misto.

É o que dispõe Nucci:

Defender o contrário, classificando o nosso sistema como acusatório puro, é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção.¹⁶

Na verdade, a natureza mista não estaria no fato de possuir uma fase predominantemente inquisitorial que consiste no inquérito policial e outra acusatória que consiste na ação penal, mas sim pelo Código de Processo Penal possuir uma orientação inquisitiva. Na mesma linha, Denilson Feitosa acompanha o pensamento do jurista Guilherme Nucci, afirmando existir uma natureza inquisitorial no processo penal brasileiro e acrescenta ser um posicionamento culturalmente imposto¹⁷.

¹³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 21.

¹⁴ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei [...] BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/c-civil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 set. 2017.

¹⁵ FEITOSA, 2010, p. 65-66.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 77.

¹⁷ FEITOSA, op. cit., p. 66.

Um terceiro ensinamento afirma que o sistema brasileiro é neoinquisitorial, pois não basta a mera separação das funções para caracterizar o acusatório, deve a iniciativa probatória pertencer apenas as partes e diante da previsão do art. 156 do Código de Processo Penal¹⁸ resta evidenciado a essência inquisitorial do processo brasileiro¹⁹.

Nessa mesma linha de raciocínio, diz Jacinto Nelson Miranda Coutinho:

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que a “vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos- de todos os fatos penalmente relevante, mesmo que não contidos na “acusação” dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases.²⁰

Assim, assenta o autor que para delimitar qual o sistema processual brasileiro é necessário analisar a quem é atribuída a gestão probatória. Se a produção de provas incumbir apenas as partes estaremos diante de um sistema acusatório, por outro lado, se atribuídas ao magistrado será inquisitorial.

2.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL

A ordem jurídico-constitucional brasileira estabelece que todo poder emana do povo, sendo exercido através de representantes eleitos ou diretamente pelos cidadãos.²¹ Em seu artigo 5º, inciso LIV, explana sobre o Devido Processo Legal

¹⁸ Dispõe o artigo 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”. (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 27 set. 2017)

¹⁹ LOPES JUNIOR, 2017, p. 158-159.

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 24.

²¹ Art. 1º. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, **Constituição (1988)**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 13 nov. 2017)

com a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”²².

Sabemos que o processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce o poder-dever jurisdicional que lhe foi conferido²³. Portanto, tem como finalidade a satisfação do *ius puniendi* estatal. No entanto, para que não haja a repressão de direitos individuais das partes (juiz, autor e réu) é necessário a observância de garantias mínimas durante todo o procedimento.²⁴ Ora, a ausência dessa organização acarretaria no retorno da composição através da autotutela das sociedades primitivas²⁵.

Neste cenário, surge o Devido Processo Legal. Trata-se de um princípio fundante de diversos outros e pelo qual incide alto teor axiológico para assegurar um procedimento justo ao que foi estabelecido pela lei às partes, impossibilitando que sejam privadas de sua liberdade e de seus bens sem a submissão anterior a um processo e um comportamento estatal limitado e amparado pela proporcionalidade²⁶.

A garantia foi esculpida no século XIII, na Inglaterra, através da *law of the land* na Carta Magna (Great Charter) imposta ao Rei João Sem Terra pelos barões ingleses, outorgada em 1215, posteriormente chamada de *due process of law*. Dizia o art. 39:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos e nem mandaremos proceder contra ele, se não mediante um julgamento regular pelos seus pares ou pelo costume da terra.²⁷

Logo, ocorreu a difusão para América do *due process of law* pelos protestantes ingleses e com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da

²²BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 13 nov. 2017.

²³AVENA, Norberto Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Método, 2017, p. 01.

²⁴NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 51

²⁵A autotutela remonta aos primórdios da civilização e caracteriza-se, basicamente, pelo uso da força bruta para satisfação de interesses. A própria repressão aos atos criminosos se fazia ora em regime de vingança ou de justiça privada, ora pelo Estado, sem a interposição de órgãos imparciais. (CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 46.)

²⁶MAGNO, Levy Emanuel. **Curso de processo penal didático**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 40-42.

²⁷ROTONDARO, Nora Magnólia Costa. **Devido Processo Legal**. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/j-spui/bitstream/2011/19112/Devido_Processo_Legal.pdf. Acesso em: 29 out. 2017.

América em 1787 ficou expressa na ordem jurídica a sua previsão. A regra proporcionou segurança ao indivíduo para que antes de qualquer constrição, seja de sua liberdade ou de seus bens, fosse ele submetido a um processo com seus direitos ressalvados de acordo com a lei previamente estabelecida.

No Brasil, a consagração se deu apenas com Constituição de 1988, no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais, que também submeteu ao crivo do Poder Judiciário toda e qualquer restrição estatal. Sendo que, o Estado deve atuar mediante juiz natural, em processo contraditório que assegure às partes ampla defesa, impedindo qualquer forma arbitrária de aplicação da lei penal.

A doutrina divide o Devido Processo Legal em dois aspectos: formal e material. O aspecto formal ou procedimental se refere ao direito das partes à observância das regras de um processo prévio específico em lei. Deste modo, devem ser respeitadas as garantias e normas estabelecidas para o procedimento e seu regular processamento. Por este, há o reconhecimento do processo penal em sua instrumentalidade, de modo a satisfazer a pretensão punitiva do Estado com a obediência a ferramenta previamente fixada pelo legislador. Por outro lado, o aspecto material é a garantia do indivíduo contra toda forma de intervenção do Estado, ou seja, é a ótica subjetiva de que serão efetivamente assegurados os direitos de ação, defesa, contraditório e não haverá desproporcionalidade ou arbitrariedade estatal em qualquer das esferas²⁸.

Para Edilson Mougenot Bonfim, cuida-se de um princípio de conceituação aberta, por isso sua aplicação dependerá do conteúdo do caso concreto. Importando em avaliar se naquelas circunstâncias existe ou não abuso ao direito do particular com supressão de atos processuais. Em seus dizeres: “trata-se, pois, de um instrumento amplo para flexibilizar a atuação do poder do Estado de acordo com parâmetros de racionalidade ou do princípio da proporcionalidade”²⁹.

Nesse contexto, ensina-nos Gilmar Mendes:

[...] cogita-se de devido processo legal quando se fala de (1) direito ao contraditório e à ampla defesa, de (2) direito ao juiz natural, de (3) direito a não ser processado e condenado com base em prova ilícita, de (4) direito a

²⁸MAGNO, 2012, p. 41-42.

²⁹BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 91-92.

não ser preso senão por determinação da autoridade competente e na forma estabelecida pela ordem jurídica.³⁰

O Devido Processo Legal é um princípio reitor, a partir dele se desencadeia vários outros princípios, dentre eles o da ampla defesa, contraditório, juiz imparcial, igualdade processual e presunção de inocência. A inobservância desta garantia poderá ensejar nulidades processuais, por isso é necessário assegurar o procedimento regular.³¹

2.3 IMPARCIALIDADE

Ao Estado é imposto o dever de assegurar às partes um julgamento perante um juiz previamente designado de acordo com a Constituição em decorrência do Princípio do Juiz Natural, do Devido Processo Legal e do acesso à justiça. Para isso se faz necessário reconhecer determinadas características ao exercício da função jurisdicional. No ato de avocar a tarefa de administrar a justiça e impedir o particular do exercício arbitrário de suas próprias razões³², exige-se que o órgão julgador mantenha um desinteresse em ambas as partes e aos fatos da causa ao dirimir o conflito³³.

A imparcialidade é um pressuposto subjetivo de validade na relação processual inerente à jurisdição³⁴. Na gramática³⁵, a palavra imparcial se trata de um adjetivo que descreve alguém ou algo que julga justamente, sem preferências para qualquer um dos lados³⁶, de forma a interpretar uma determinada situação sem oferecer privilégios ou prejudicar qualquer uma parte em detrimento de outra³⁷.

³⁰MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 565.

³¹ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 20-21.

³²Art. 345 Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa. (BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848 de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 13 nov. 2017)

³³RANGEL, 2006, p. 19.

³⁴ALMEIDA, Roberto de. **Série Concursos Públicos - Teoria Geral do Processo - Civil, Penal e Trabalhista**. 4. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 28.

³⁵Imparcial: *adj.* Que julga sem paixão; reto, justo. § *imparcialidade sf.* (FERREIRA, 1985, p. 257)

³⁶DICIO. Imparcial. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/imparcial/>. Acesso em: 13 nov. 2017.

³⁷ALMEIDA, op. cit., p. 28.

Posto isto, no Estado Democrático de Direito o papel do magistrado não se restringe ao caráter punitivo, deve ele atuar como garantidor dos direitos fundamentais das partes, autor e réu, no processo penal.³⁸ Sendo que, dentre as garantias que devem ser observadas está a imparcialidade judicial na solução das causas. Para isso, foi conferido aos juízes prerrogativas de função³⁹, afim de que não houvesse preocupações do julgador em perder seu cargo ou seus vencimentos ao proferir sua decisão.

O Professor Fernando Antônio Negreiros Lima, em sua obra sobre a teoria geral do processo, salienta:

A imparcialidade do julgador é um pressuposto do próprio processo, que não se pode instaurar validamente senão perante um órgão judicial *desinteressado* (no sentido de que não tem qualquer *interesse próprio* no resultado da lide, mas tão somente o *interesse público* na realização da justa composição dos conflitos intersubjetivos, que ameaçam romper a paz e comprometer a estabilidade no âmbito social).⁴⁰

Em que pese a Constituição Federal não disponha expressamente sobre o tema, trata-se de uma exigência derivada de princípios. Além disso, existem doutrinadores que tratam sobre o assunto o intitulando como Princípio da Imparcialidade⁴¹.

No Pacto de San José da Costa Rica essa premissa é similarmente mencionada, vejamos:

Art. 8º - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se

³⁸ “A função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal. (LOPES JUNIOR, 2017, p. 62)

³⁹ Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 13 nov. 2017)

⁴⁰ LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Teoria Geral do Processo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98.

⁴¹ ALMEIDA, 2013, p. 28.

determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifo nosso)⁴²

A exigência da figura jurídica imparcial também é avistada no estudo dos pressupostos de validade processuais. Com efeito, estes pressupostos se desdobram em dois gêneros: os subjetivos e os objetivos. Estes se referem ao objeto processual, já aqueles se referem aos sujeitos processuais (juiz e as partes). Para o magistrado, tem-se como requisito que seja investido de jurisdição e competência para julgar a causa. Ademais, deve haver ausência de interesse do juiz no objeto litigioso, para que o julgamento não se comprometa, seja por impedimento ou suspeição.⁴³

Segundo ALVIM,

Exige-se ainda, para validade do processo, que o *juiz seja imparcial*, desinteressado daquilo que constitua objeto de disputa entre os litigantes, resultando a imparcialidade do órgão jurisdicional numa garantia da ordem pública: garantia das partes, que terão a lide solucionada com justiça; do Estado, que quer que a lei seja aplicada corretamente; e do próprio juiz, que ficará a coberto de qualquer suspeita de arbítrio ou parcialidade. O interesse do órgão jurisdicional é um interesse *de ordem secundária*, em oposição aos interesses das partes, que são de *ordem primária*, ou seja, que a lide seja resolvida de acordo com a vontade do Estado expressa na lei.⁴⁴

O estudo sobre o conceito da imparcialidade nos remete a um dos símbolos da Justiça, representada pela deusa romana *Iustitia*. Na ilustração, ela está em pé e com olhos vendados, segurando uma balança com as duas mãos, os pratos alinhados e o com o fiel no meio. A cegueira representava o abandono ao destino, sem distinções entre aqueles que estão sendo julgados e abraçando a igualdade⁴⁵.

Por vezes, a imparcialidade é tratada como o conjunto de garantias orgânicas constitucionais da magistratura. É um pressuposto e elemento estruturante do processo, devendo o juiz agir longe de subjetivismo, emoções, simpatia ou

⁴²BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/c-civ-il_03/de-cre-to/D0-678.htm. Acesso em: 09 set. 2017.

⁴³ALVIM, J. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 176.

⁴⁴Ibid., p. 177.

⁴⁵MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 46.

interesses na causa. Requer um juiz equidistante das partes, sem inclinação para nenhum dos litigantes, permitindo uma atuação objetiva e garantindo a isonomia.

O Estado, que reservou para si a função jurisdicional, tem o dever de solucionar o pleito através de um julgamento imparcial, sem pender previamente para nenhuma das partes.

Nesta seara, Luigi Ferrajoli discorre:

A imparcialidade do juiz possui três perfis: a equidistância, afastamento do juiz dos interesses das partes em causa; a independência, sua exteriorização ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes; e a naturalidade, determinação de sua designação e de suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo; na qual ambos requerem garantias orgânicas que constituem do mesmo modo em separações.⁴⁶

Em reforço à tese ora esboçada, dispõe Paulo Rangel:

Juiz imparcial pressupõe juiz independente e independência pressupõe garantias constitucionais que visem dar segurança ao juiz de que, no exercício de suas funções, não sofrerá coações políticas ou funcionais, constrangimentos que possam ameaçá-lo da perda do cargo. A imparcialidade do juiz, portanto, tem como escopo afastar qualquer possibilidade de influência sobre a decisão que será prolatada, pois o compromisso com a verdade, dando a cada um o que é seu, é o principal objetivo da prestação jurisdicional.⁴⁷

Para compreensão do conceito André Machado Maya faz uma diferenciação relevante entre imparcialidade e neutralidade. Esta caracteriza-se pela ausência de valores e ideologias, sendo impossível de ser imposta, visto que na análise do conteúdo produzido e alegado no processo concomitantemente com todas experiências pessoais e premissas adotadas pelo magistrado, ainda que inconscientemente, faz com que ele interprete o caso de determinada maneira⁴⁸.

⁴⁶FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 464.

⁴⁷RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.19

⁴⁸ MAYA, 2014, p. 56-57.

Se o juiz optar pela neutralidade, não haverá possibilidade de exercer o seu julgamento, tendo em vista que para formação de sua convicção deve realizar uma escolha entre as duas pretensões, tanto da acusação como da defesa⁴⁹.

Nesse sentido:

Ser imparcial não significa, pois, ser neutro. Muito antes pelo contrário, a imparcialidade pressupõe a exata compreensão do observador, ou do julgador, acerca da sua formação subjetiva, de seus conceitos, de sua função, para, com isso, adotar uma postura efetivamente distante (alheia) em relação aos interesses das partes envolvidas na controvérsia judicial, sem se deixar contaminar por eles. [...] Considerado esse contexto, poderíamos definir a imparcialidade como uma *nota* essencial da função jurisdicional, compreendida a expressão *nota* como sendo o detalhe que caracteriza, que diferencia a atividade jurisdicional em face das demais atividades do Estado e dos próprios cidadãos.⁵⁰

Nesta vertente, alude o doutrinador Fernando Antônio Negreiros Lima:

Não se deve, entretanto, confundir juiz imparcial com juiz absolutamente neutro, que não existe e nem seria desejável, ainda que fosse possível. Neutralidade é palavra que pode sugerir uma situação de absoluta ausência de convicções, de estranhamento mesmo. O juiz, para ser completamente neutro, precisaria ser uma máquina. Na interpretação que faz das normas jurídicas e dos fatos com que depara, todo aplicador do Direito projeta suas próprias impressões pessoais, sua vivência, seus juízos e conceitos prévios, vale dizer suas pré-compreensões.⁵¹

O Código de Processo Penal disciplina sobre determinadas situações fáticas prejudiciais a parcialidade do magistrado e que se presentes impossibilitam a atividade judicante do mesmo no feito. Ou seja, episódios em que o juiz não poderá exercer a jurisdição e o processo deverá ser redistribuído. São regras de impedimento e suspeição do julgador e podem ser reconhecidas *ex officio* ou suscitadas a qualquer momento pelas partes.

O impedimento (*judex in habilis*) do magistrado está disposto nos artigos 252 e 253 do CPP e se relaciona a situações internas do processo que afetam o

⁴⁹MAYA, 2014, p. 56-57.

⁵⁰Ibidem, p. 99.

⁵¹LIMA, 2015, p. 101.

juízo. Trata-se de uma imparcialidade subjetiva⁵², vedando a atuação do juiz quando o feito incorrer sobre cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até terceiro grau, como defensor, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar de justiça ou perito; assim como, na hipótese do próprio magistrado tiver se pronunciado, em qualquer instância, sobre a questão. Por exemplo, prestando depoimento como testemunha; ou ainda, quando tiver ele mesmo julgado a causa em outra instância; e ainda, quando o juiz, cônjuge ou parentes, supracitados, serem partes ou tenham algum interesse na causa⁵³.

Quanto as regras de suspeição (*judex suspectus*) estão previstas taxativamente no art. 254 do CPP e se relacionam a algo externo ao processo que afetam o julgamento. Referem-se às hipóteses de amizade íntima ou inimizades entre o juiz e as partes; ou quando o juiz, seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até terceiro grau, sustentar demanda ou responderem processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes ou os mesmos estiverem respondendo processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; situações em que tenha prestado algum conselho às partes ou tenha alguma relação de credor ou devedor, tutor ou curador, com qualquer um que integre a relação processual; casos em que seja sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo⁵⁴.

A diferença entre o impedimento e a suspeição do juiz é que naquele há um interesse do juiz no objeto processual e já na segunda existe um vínculo entre o juiz e a alguma parte⁵⁵.

De curial importância destacar o dispositivo do art. 112 do Código de Processo Penal:

O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser arguido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição.

⁵²CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal à luz da Constituição**. São Paulo: Edipro, 1999, p. 33-34.

⁵³MAYA, 2014, p. 84.

⁵⁴CHOUKR, 1999, p. 34.

⁵⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 77.622/SC**. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, DF, 29 de outubro de 1999.

Assim, se o magistrado não se declarar impedido quando diante de algumas das hipóteses acima previstas, poderá qualquer das partes recusá-lo, levantando a arguição de suspeição em petição, com exceção quando o fundamento for um motivo superveniente. Este procedimento tem respaldo no art. 95, I, do Código de Processo Penal.

Dissertando a respeito do assunto o autor Fauzi Hassan Choukr pontua em sua obra um entendimento de que a participação da figura do juiz nas investigações, no recebimento ou não da ação penal, e no julgamento da mesma também ocasiona um comprometimento para aplicação substancial da imparcialidade, em razão de que o seu convencimento se torna comprometido antes mesmo do início da ação penal. Portanto, nessa hipótese o julgamento imparcial também seria lesado.

A frente do exposto, a doutrina entende que a garantia da imparcialidade demonstra aderência pela ordem constitucional ao sistema acusatório, em razão de visar uma atividade do Estado-juiz sem tendenciar para nenhum dos lados e se distanciando de qualquer envolvimento na persecução penal. Dessa forma, assegura-se o livre convencimento na busca pela verdade processual com equidade⁵⁶.

⁵⁶RANGEL, 2006, p. 22.

3 A GESTÃO DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Pelo estudo dos sistemas processuais penais observamos uma relação entre a forma em que são distribuídos os poderes probatórios e a formação da verdade no processo, o que pode imputar uma natureza inquisitorial ou acusatória ao procedimento. Além disso, verificamos que as alterações políticas e ideológicas da época afetam diretamente o tratamento destes institutos.

O direito processual penal reconstrói uma situação criminosa ocorrida no passado. Nele, a convicção judicial é formada a partir da análise das provas produzidas pelas partes. Melhor dizendo, a prova é o meio suscetível de confirmação da verdade de um argumento levantado pela parte ou interessado. O juiz ao sentenciar deverá levar em conta a veracidade ou falsidade das alegações processuais e emitir um juízo de valor sobre a matéria probatória⁵⁷.

Nesse contexto, é preciosa a lição de Paulo Rangel:

No campo jurídico, podemos conceituar prova como sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos e ação e defesa. A prova, assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário das provas é o juiz; porém, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial final como justa.⁵⁸

Além do direito à prova ser um artifício garantido às partes para demonstração de suas teses, é também um recurso necessário no processo penal, pois mesmo que estivéssemos diante da confissão dos fatos alegados na denúncia, não existiria possibilidade de condenação com fundamento exclusivo neste elemento de prova.⁵⁹

⁵⁷ACQUAVIVA, 2008, p. 680.

⁵⁸RANGEL, 2006, p. 281.

⁵⁹Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância. (BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_-03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 27 set. 2017)

Para Guilherme de Souza Nucci, o termo prova possui três sentidos: a) o ato de provar: é a pretensão da parte de demonstrar a veracidade do fato alegado; b) meio: é o tipo de prova ou o meio utilizado para demonstrar a veracidade de um fato; c) resultado da ação de provar: é o desfecho ou a conclusão adquirida pelo juiz ao analisar a produção de provas do processo⁶⁰.

A atividade probatória decorre de garantias constitucionais como o contraditório e a ampla defesa⁶¹. O primeiro proporciona que as partes tenham conhecimento de todos os atos realizados durante o procedimento penal, assegurando a elas as mesmas condições para se manifestar (paridade de armas) e a oportunidade de contradizer as afirmações feitas de seu opositor. Em outras palavras, o procedimento mantém a simetria entre os litigantes. Nesse diapasão, afirma Antonio Scarance Fernandes: “O contraditório põe uma parte em confronto com a outra, exigindo que tenha ela ciência dos atos da parte contrária, com possibilidade de contrariá-los”⁶².

Nessa linha, o autor Levy Emanuel Magno reproduz a Súmula 56 das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

O contraditório, representando o momento dialético do processo, exige a parcialidade das partes, para garantir a imparcialidade do Juiz. Por isso, não configura apenas direito público subjetivo da parte, mas também garantia do legítimo exercício da jurisdição.⁶³

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional ratificado pelo Brasil, também promove o contraditório. Senão, vejamos o art. 8º:

Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou

⁶⁰NUCCI, 2016, p. 234.

⁶¹Art. 5º, LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituica-o/cons-tituicao.html. Acesso em: 15 nov. 2017)

⁶²FERNANDES, 2010, p. 61.

⁶³MAGNO, 2012, p. 49.

na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.⁶⁴

Para Levy Emanuel Magno, no processo penal existem dois tipos de contraditório: o real e o diferido. O primeiro é aquele produzido durante a produção de provas com a presença de ambas as partes. Quanto ao contraditório diferido é aquele em que as provas foram produzidas sem a presença de ambas as partes, seja pela sua natureza ou por não ostentarem a qualidade de renovabilidade⁶⁵.

No que tange à ampla defesa, denota-se o direito do acusado a participar no processo com extensa possibilidade de se defender, seja com a alegação de fatos ou produção de provas. A abrangência dada ao princípio garante, além da autodefesa, uma defesa técnica, com direito a um procurador para prática dos atos processuais, e também uma defesa efetiva, que são todos outros atos de interesses defensivos e possibilidade de recorribilidade da decisão condenatória⁶⁶.

A autodefesa engloba o direito de permanecer calado e de não se auto incriminar. Em razão disso, o acusado não é submetido a prestar compromisso legal com a verdade, podendo se omitir de fornecer qualquer informação que possa lhe ser desfavorável. A garantia é uma imposição prevista constitucionalmente no art. 5º, LXIII, que assim dispõe:

Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.⁶⁷

Quanto a necessidade da defesa técnica assegura a efetiva participação do réu no procedimento com a sua representação através de um defensor altamente qualificado e habilitado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme a reforma da Lei nº 10.792/2003.⁶⁸ O que impõe uma contradição efetiva ao Ministério

⁶⁴BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/c-civ-il_03/de-cre-to/D0-678.htm. Acesso em: 09 set. 2017.

⁶⁵MAGNO, 2012, p. 50.

⁶⁶PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 336.

⁶⁷BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/cons-tituicao.html. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁶⁸PACELLI, op. cit., p. 335.

Público. Se ela estiver ausente, pode o juiz declarar o réu indefeso, de modo a proporcionar condições para uma melhor defesa⁶⁹.

A deficiência ou ausência de defesa do réu poderão acarretar na nulidade processual dos atos praticados. O Código de Processo Penal é claro ao instituir a obrigatoriedade do acusado, mesmo quando ausente ou foragido, ser representado por um defensor⁷⁰. Deste modo, é considerado nulidade processual absoluta, insanável e arguível a qualquer tempo quando verificado a falta de defesa. Quanto a deficiência de defesa, será considerado nulo, conforme orientação jurisprudencial, quando verificado o prejuízo para o réu.

É este o entendimento sumulado pelo Colendo Superior Tribunal Federal:

Súmula 523 do STF: no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.⁷¹

Diante de apressado arremate, pode-se afirmar que o contraditório é um instrumento hábil para a execução da ampla defesa e consiste, basicamente, em: contrariar a acusação; requerer e acompanhar a produção de provas; realizar perguntas, quando houver testemunhas, que entender pertinentes ao caso; manifestar-se após a acusação; participar de todos os atos e termos processuais aos quais deva estar presente; e recorrer quando inconformado⁷².

Com a união destes princípios se consagra o Devido Processo Legal, previsto e garantido pelo constituinte ao acusado diante do *ius puniendi* do Estado. Decorre daí o direito subjetivo à prova como prerrogativa e faculdade do autor e réu, assegurando-os a oportunidade de demonstrar suas pretensões.⁷³ No entanto, o Código de Processo Penal atribui também à gestão da prova ao juiz. Esse

⁶⁹FERNANDES, 2010, p. 253.

⁷⁰Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 27 set. 2017)

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 523**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2729>. Acesso em 01 de abril 2018.

⁷² GRECO FILHO. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 110, 126 e 129 *apud* FERNANDES, 2010, p. 252.

⁷³FERNANDES, 2010, p. 72.

protagonismo judicial descompassa com a relação de simetria entre as partes e do contraditório postulados pela constituição.

A doutrina conservadora defende que a previsão do legislador é justificada com o intuito de alcançar a verdade de forma mais célere, sendo necessário o posicionamento ativo do juiz na produção das provas.⁷⁴ De outro lado, alguns autores apontam a gestão das provas nas mãos do órgão julgador como um problema, em razão de considerarem que este é um princípio unificador que identifica o sistema atribuído ao processo.

3.1 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCENCIA

A presunção de inocência do acusado é um mandamento constitucional, inaugurado no Brasil pela Constituição de 1988, decorrido da preocupação do constituinte em democratizar o procedimento penal e, orientado pela ampla defesa e o contraditório, garantir o Devido Processo Legal. Ela assegura ao acusado o direito de não ser considerado culpado até trânsito em julgado da sentença⁷⁵.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;⁷⁶

Em que pese somente a atual Constituição Federal tenha apontado expressamente sobre o princípio do estado de inocência no Brasil, seu marco nos remete ao século XVIII com o final da inquisição e a ascensão do pensamento iluminista. Diante do contexto histórico da época e a vigência do sistema processual penal inquisitório sobreveio o princípio repelindo o tratamento que era conferido ao réu, em que a insuficiência de provas equivalia a presunção de culpabilidade.

⁷⁴IMED. **Breves considerações sobre a gestão da prova no (novo) processo penal brasileiro: avanços e retrocessos.** Disponível em: https://www.imed.edu.br/Uploads/micimed-2014_submission_261.pdf. Acesso em: 26 out. 2017.

⁷⁵ ACQUAVIVA, 2008, p. 659.

⁷⁶ BRASIL. **Constituição (1988).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/cons-tituicao.html. Acesso em: 15 nov. 2017.

Explica Aury Lopes Junior⁷⁷ que na presença de dúvida, ela equivaleria como uma semiprova, possibilitando uma semiculpa e semicondenação do réu. Por isso, dada a necessidade de conferir proteção ao acusado, sobrevém a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 com a positivação da presunção de inocência pela primeira vez⁷⁸.

A incorporação em nosso ordenamento também se deu em razão ao apontamento feito pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), tratado ratificado pelo Brasil através do Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992⁷⁹.

Existem autores que atribuem um significado maior ao princípio, como Paulo Gouvêa Medina que em sua tese dispõe que o dispositivo é mais do que uma garantia do acusado a ser considerado presumidamente inocente. Na verdade, para o autor essa presunção revela a essência do sistema processual penal adotado pela Constituição. Se o constituinte houvesse aderido ao sistema inquisitorial a ideia seria da presunção de culpa, deste modo postula pelo sistema acusatório⁸⁰.

Outra discussão reside na terminologia do princípio, existem doutrinadores que consideram a denominação incorreta, pois a *Lex Fundamentalis* não cuidou da expressão “presunção de inocência” ou inocência presumida do acusado. Se assim fosse, o réu por ser considerado presumidamente inocente não poderia ser submetido a *persecutio criminis*. Na verdade, o texto constitucional declara que ninguém será considerado culpado até a sentença, à vista disso, discorre Edilson Mougnot Bonfim que, o nome jurídico correto é da não culpabilidade presumida⁸¹.

De outro lado, Gustavo Badaró esclarece:

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e

⁷⁷LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 94.

⁷⁸Art. 9º - Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

⁷⁹“Art. 8, I – toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/c-civ-il_03/de-cre-to/D0-678.htm. Acesso em: 09 set. 2017)

⁸⁰MEDINA, Paulo Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 61.

⁸¹BONFIM, 2016, p. 97.

contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isso é possível -, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.⁸²

Eugênio Pacelli apresenta uma terceira expressão para este princípio: o estado ou a situação jurídica de inocente. Para ele, a exigência constitucional de que o acusado não seja considerado culpado até o trânsito em julgado impõe ao Estado a observância de um tratamento ao réu durante todo o processo penal sem que haja restrições cuja fundamentação seja uma possível condenação e também que o ônus probatório recaia exclusivamente ao autor restando a defesa provar apenas as excludentes⁸³.

Dada a complexidade da matéria, não cabe aqui o estudo completo sobre o dissenso da doutrina. O fato é que todas as nomenclaturas atingem o mesmo efeito que é garantir ao réu um dever de tratamento, ou seja, a exigência de ser tratado como inocente e não como culpado até que findo o processo.

Segundo Fernando Capez⁸⁴, a garantia constitucional impõe algumas práticas ao procedimento penal. Com relação a comprovação dos fatos, ela implica que seja de responsabilidade da acusação a demonstração da ocorrência do crime (*actor incumbit probatio*) e da autoria do acusado. Sendo que, o réu está desobrigado a contribuir com a produção dessa prova ou provar sua inocência, podendo permanecer em silêncio⁸⁵. Deste modo, não é encargo de a defesa provar que o réu é inocente, mas sim do Estado, através do órgão Ministério Público, provar a sua culpa⁸⁶.

Nesse sentido, é o disposto por Paulo Rangel:

⁸²BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. São Paulo: Elsevier Campus Jurídico, 2008, p. 16.

⁸³PACELLI, 2017, p. 50.

⁸⁴CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 79.

⁸⁵Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. (BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/c-civ-il_03/de-cre-to/D0-678.htm. Acesso em: 03 nov. 2017)

⁸⁶VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 254.

A regra inserta na Carta Política (art. 5º, LVII) inverte, totalmente, o ônus da prova para o Ministério Público. Hoje, não é mais o réu que tem que provar o álibi alegado; é o Ministério Público que tem que provar a inexistência desse álibi.⁸⁷

Na mesma linha de raciocínio Guilherme de Souza Nucci afirma que o princípio:

Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável ao Estado-acusação evidenciar, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu.⁸⁸

Diz Fernando Capez que, se surgirem dúvidas do magistrado quanto a culpabilidade ou não do réu durante a avaliação das provas, deve ele valorá-las em favor do acusado⁸⁹, com respeito a presunção de inocência, rompendo com paradigma inquisitorial da semi prova.

Neste raciocínio, o estado de inocência do réu deve ser pairar sobre todo o procedimento impedindo que o investigado sofra consequências jurídicas até que seja lavrada a sentença penal condenatória e o respectivo trânsito em julgado da exordial⁹⁰. Até lá, é ônus da acusação a colheita do material probatório dos fatos constitutivos que ensejam a pretensão.

3.2 IN DUBIO PRO REO

Nessa mesma linha de pensamento, existe ainda o princípio do “favor rei”, também chamado de *in dubio pro reo* ou *favor libertatis*. É um princípio constitucional implícito, pois padece de uma previsão expressa no ordenamento jurídico. Todavia, é possível vislumbrar sua aplicação em alguns dispositivos como os artigos 386, 607, 609 e 621 do Código de Processo Penal.

⁸⁷ RANGEL, 2006, p. 26.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 01/2017. p. 33.

⁸⁹ RANGEL, 2006, p. 26.

⁹⁰ MENDES; BRANCO, 2016, p. 553.

Diz o artigo 386, inciso VII:

O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII – não existir prova suficiente para a condenação.⁹¹

Cuida-se de um benefício da dúvida que a lei concede ao acusado, em razão de sua fragilidade no processo penal, o Estado é integrado de agentes e instrumentos que facilitam a comprovação de suas alegações. Tem como fundamento a presunção de inocência e impõe que juiz, diante de dúvida quanto a culpabilidade do réu –dada uma prova insegura e não convincente –, opte pela interpretação e aplicação da norma mais favorável aos interesses do acusado⁹². Como diz o autor Pedro Henrique Demercian: “no conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *status dignitatis* do imputado deve prevalecer o último”⁹³.

A respeito disso, existem alguns doutrinadores que entendem ser um princípio de aplicação apenas na apreciação das provas e não para interpretação das leis, com fundamento de não favorecer nenhuma parte na aplicação da norma⁹⁴.

De todo modo, são relevantes as palavras de Alexandre Guimarães Gavião Pinto, juiz de direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sobre o conteúdo, que dispõe:

O princípio do favor rei vem cristalizado em diversas disposições legais que visam beneficiar o réu, evitando, por exemplo, a reformatio in pejus (artigo 617 do Código de Processo Penal), ou mesmo prevendo a existência de recursos privativos da defesa, tais como, o protesto por novo júri e os embargos infringentes ou de nulidade, previstos nos artigos 607 e 609, parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal.⁹⁵

Por este princípio, sendo o réu presumidamente inocente, apenas diante da certeza quando a sua autoria no crime frente a demonstração cabal de culpa é que

⁹¹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2017.

⁹² MACHADO, 2014, p. 88.

⁹³ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6.

⁹⁴ BONFIM, Edilson; CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 159-160.

⁹⁵ PINTO, Alexandre Guimaraes Gavião. **Os mais importantes princípios que regem o processo penal**. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/59135>. Acesso em 01 de abril de 2018.

deverá ser realizada a condenação.⁹⁶ Em caso de dúvidas e interpretações antagônicas, deverá o réu ser absolvido.

3.3 ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Durante este estudo, vimos que a prova é o instrumento à disposição das partes para a demonstração dos fatos alegados e, conseqüentemente, atingir o convencimento judicial. O ônus da prova se trata de um encargo atribuído às partes que visam provar suas alegações mediante meios lícitos, sendo que elas poderão optar por exercê-lo ou não. A ausência da prática deste ato não possui como consequência uma penalidade, porém, poderá acarretar em um prejuízo processual para àquele que deixou de realizá-lo. Afinal, é de interesse das partes demonstrar a veracidade de suas alegações e convencer o juiz. A execução deste ato possibilita que a parte adquira um resultado favorável no processo⁹⁷.

O autor Gustavo Badaró dispõe:

[...] o importante é definir o ônus como uma posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável.⁹⁸

O ônus não se confunde com um dever processual, pois versa sobre um interesse do próprio sujeito que está incumbido de praticar o ato. O dever quando é descumprido acarreta numa sanção, seja ela moral ou patrimonial, em contrapartida o ônus acarreta num possível prejuízo processual⁹⁹.

Destaca Vicente Greco Filho, que o instituto se justifica no princípio da indeclinabilidade de jurisdição, tendo em vista que não pode o juiz pronunciar um

⁹⁶ PEREIRA, Juarez Maynard, PEREIRA Dora Maynard. **O princípio constitucional da presunção de inocência, o in dubio pro reo e a aplicação do in dubio pro societate na decisão de pronúncia.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revist-a_artigos_leitura&artigo_id=1362-2. Acesso em: 13 nov. 2017.

⁹⁷ BADARÓ, Gustavo H. R. Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.171.

⁹⁸ Ibidem, p.173.

⁹⁹ BADARÓ, op. cit., p. 175-178.

juízo cujo fundamento seja *non liquet*¹⁰⁰. Também no princípio da imparcialidade, devendo o juiz se manter equidistante das atividades de acusar e defender, tanto na iniciativa da ação como da prova. E ainda, no princípio da persuasão racional na apreciação da prova, em que o juiz deve formar o seu julgamento com base no acervo probatório dos autos e não em uma convicção íntima¹⁰¹.

Os processualistas que discorrem sobre este tema distinguem dois tipos de ônus da prova: aquele de aspecto objetivo e outro de aspecto subjetivo¹⁰². O aspecto objetivo está além da atividade das partes, refere-se ao juiz, que deve apreciar qualquer prova constante nos autos, independente de quem às produziu. Portanto, trata-se de um critério de decisão para que o juiz considere todas as provas em seu julgamento. Já o aspecto subjetivo, dirige-se às partes com relação ao interesse de provar a veracidade de determinados fatos¹⁰³.

A despeito disso, entende Vicente Greco Filho que o ônus objetivo também reflete um princípio da comunhão da prova, pois todas as provas produzidas nos autos terão validade para as partes, independente de quem às tenha produzido.

A regra quanto ao ônus da prova está consubstanciada no artigo 156 do Código de Processo Penal, caput, que dita quem é responsável pela produção probatória. Assim disposto: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”¹⁰⁴.

A *priori*, a distribuição do ônus da prova é conferida a quem alega determinado fato, ato ou circunstância conforme o brocardo latino, *probatio incumbit asserenti*. À vista disso, a maioria dos autores que tratam deste assunto pregam que o ônus é atribuído a quem possui principal interesse na afirmação. A acusação ao responsabilizar o acusado sobre determinado crime, possui o ônus de provar a materialidade e autoria do delito, tipicidade da conduta, dolo ou culpa¹⁰⁵. Quanto ao réu, caberá fazer prova de matérias como excludente de culpabilidade, antijuridicidade, punibilidade ou ainda argumentos de defesa levantados.

¹⁰⁰“Possibilidade de recusa dos juízes em decidir determinadas questões obscuras ou não disciplinadas, expressamente, em lei”. (ACQUAVIVA, 2008, p. 924)

¹⁰¹GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo penal**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 226.

¹⁰²Ibidem., p. 228.

¹⁰³BADARÓ, 2003, p. 178-181.

¹⁰⁴BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 05 nov. 2017.

¹⁰⁵MACHADO, 2014, p. 472.

Por outro ângulo, Vicente Greco Filho traz uma ideia análoga ao Código de Processo Civil¹⁰⁶, em razão da imprecisão do legislador quanto à distribuição do ônus da prova no Código de Processo Penal. Assim, compete ao acusado fazer prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos da pretensão punitiva. Os impeditivos são, por exemplo, as causas excludentes de ilicitudes; os modificativos, causas de diminuição de pena; já os extintivos, por exemplo, causas extintivas de punibilidade¹⁰⁷.

Em seus dizeres,

[...] ao autor interessa afirmar os fatos constitutivos de seu direito e, portanto, compete prová-los, e ao réu interessa afirmar fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, daí, também, o ônus de a estes provar.¹⁰⁸

Essa é a lição trazida também por Machado:

[...] pela regra do art. 156 do CPP, compete à acusação o ônus de provar os fatos constitutivos da pretensão punitiva, fundamentalmente a ocorrência do fato típico, sua respectiva autoria e as circunstâncias elementares do crime; enquanto à defesa incumbiria provar os fatos e circunstâncias por ela alegados e que tenham por objetivo impedir, modificar ou extinguir a pretensão deduzida na inicial pela acusação, segundo a máxima *qui excipit, probare debet quod excipitur*. Porém, se nada ficar provado, nem a pretensão punitiva da acusação nem a pretensão de liberdade do réu, o caso sempre será de absolvição, pois o ônus da prova incumbe primeiramente ao órgão acusador.¹⁰⁹

Neste ponto, alguns sustentam haver um aparente conflito entre o Código de Processo Penal e a Carta de 1988, no que tange às garantias constitucionais do acusado. Conforme dissertamos, o Devido Processo Legal garante às partes o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência do réu. Sobre esses fundamentos, torna-se incoerente imputar o ônus da prova ao indiciado que é presumidamente inocente.

¹⁰⁶ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 nov. 2017)

¹⁰⁷ GRECO FILHO, 2015, p. 230.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 228.

¹⁰⁹ MACHADO, 2014, p. 473.

Elucidam a doutrina minoritária que a presunção deve ser desconstruída pela acusação, sem encargos ao réu, já que permitido, inclusive, o direito deste de silêncio. Por conseguinte, cabe unicamente a acusação a comprovação de que o acusado não agiu sob qualquer causa de excludente. Isto corroborado com o princípio do *in dubio pro reo*, se não atingido a maturidade das alegações do Ministério Público (ou querelante) e o juiz não ter se convencido da culpabilidade, inexistem condições para prolação de uma sentença condenatória¹¹⁰.

Por esse ângulo, relata Lopes Jr.:

Gravíssimo erro é cometido por numerosa doutrina (e rançosa jurisprudência), ao afirmar que à defesa incumbe a prova de uma alegada excludente. Nada mais equivocado, principalmente se compreendido o dito até aqui. A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação.¹¹¹

Acompanhando essas lições, a juíza aposentada Maria Lúcia Karam leciona no sentido de que compete ao órgão acusador, que alega fatos contra outrem, a exigência de se provar o que está dizendo. A defesa não deve arcar nenhum ônus, apenas quando quiser. Sendo sua inocência sempre presumida, sem a necessidade de provar que não cometeu o crime¹¹².

Em sua obra, Paulo Rangel, tece considerações sobre o assunto, ressaltando que o texto constitucional ao instituir a inocência presumida do réu inverte o ônus da prova para o Ministério Público, deste modo quando o acusado alegar uma causa de exclusão de ilicitude, culpabilidade ou extinção da punibilidade, cabe à acusação provar a inexistência deste alibi¹¹³.

Com precisão, afirma o autor:

Entendemos que, em uma visão sistemática, o disposto no inciso LVII do art. 5º da CRFB não pode ser entendido como princípio da presunção de inocência, mas sim como regra constitucional que inverte, totalmente, o

¹¹⁰LOPES JUNIOR, 2017, p. 355-359.

¹¹¹Ibidem, p. 357.

¹¹²KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 13.

¹¹³RANGEL, 2006, p. 26.

ônus da prova para o Ministério Público. O Ministério Público, assim, assume seu verdadeiro papel de órgão fiscalizador da lei dentro de um Estado Democrático de Direito, recaindo, sobre si, o ônus de uma acusação feita sem o suporte probatório mínimo que deve lastrear toda acusação penal.¹¹⁴

Assim, a leitura da previsão instituída pelo legislador no Código de Processo Penal deve ser vista à luz das garantias constitucionais. Ou seja, cabe ao aplicador do Direito se utilizar de uma hermenêutica em conformidade com a Lex Mater.

Nada obstante, este posicionamento não prevalece nos tribunais e na maioria da doutrina. O que é possível depreender sobre o conteúdo é que não há uma obrigação de nenhuma das partes produzir provas, apenas um interesse a satisfazer a sua pretensão (seja ela de condenação ou absolvição) e, ainda, que o Código não impõe uma distribuição específica de qual fato cabe a cada parte demonstrar.

Neste ponto, faz-se relevante o estudo de Antônio Alberto Machado sobre o reflexo da ausência da participação do réu durante as provas. O autor entende que se réu não participou da produção probatória e, acobertado pelo princípio do *in dubio pro reo* e princípio da presunção de inocência, foi absolvido com fundamento na dúvida e insuficiência de provas, nesta hipótese, a decisão fará apenas coisa julgada formal. O que possibilitará a rediscussão da matéria em outros campos do Direito, de outro lado, quando há participação e comprovação de uma excludente de licitude, por exemplo, daí sim faria coisa julgada material¹¹⁵.

De toda sorte, sobre o assunto aborda Magno:

Importante notar que a tarefa da defesa no processo penal, especialmente quanto ao ônus da prova, é menos árdua do que da acusação. Diz-se isso porque não é necessário que a defesa faça prova plena dos fatos acima mencionados, como ocorre para a acusação. Basta que conduza o julgador a um juízo de incerteza, dúvida, a respeito deles, já que a dúvida no processo penal sempre favorecerá o réu. “In dubio pro reo”, mais que um princípio informador do processo penal, é verdadeira regra de julgamento a ser observada pelo juiz criminal.¹¹⁶

Nesse tópico, importante ressaltar os ensinamentos do autor Hans Kelsen, que diz:

¹¹⁴RANGEL, 2006, p. 29.

¹¹⁵MACHADO, 2014, p. 473.

¹¹⁶MAGNO, 2012, p. 432.

A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.¹¹⁷

A Carta Magna é a norma fundamental que regula a produção de todas as demais normas jurídicas gerais. Assim, o Código de Processo Penal, norma infraconstitucional, deve estar em conformidade com os ditames da Constituição. Na perspectiva de que, o princípio da presunção de inocência retira do acusado a incumbência de comprovar sua inocência, caberá ao Ministério Público (ou querelante) a demonstração de todo material probatório e, caso haja o levantamento de alguma excludente o mesmo órgão anteriormente citado deve comprovar a inexistência desse fato. No entanto, sabemos que este não é um entendimento pacífico na doutrina e jurisprudência.

3.4 JUIZ NATURAL E VEDAÇÃO AO TRIBUNAL DE EXCEÇÃO

Pela análise do Devido Processo Legal e os seus corolários vimos a imprescindibilidade da observância de algumas garantias constitucionalmente previstas às partes durante a relação processual (autor, réu e juiz) afim de evitar a arbitrariedade do Estado na pretensão de punir. Dentre os direitos estabelecidos pela Constituição Federal, vislumbra-se a vedação aos juízos de exceção e o Princípio do Juiz Natural, ambos conexos umbilicalmente ao Poder Jurisdicional. Por isso, primordialmente, faz-se relevante entendermos o conceito de jurisdição.

A atividade jurisdicional sobreveio como uma resposta às formas de solução de conflitos dos antigos regimes. Nestes, a autotutela ou autodefesa era predominante e os desacordos entre os indivíduos eram resolvidos por meio da força. Com a jurisdição, o Estado assume essa função e esse dever para si,

¹¹⁷KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 240.

clamando a punição a quem viole o ordenamento jurídico. Surge a técnica da heterocomposição e as desavenças passam a ser resolvidas mediante um terceiro indivíduo. Trata-se de um poder decorrente da soberania do Estado imputando a ele a aplicação das leis e a garantia dos direitos individuais de cada cidadão¹¹⁸.

Ao adquirir este poder para si o Estado se comprometeu a prestar a tutela jurisdicional quando provocado pelo indivíduo, e, com o respeito ao Devido Processo Legal, solucionar o conflito. É o que dispõe a Constituição Federal no art. 5º, XXXV, com a seguinte redação: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹¹⁹.

O exercício da jurisdição exige que o Estado impute a atividade de julgar a uma autoridade competente que o integre. Através do princípio do Juiz Natural, este órgão judicante deve ser imparcial e respeitar os direitos fundamentais na promoção da justiça¹²⁰.

Diz Antonio Scarance Fernandes:

Com essa garantia busca-se assegurar a imparcialidade de quem é incumbido de julgar a causa – vista não como atributo do juiz, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional.¹²¹

A garantia de um juiz competente remonta ao constitucionalismo francês cujo art. 17 da Lei de 24/08/1790 fez a primeira referência ao vocábulo “juiz natural”, nos seguintes termos:

A ordem constitucional das jurisdições não pode ser perturbada, nem os jurisdicionados subtraídos de seus *juizes naturais*, por meio de qualquer comissão, nem mediante outras atribuições ou evocações, salvo nos casos determinados pela lei.¹²²

¹¹⁸MAYA, 2014, p. 20-29.

¹¹⁹BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/co-nstitui-cao/constituicao.html. Acesso em: 17 nov. 2017.

¹²⁰BRITO, Alexis de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 27.

¹²¹FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 131.

¹²²ABREU, 2004, p.16 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. **O princípio do juiz natural e a sua dupla garantia**. Revista de Processo, v. 29, jan./mar., 1983, p. 15.

O surgimento dessa previsão visava coibir os poderes de comissão, evocação e atribuição. A comissão era a criação de juízos extraordinários após a ocorrência do fato que seria submetido à apreciação (*ex post facto*); a evocação era a possibilidade de atribuir a outrem a competência de julgar; e por fim, a atribuição era a liberdade para a criação de juízos especiais¹²³.

No Brasil, com exceção do período do Estado Novo na Era Vargas, todos os outros textos constitucionais previram o princípio. A Carta Política de 1988 introduziu apenas a proibição da comissão e evocação, permitindo a criação de juízos especiais no julgamento de determinadas matérias, conforme sua natureza, desde que pré-constituídos¹²⁴. Por exemplo, Justiça Militar, Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho. Tratam-se de justiças especializadas previstas no art. 92 da Constituição Federal¹²⁵.

Neste sentido, dispõe a Carta de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;¹²⁶

Por essas previsões, todo cidadão têm direito ao julgamento perante membros do Poder Judiciário com competência prefixada por lei e sem a possibilidade de validar um julgamento realizado por um juízo ou tribunal de exceção¹²⁷.

¹²³FERNANDES, 2010, p. 123.

¹²⁴Ibidem., p. 124.

¹²⁵Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho; III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. § 1º O Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais Superiores têm sede na Capital Federal. § 2º O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores têm jurisdição em todo o território nacional. (BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/co-nstitui-cao/constituicao.html. Acesso em: 17 nov. 2017.)

¹²⁶BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/co-nstitui-cao/constituicao.html. Acesso em: 17 nov. 2017.

¹²⁷“Tribunal de exceção é aquele instituto em caráter temporário ou excepcional, não condiz com o estado democrático de direito, é mais comum em estado ditatórias chamado “partido único”, tipo magistratura comunista. (BRITO FILHO, Clemente Dias; MACHADO, Jhenifer Ramin; FERREIRA,

Sobre tribunal de exceção ensina Pires:

É princípio complementar ao do Juiz Natural. Não pode ser criado um Tribunal posteriormente para apreciação de fatos ocorridos anteriormente. O Tribunal já deve estar pré-constituído à época dos fatos. O Juiz deve ocupar o cargo em razão de concurso público e deve ser imparcial, substituindo-se, com a sentença, a vontade das partes.¹²⁸

Nesse viés, segundo entendimento de Clever Vasconcelos, a Constituição impede a criação do tribunal de exceção pela sua discrepância com o Devido Processo Legal, visto que possibilita perseguições, abuso de direitos a comprometimento da imparcialidade dos julgadores entre outras formas de comprometer o julgamento justo do acusado¹²⁹.

Acerca de tal matéria, elucida o autor Rui Portanova:

Não há como confundir juízos e tribunais “de exceção” com juízos e tribunais “especiais” ou “especializados” no processo e julgamento de determinados litígios, segunda sua natureza. É da tradição do Direito brasileiro a permissão ao poder de atribuição, ou seja, no Brasil não afronta o princípio do juiz natural a criação constitucional de juízos especiais desde que preconstituídos. Costuma-se justificar juízo e foro privilegiados como imposição estrutural e organizacional que viabiliza a distribuição, divisão e especialização de tarefas com vista a um melhor atendimento ao Poder Judiciário deste ou daquele tipo de processo (Andrade Filho, 1983, p.14). Contudo, tem-se proibido o foro especial em razão de privilégios pessoais¹³⁰.

A Constituição impõe que seja observado no processo a presidência de um juiz natural, também chamado de juiz legal ou juiz constitucional, investido de funções jurisdicionais sem arbitrariedade, contrapondo-se ao juízo de exceção.¹³¹ Deste modo, garantir a presença da figura judicial, imparcial, competente, que proteja os direitos fundamentais de todos, e seja previamente instituída, para o conhecimento de quem será a autoridade julgadora antes da ocorrência da infração

Maria Zilda. **Tribunal de exceção e Juiz natural**. Disponível em: <http://www.santacruz.br/ojs/index.php/JICEX/article/view/271>. Acesso em: 12 nov. 2017).

¹²⁸PIRES, Antonio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 248.

¹²⁹VASCONCELOS, 2015, p. 223.

¹³⁰ABREU, 2004, p. 19 *apud* PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 65.

¹³¹MACHADO, 2014, p. 67.

penal, embora não permita que a parte escolha qual julgador apreciará sua pretensão¹³².

EMENTA: HABEAS CORPUS - PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO – A consagração constitucional do princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LIII) tem o condão de reafirmar o compromisso do Estado brasileiro com a construção das bases jurídicas necessárias à formulação do processo penal democrático. O princípio da naturalidade do juízo representa uma das matrizes político-ideológicas que conformam a própria atividade legislativa do Estado, condicionado, ainda o desempenho, em juízo, das funções estatais de caráter penal-persecutório. A lei não pode frustrar a garantia derivada do postulado do juiz natural. Assiste, a qualquer pessoa, quando eventualmente submetida a juízo penal, o direito de ser processada perante magistrado imparcial e independente, cuja competência é predeterminada, em abstrato, pelo próprio ordenamento constitucional.¹³³

Sobre o assunto discorre Agra:

Ambos os princípios possuem uma simbiose insofismável, pois não há tribunal de exceção que possa respeitar juiz natural e vice-versa. Eles nascem na *Magna Charta Libertatum* e são uma decorrência do princípio da universalidade da jurisdição. Configura-se em uma prerrogativa para garantir a imparcialidade dos juízes e tribunais. Sua afronta também é um acinte ao princípio da legalidade e da irretroatividade da lei.¹³⁴

O postulado do juiz natural não se restringe às pessoas físicas, engloba também pessoas jurídicas, brasileiros ou estrangeiros assegurando a todos o pálio jurisdicional¹³⁵.

A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da ONU e assinada pelo Brasil na mesma data, acolhe a garantia em seu art. 10:

Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir

¹³²DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 374.

¹³³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 73801/MG. Relator: Min. Celso De Mello. Brasília, DF, 27 de junho de 1997.

¹³⁴AGRA, Walber Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 01/2014, p. 526.

¹³⁵ MENDES; BRANCO, 2016, p. 493.

de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Este princípio desdobra-se em uma tríplice proteção: a) apenas a Constituição poderá instituir os órgãos responsáveis pela atividade jurisdicional; b) só há validade se o julgamento ser realizado por um órgão instituído anteriormente a ocorrência do fato; c) os juízes pré-constituídos devem respeitar a ordem taxativa de competência, excluindo-se qualquer alternativa de discricionariedade¹³⁶.

Edilson Mougnot Bonfim nos remete a expressão “juízo natural” ao abordar o princípio, vez que existe a possibilidade do processamento e da prolação de uma decisão perante um colegiado e não apenas isoladamente um juiz¹³⁷.

A respeito do aludido, a lei estabelece uma forma legítima de investidura das pessoas que exercem a função, atribuindo-os garantias e vedações afim de resguardar a imparcialidade do órgão. O indivíduo somente poderá ser julgado pela autoridade que tenha sido nomeada e admitida através de um concurso de provas e títulos para o exercício do cargo¹³⁸. Em decorrência da imparcialidade, o ordenamento impõe, ainda, regras de competências com critérios objetivos como territorial, pela natureza jurídica do delito, ou de prerrogativa de função, e também critérios de ordem instrumental vinculados ao processo como a continência, conexão, prevenção e distribuição dos autos¹³⁹.

Em síntese, através do princípio do juiz natural todo e qualquer conflito que vier a ser submetido ao crivo do Judiciário deve ser uma autoridade competente jurisdicional previamente estabelecida e que seja imparcial. Por conseguinte, a vedação ao tribunal de exceção ou *ad hoc* reafirma a garantia da autoridade judicial e destina impedir que seja constituído um tribunal após a ocorrência do delito para o julgamento em razão daquela pessoa ou daquele crime específico.

¹³⁶LOPES JUNIOR, 2017, p. 60.

¹³⁷BONFIM, 2016, p. 67.

¹³⁸AGRA, Walber Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 526.

¹³⁹BRITO; FABRETTI; LIMA, 2015, p. 28.

4. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ

4.1 PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Primitivamente, é necessário entendermos o princípio da verdade real, em razão da relevância deste como fundamento favorável ao artigo 156 do Código de Processo Penal. O princípio visa a primazia da veracidade, através dele o magistrado é obrigado buscar pela realidade dos fatos durante todo o curso da ação criminal. Diversamente do âmbito cível, em que o juiz objetiva a verdade formal baseada apenas no conteúdo trazido pelas partes¹⁴⁰.

Como bem observa Avena:

O princípio da verdade real, também conhecido princípio da verdade material ou da verdade substancial (terminologia empregada no art. 566 do CPP), significa que, no processo penal, devem ser realizadas as diligências necessárias e adotadas todas as providências cabíveis para tentar descobrir como os fatos realmente se passaram, de forma que o jus puniendi seja exercido com efetividade em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal.¹⁴¹

A aplicação deste preceito é justificada pelos bens jurídicos discutidos no processo penal, cuja relevância social é maior do que aquela perseguida no processo civil¹⁴². A sociedade está diretamente interessada na aplicação da lei penal ao sujeito que comete uma conduta reprovável, assim como é de interesse do Estado a aplicação correta do *ius puniendi*, sem se pautar em meros indícios.

Para clarear a distinção, cabe mencionar os dizeres de Edilson Mougenot:

No âmbito cível, a maioria das causas versa sobre interesses patrimoniais disponíveis, que em tese têm menor grau de relevância para a sociedade. Já no âmbito penal, tendo em vista a possibilidade concreta de aplicação de penas que restrinjam o direito fundamental da liberdade, bem como pelo elevado grau de interesse social com relação às condutas tuteladas no

¹⁴⁰NUCCI, 2016, p. 67.

¹⁴¹AVENA, 2017, p. 17.

¹⁴²MACHADO, 2014, p. 79.

direito penal material, é muito mais relevante que a elucidação dos fatos que fundamentam as decisões seja feita da forma mais acurada possível.¹⁴³

Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró discorda dessa distinção entre verdade material e verdade formal. Segundo o autor, essas expressões são errôneas, pois nenhuma das adjetivações representam uma verdade objetiva dos fatos. Além do que, a “verdade” é um conceito único e, portanto, não comporta essa tipologia¹⁴⁴.

De outra forma, Haddad aduz:

A real distinção entre a verdade material e a formal não se fundamenta no estado ou grau de convicção atingido pelo juiz, nem na profundidade do esclarecimento dos fatos, muito menos no percentual de esforço empregado pelo magistrado para elucidá-los, os quais seriam mais intensos no processo penal. Se assim fosse, bastaria ao magistrado não se acomodar e se irressignar com o material probatório até então coletado no processo civil para converter a verdade formal em material. A verdade material não significa que se trate de verdade mais completa em comparação à formal, mas, sim, que são disponibilizados mais instrumentos para se alcançá-la. A verdadeira diferença tem como fulcro a maior disponibilidade de meios para conseguir o esclarecimento dos fatos.¹⁴⁵

Sobre o tema, existe ainda relevante crítica doutrinária quanto a tangibilidade da verdade no processo, dada a impossibilidade de se realizar um fiel retrato do ocorrido. É como pontua Antônio Alberto Machado, na reconstituição é inevitável que o sujeito não imprima percepções humanas no caso. Deste modo, as emoções e os sentimentos podem influenciar na exposição e no julgamento. Tornando-se impossível afirmar que o magistrado alcança a verdade absoluta dos fatos no processo, mas sim a mais próxima da realidade¹⁴⁶.

4.2 ASPECTOS RELEVANTES

¹⁴³BONFIM, Edilson Mongenout. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 102.

¹⁴⁴BADARÓ, 2003, p. 31-35.

¹⁴⁵HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Verdade material e verdade formal, **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 56, p. 91-101, jan./abr. 2012.

¹⁴⁶MACHADO, 2014, p. 79-80.

No tocante ao ato de provar no processo penal, vimos que se refere a um artifício à disposição das partes e que tem como objetivo a confirmação da existência de determinada situação pelo juiz. Trata-se de uma tarefa, eminentemente, recognitiva, tendo em vista que o magistrado apreciará os argumentos e as provas trazidas pelas partes e fará uma reconstrução histórica dos fatos.¹⁴⁷ Este é o cenário disposto pelo artigo 156, caput, do Código de Processo Penal que imputa o ônus da prova a quem alega determinado fato.

Adiante neste mesmo dispositivo, o legislador inseriu através da Lei nº 11.690/2008 modificações facultando ao juiz a utilização de poderes instrutórios antes do início da ação penal e também quando já instaurado o processo. A produção de provas deixou de ser um monopólio das partes e passou a ser um direito do magistrado também¹⁴⁸. Essas novas determinações geraram inúmeras críticas dos autores penalistas que serão precisamente analisadas neste capítulo.

De início, cumpre observar o regulamento infraconstitucional:

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).¹⁴⁹

A previsão do legislador permite uma atuação ativa do magistrado na realização de provas no processo penal, de modo que ele haja como parte com requerimentos probatórios e de diligências de investigação. Em análise ao dispositivo antes da reforma dada pela Lei nº 11.690 é possível identificar que a única mudança trazida foi a possibilidade de requisição de ofício pelo juiz da produção de provas durante o inquérito policial.

Dizia a antiga redação do artigo 156 do Código de Processo Penal:

¹⁴⁷GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 44-45.

¹⁴⁸BADARÓ, 2003, p. 113.

¹⁴⁹BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 27 set. 2017.

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.¹⁵⁰

De qualquer forma, o conflito surge a partir da vertente trazida pela Constituição. Nesta, o juiz natural deve atuar como garantidor dos direitos fundamentais do acusado, sendo um deles a de um julgamento imparcial, a questão é até que ponto sua participação na produção probatória contamina o exercício de sua função ou desvirtua o sistema processual brasileiro¹⁵¹.

Para Aury Lopes Junior, esses poderes instrutórios e de investigação comprometem a imparcialidade judicial, não bastando a mera separação das funções de acusar e julgar. Existe uma incompatibilidade entre o texto constitucional que defende um sistema acusatório com a disposição do Código de Processo Penal que estabelece a figura de um juiz instrutor. À vista disso, toda estrutura do Devido Processo Legal que predomina a igualdade e o contraditório é desfeita¹⁵².

Para mais, o autor defende que a atuação do juiz deve ser de um mero espectador, um terceiro inerte, que é provocado e que tem o dever de examinar apenas o conteúdo trazido pelas partes nos autos ou no inquérito.¹⁵³ Se houver o envolvimento do magistrado na gestão probatória sua imparcialidade objetiva ficará comprometida e o incapacita para prolação da decisão, já que possui prejulgamentos sobre o caso. Esta imparcialidade, diz respeito a relação do julgador com o objeto do processo diferentemente da imparcialidade subjetiva que é uma condição pessoal do juiz em relação ao tema tratado. Deste modo, o juiz instrutor deve ser considerado preventivo e afastado do julgamento¹⁵⁴.

Em seus dizeres,

[...] consagram o juiz-instrutor-inquisidor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro, a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena que se transforma o processo formaliza essa decisão.¹⁵⁵

¹⁵⁰ BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 27 set. 2017.

¹⁵¹ LOPES JUNIOR, 2017, p. 62.

¹⁵² Ibidem, p. 63.

¹⁵³ Ibidem, loc. cit.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 65-69.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 64-65.

Nesse mesmo prisma, Nereu José Giacomolli aborda:

O julgador, terceiro imparcial, é o destinatário da prova, não podendo ser confundido com o próprio remetente, sob pena de grave patologia (como se o sujeito enviasse uma carta para si próprio, confundindo-se, na mesma pessoa, o remetente e o destinatário, já afirmava Aramis Nassif em suas aulas magnas). Nessa perspectiva, as partes iniciam a inquirição das testemunhas e não o magistrado, nos termos do art. 212 do CPP, cabendo a este apenas, de forma subsidiária, complementar a inquirição, mas restrito aos pontos não esclarecidos nos depoimentos.¹⁵⁶

Em contraste aos pensamentos acima apresentados, o advogado criminalista Gustavo Badaró entende que os poderes instrutórios do juiz não causam uma mudança de paradigma acusatório para inquisitório, em razão de que as partes são garantidas aos seus direitos à prova. Na verdade, a gestão probatória do juiz permite uma maior e melhor reconstrução do fato delituoso, diferentemente do sistema inquisitorial em que a concentração das funções de acusar, defender e julgar acarretavam na confirmação de uma verdade previamente estabelecida¹⁵⁷.

Acresce que, esses poderes instrutórios fazem com que o juiz não fique adstrito nas provas solicitadas pelas partes no processo e possa determinar a realização de outra prova que não tenha sido requerida e que seja relevante naquele contexto.

Em sua tese, sobre o ônus da prova no processo penal, ele ensina que:

Quanto à atividade probatória, pode se rotulado de acusatório um sistema no qual seja reconhecido o direito à prova da acusação e da defesa, tendo ainda o juiz poderes para, em caráter subsidiário ou suplementar, determinar *ex officio* a produção de provas que se mostrem necessárias para o acertamento do fato imputado. [...] No processo penal, sistema acusatório é, fundamentalmente, aquele em que há divisão das funções de acusar, defender e julgar em sujeitos distintos, enquanto no sistema inquisitório há concentração de todas estas funções em único órgão.¹⁵⁸

Relevante neste ponto abordarmos o posicionamento do doutrinador Eugênio Pacelli que compreende haver uma inconstitucionalidade na redação do artigo 156, I, do Código de Processo Penal. Em sua visão, a atividade judicial durante esta fase

¹⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 193.

¹⁵⁷ BADARÓ, 2003, p. 116.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 125.

investigatória deve ser realizada apenas como garantidor dos direitos do indiciado – por exemplo, ao deferir um mandado de busca e apreensão preservando à inviolabilidade do domicílio –, ao determinar a produção de provas de ofício o juiz estará tutelando a investigação criminal¹⁵⁹.

Em contraponto, Norberto Pâncaro Avena alude que a produção probatória *ex officio* pelo juiz durante a investigação está de acordo com o sistema acusatório preconizado pela Lei Maior cuja finalidade é a busca pela verdade real¹⁶⁰. Para ele, não há uma quebra na imparcialidade, pois a iniciativa do magistrado, diante dos requisitos de relevância e urgência, é necessária para que a prova não se perca¹⁶¹.

Quanto o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, sua posição é de que a participação do juiz na gestão das provas não implica na quebra da imparcialidade judicial. Para ele, não existe afronta ao sistema acusatório, pois o magistrado não está substituindo às partes, apenas determinando diligências para solução do caso. Ademais, sua atividade se justifica na busca da verdade real e, também, considerando uma preponderância entre as garantias do acusado e da sociedade. Ou seja, um processo que respeite o contraditório e a ampla defesa, mas que também proteja à vida, à segurança entre outras razões que justificam o *jus puniendi* estatal¹⁶².

Por outra linha de raciocínio, Gustavo Badaró dispõe que o inciso II é válido, porém apenas quando a iniciativa do juiz seja aplicada para dirimir dúvidas no processo. Assim, não se trata de uma atuação substitutiva a atividade acusatória, mesmo que esta seja deficiente, tendo em vista que haveria um desequilíbrio nas forças entre as partes e, ainda, a violação aos princípios constitucionais. Na verdade, trata-se da utilização de poderes instrutórios pelo juiz para resolução de uma dúvida sobre ponto relevante no processo que surgiu a partir da qualidade ou idoneidade de uma prova já produzida¹⁶³.

Nesse viés, leciona Vicente Greco Filho:

Se se examinar o texto legal com cuidado, é fácil de ver que o código atribui, primeiramente, a iniciativa probatória às partes e, depois, ao juiz, para dirimir dúvida sobre ponto relevante, ou seja, ponto já colocado, sobre

¹⁵⁹PACELLI, 2017, p. 342.

¹⁶⁰AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 436.

¹⁶¹AVENA, 2017, p. 436.

¹⁶²Ibidem, p. 439-440.

¹⁶³BADARÓ, 2003, p. 344.

o qual já houve atividade probatória, mas restou duvidoso. Daí ser possível concluir que, mesmo no processo penal, os poderes instrutórios do juiz, quanto à determinação de prova de ofício, são poderes complementares à iniciativa das partes que têm o ônus originário de requerer ou propor as provas pertinentes.¹⁶⁴

Com efeito, para o autor a atuação interventiva do juiz é permitida na fase instrutória, pela interpretação literal do conteúdo do artigo 156, II, do Código de Processo Penal quando se tratar de uma incerteza.

4.3 PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

À luz das teses esboçadas neste capítulo, trataremos sobre os pontos positivos e negativos que a gestão da prova às mãos do julgador poderá trazer para o desfecho do pleito.

A verdade é que a iniciativa probatória do juiz pode ser justificada quando examinada sob o pálio de todo o ordenamento jurídico. A doutrina que partilha desta opinião entende que a realização da atividade jurisdicional é de interesse público, por isso o juiz é outorgado de poderes instrutórios visando uma maior e efetiva proteção ao bem jurídico tutelado¹⁶⁵.

A despeito disso, José Roberto dos Santos Bedaque diz:

O processo é o instrumento mediante o qual se exerce uma função pública, havendo predominante interesse do Estado em seu desenvolvimento. Assim, não pode o juiz ser reduzido a mero espectador do debate travado pelas partes.¹⁶⁶

Assim, para assegurar aos integrantes desta relação processual um efetivo acesso à ordem jurídica se faz necessário que o juiz, com primazia aos princípios do contraditório e da ampla defesa, disponha de poderes instrutórios. A título exemplificativo, temos a hipótese em que o magistrado está diante de uma nítida

¹⁶⁴GRECO FILHO, 2015, p. 240.

¹⁶⁵SOUZA, Artur César de. **O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/60966>. Acesso em: 31 mai. 2017.

¹⁶⁶BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d., p. 95.

situação de vulnerabilidade de uma das partes e investido da iniciativa probatória poderá atingir maior êxito em manter a paridade de armas ao requerer provas robustas e convenientes ao caso concreto.

Nesse tópico, dispõe Lima:

Não se trata de um poder irrestrito, por certo. Não pode o juiz buscar provas que digam respeito a fatos não submetidos ao contraditório, nem inovar a respeito de temas que não estejam nos autos. De resto, o juiz é obrigado a fundamentar sua decisão de intervir nos rumos da instrução da causa, cabendo recurso de sua decisão, pelo que minimizam-se os riscos referidos.¹⁶⁷

Como se não bastasse, esse perfil também é justificado pela busca incessável de atingir a verdade real, ou também chamada verdade material no processo penal, ou seja, a forma como os fatos ocorreram e não apenas a realidade dita pelas partes. Ela se estende através da possibilidade de o julgador determinar de ofício a produção de provas relevantes para a verificação da imputação penal. Acrescente-se que, a inércia do julgador na gestão da prova não necessariamente implicaria na absolvição do acusado¹⁶⁸. Portanto, a atuação do órgão julgador poderá ser benéfica para a defesa, como também existe a possibilidade de ser para a acusação.

Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade. Nesse sentido é o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao magistrado, de ofício, 'determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante'¹⁶⁹.

Por sua vez, sustenta André Faria que esse ativismo judicial em busca da verdade real e da promoção da justiça social conflita com os princípios previstos

¹⁶⁷LIMA, 2015, p. 670.

¹⁶⁸BADARÓ, 2003, p. 197.

¹⁶⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** nº 192.410/MS. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, DF, 11 de setembro de 2012.

pela Constituição da República prejudicando todo o Devido Processo Legal¹⁷⁰. Com relação ao contraditório, a iniciativa probatória do juiz prejudica a paridade de armas, já que alguma das partes terá que se defender tanto do seu oponente como também do órgão julgador¹⁷¹.

Além disso, a partir do momento em que o magistrado determina, de ofício, a realização de alguma diligência probatória, torna-se fixado naquela tese e psicologicamente comprometido a defendê-la. Deste modo, dispõe o doutrinador que existe uma violação a imparcialidade judicial, já que o juiz decide antes e depois percorre atrás de elementos comprobatórios de sua versão¹⁷².

Outra questão levantada pela doutrina diz respeito ao princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Ora, se o magistrado está diante de alguma dúvida sobre as provas apreciadas ou a decisão a ser realizada ele possui o dever de absolver o acusado, já que sua inocência é presumida. Entretanto, pelo dispositivo do artigo 156 do Código de Processo Penal é permitido a interferência judicial na atividade probatória em caso de dúvida, o que significa que o único favorecido com a atividade é o órgão ministerial.

Aliás, a sistemática da fase instrutória no processo envolve a atividade de admissão e valoração das provas pelo juiz. Por isso, dificilmente o magistrado considerará inadmissível uma prova por si produzida, mesmo que diante de uma ilegalidade. Cria-se aí, uma problemática na reunião das atividades de julgar e acusar¹⁷³.

Ademais, há quem entenda que essa atribuição ocasiona um conflito também com o sistema acusatório, não só pela reunião das funções processuais, mas também pela atribuição de poderes de inquisidor ao magistrado, mesmo que pautado pela verdade material.¹⁷⁴ Dispõe a jurisprudência:

¹⁷⁰FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 69.

¹⁷¹Ibidem, p. 102.

¹⁷²Ibidem, p. 122.

¹⁷³NOGUEIRA, Marco Aurélio. Chagas, Guilherme Castelhane. A iniciativa probatória do julgador à luz da Constituição Federal = Probative initiative of the judge in the light of Federal Constitution. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 14, n. 25, p. 325-361, jul./dez. 2015.

¹⁷⁴LOPES JUNIOR, 2017, p. 64.

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. “HABEAS CORPUS”. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ILEGITIMIDADE. – Nulo é o ato processual em que restam agredidos os mandamentos constitucionais sustentadores do Sistema Processual Penal Acusatório. A oficiosidade do juiz na produção de prova, sob amparo do princípio da busca da “verdade real”, é procedimento eminentemente inquisitório e agride o critério basilar do Sistema Acusatório: a gestão da prova como encargo específico da acusação e da defesa.¹⁷⁵

Vale ressaltar que alguns autores consideram a busca pela verdade real uma ideia utópica, já que é quase impossível a retratação de todos os acontecimentos nos exatos termos em que ocorreram. Por isso, a justificativa exclusiva daqueles adeptos a iniciativa probatória na busca pela verdade, ainda que para suprir toda e qualquer eventual falha ou omissões das partes, não é suficiente¹⁷⁶.

¹⁷⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Habeas Corpus* nº 70003938974. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, RS, 24 de abril de 2002.

¹⁷⁶CARDOSO, Diego Vinicius. **O mito do princípio da verdade real no atual sistema processual penal brasileiro**. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,o-mito-do-principio-da-verdade-real-no-atual-sistema-processual-penal-brasileiro,53770.html>. Acesso em: 31 mar. 2018.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, vê-se que a iniciativa probatória judicial é passível de inúmeras críticas, seja referente a produção de provas de ofício durante a fase investigatória ou durante a fase instrutória da ação penal. O conteúdo abrange um vasto material doutrinário e diferentes argumentos que imputam ao aplicador do Direito um difícil posicionamento sobre a redação do artigo 156 frente a garantia da imparcialidade judicial imposta pela Constituição Federal.

Neste estudo, procurou-se expor ao leitor os diferentes tipos de sistemas processuais existentes e como suas peculiaridades influenciam o julgamento da causa. Além do que, vimos que os sistemas processuais de natureza inquisitória reúnem as funções de acusar, defender e julgar sobre responsabilidade de uma só pessoa, atribuindo ao juiz maiores poderes probatórios. Diferentemente do sistema acusatório, no qual as funções são separadas em diferentes pessoas e se preserva as garantias para com o acusado no processo. A partir das características de cada modelo, surge a indagação referente ao sistema processual brasileiro, já que a Constituição da República Federativa do Brasil revela um caráter acusatório, porém as ampliações dos poderes probatórios do magistrado retratam uma vertente inquisitorial. Embora não haja um consenso quando a isto, para fins desse trabalho e frente as garantias constitucionais o entendimento adotado será de um sistema acusatório brasileiro.

Em suma, foi possível visualizar uma íntima relação entre o modelo político do Estado e o sistema processual eleito, porquanto os Estados autoritários tendem a se filiar aos modelos inquisitoriais, mais repressivos a punição, diversamente os Estados democráticos que se assemelham mais ao modelo acusatório.

A Carta Política de 1988 instituiu diversas garantias processuais com o fim de proporcionar um julgamento justo ou, em outras palavras, um Devido Processo Legal. Dentre elas, a imparcialidade do órgão julgador, ou seja, um juiz que possua desinteresse no objeto da causa ou nas partes. Para garantir esse pressuposto, o Estado atribuiu prerrogativas aos juízes e causas de suspeição ou impedimento do processo. Neste tópico, observamos que a exigência da figura imparcial é um requisito de validade processual.

Passadas essas informações, a partir da análise da gestão e do ônus probatório no processo penal restou evidenciado a importância do direito à prova como meio de garantir o contraditório e a ampla defesa. Apesar de consistir numa técnica a disposição das partes para comprovarem suas alegações, vimos que o Código de Processo Penal também confere a gestão ao juiz criminal.

Os questionamentos surgem quando esta previsão infraconstitucional é analisada com relação aos princípios da presunção de inocência, *in dubio pro reo*, juiz natural, vedação ao tribunal de exceção e o princípio da verdade real, já que estes preceitos são usados como justificativa para o posicionamento doutrinário contra ou a favor do juiz instrutor. A dúvida é: existe uma ofensa à imparcialidade ao permitir que o juiz faça requerimentos probatórios de ofício no processo?

Através do conteúdo analisado, denota-se que o acolhimento deste ativismo judicial pelo Código não viola o julgamento imparcial do órgão. Em que pese os argumentos contrários ao dispositivo, as determinações de diligências probatórias pelo magistrado não prejudicam o seu pronunciamento imparcial, pois somente serão requeridas quando diante de dúvida ou da necessidade de antecipação e por meio de uma decisão fundamentada.

Por óbvio que estes fundamentos não justificam a atuação de um juiz inquisidor que utiliza dos poderes instrutórios de forma autoritária e arbitrária para condenar o acusado. As garantias constitucionais do réu devem ser respeitadas, o que não impede que seja determinada a produção de provas de ofício sem tangenciar para nenhum dos lados. Durante a fase investigatória, o requerimento só será realizado pelas razões de urgência, devidamente demonstradas, que justifiquem a antecipação. Já na fase instrutória, diante de uma dúvida sobre um ponto relevante e por meio de uma decisão fundamentada, inexistente desrespeito ao preceito constitucional.

Por derradeiro, trata-se de um tema bastante polêmico, de modo que não há como esgotar todo o seu estudo neste trabalho. A atividade instrutória do magistrado deve possuir limites, preservando a imparcialidade imposta pelo constituinte. Cabe a todos os operadores de Direito, sejam eles magistrados, membros do Ministério Público ou advogados, zelar pela correta aplicação do artigo 156 do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Acquaviva**. São Paulo: Rideel, 2008.
- AGRA, Walber Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso básico de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ALMEIDA, Roberto de. **Série Concursos Públicos - Teoria Geral do Processo - Civil, Penal e Trabalhista**. 4. ed. São Paulo: Método, 2013.
- ALVIM, J. Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 21. ed. São Paulo: Forense, 2017.
- AVENA, Norberto Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Método, 2017.
- _____. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito processual penal**. São Paulo: Elsevier Campus Jurídico, 2008.
- _____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- _____. **Curso de Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015-5/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 nov. 2017.
- _____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689C-ompilado.htm. Acesso em 27 set. 2017.
- _____. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848 de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 13 nov. 2017.
- _____. **Constituição (1988)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 13 nov. 2017.
- _____. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0-678.htm. Acesso em: 09 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus** nº 192.410/MS. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, DF, 11 de setembro de 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 77.622/SC. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, DF, 29 de outubro de 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus** nº 73801/MG. Relator: Min. Celso De Mello. Brasília, DF, 27 de junho de 1997.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Habeas Corpus** nº 70003938974. Relator: Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, RS, 24 de abril de 2002.

BRITO, Alexis de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRITO FILHO, Clemente Dias; MACHADO, Jhenifer Ramin; FERREIRA, Maria Zilda. **Tribunal de exceção e Juiz natural**. Disponível em: <http://www.santacruz.br/ojs-/index.php/JICEX/article/view/271>. Acesso em: 12 nov. 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fund. CalousteGulbenkian, 1989.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARDOSO, Diego Vinicius. **O mito do princípio da verdade real no atual sistema processual penal brasileiro**. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,o-mito-do-principio-da-verdade-real-no-atual-sistema-processual-penal-brasileiro,53770.html>. Acesso em: 31 mar. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal à luz da Constituição**. São Paulo: Edipro, 1999.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Curso de Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

FEITOSA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira S.A, 1985.

IMED. **Breves considerações sobre a gestão da prova no (novo) processo penal brasileiro: avanços e retrocessos**. Disponível em: https://www.imed.edu.br/Uploads/micimed-2014_sub-mission_261.pdf. Acesso em: 26 out. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo penal**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O princípio do juiz natural e a sua dupla garantia**. Revista de Processo, v. 29, jan./mar., 1983.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Verdade material e verdade formal, **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVI, n. 56, p. 91-101, jan./abr. 2012.

KARAM, Maria Lúcia. **Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KHALED JUNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. **Teoria Geral do Processo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo pena**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAGNO, Levy Emanuel. **Curso de processo penal didático**. São Paulo: Atlas, 2012.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e Processo Penal: da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEDINA, Paulo Gouvêa. **Direito Processual Constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Chagas, Guilherme Castelhane. A iniciativa probatória do julgador à luz da Constituição Federal = Probative initiative of the judge in the light of Federal Constitution. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 14, n. 25, p. 325-361, jul./dez. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. São Paulo: Forense, 2016.

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

PEREIRA, Juarez Maynard, PEREIRA Dora Maynard. **O princípio constitucional da presunção de inocência, o in dubio pro reo e a aplicação do in dubio pro societate na decisão de pronúncia**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_l=ink=revi-sta_artigos_le-itura&arti-go-_id=1362-2. Acesso em: 13 nov. 2017.

PIRES, Antonio Fernando. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**, 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROTONDARO, Nora Magnólia Costa. **Devido Processo Legal**. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/j-spui/bitstream/2011/19112/Devido_Processo_Legal.pdf. Acesso em: 29 out. 2017.

SOUZA, Artur César de. **O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/d-space/handle/2011/60966>. Acesso em: 31 mai. 2017.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.