



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DANIELLE ALVES DA COSTA LUCAS

O SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL E A PRODUÇÃO
ANTECIPADA DE PROVAS

SOUSA - PB
2010

DANIELLE ALVES DA COSTA LUCAS

O SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL E A PRODUÇÃO
ANTECIPADA DE PROVAS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA - PB
2010

DANIELLE ALVES DA COSTA LUCAS

O SISTEMA ACUSATÓRIO NO PROCESSO PENAL E A PRODUÇÃO ANTECIPADA
DE PROVAS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof^a. MSc. Jônica Marques Coura Aragão

Banca Examinadora:

Data de aprovação: _____

Orientadora: Prof. MSc. Jônica Marques Coura Aragão

Examinador: Prof. Jardel Freitas

Examinadora: Prof^a. Carla Rocha

A Deus,
*“Lâmpada para os meus pés é a tua palavra, e luz para o
meu caminho.”*

Salmo 119; 105

AGRADECIMENTOS

Acima de tudo a Deus por estar sempre presente na minha vida, pela capacitação concedida para realização deste trabalho, e por todas as conquistas e vitórias concedidas, como por aquelas que ainda virão, desde já agradeço.

À minha grande família, toda ela, pelo amor, carinho, compreensão e apoio de sempre que foi muito importante para a concretização deste sonho, e em especial aos meus pais Daniel e Nésia, minha irmã Dannyezya, meu querido sobrinho Gabriel, meu cunhado Rafael e minha prima Jessyka.

Aos amigos queridos, Rafael, Joama, Leonardo, Nyelli e Victor, que durante anos me ajudaram nos passos dados até aqui, e nestes últimos dias, mesmo com toda ocupação, se fizeram presentes quando necessário; e a meu namorado Mauro Leonardo, pela importância que teve na realização deste trabalho e que tem na minha vida: a eles, a minha eterna gratidão.

A orientadora Professora Jônica Marques Coura Aragão pelo incentivo, simpatia e presteza no auxílio às atividades e discussões sobre o andamento e construção desta Monografia de Conclusão de Curso.

“Se nós queremos considerar novamente o processo como instrumento de razão e não como estéril e árido jogo de força e habilidade, é necessário estar convencido de que o processo é acima de tudo um método de cognição, isto é, de conhecimento da verdade, e que os meios probatórios que nós estudamos estão verdadeiramente a servir para alcançar e para fixar a verdade; não as verdades últimas e supremas que fogem aos homens pequenos, senão a verdade humilde e diária, aquela a respeito da qual se discute nos debates judiciais, aquela que os homens normais e honestos, segundo a comum prudência e segundo a boa-fé, chamam e têm chamado sempre a verdade.

Mas a finalidade do processo não é somente a busca da verdade: a finalidade do processo é algo mais, é a justiça, da qual a determinação da verdade é somente uma premissa.”

Piero Calamandrei.

RESUMO

A busca da verdade representa parte significativa dos ideais de um processo; máxime quando se trata de um processo penal. Contudo, mais que a busca da verdade sabe-se, entretanto, que o grande referencial de um processo é a busca da justiça. Assim, torna-se relevante discutir sobre a questão da produção antecipada de provas no processo penal e a perspectiva de ofensa no sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988. O ônus da prova é atribuído as partes, entretanto, existem provas que podem perecer com o decurso do tempo, mostrando-se relevantes e urgentes no processo. Convém, pois, indagar a título de problematização científica, o seguinte: No sistema acusatório, pode o juiz, ainda durante a investigação criminal, antes de iniciada a ação penal, determinar a colheita de provas ameaçadas de perecimento, observando, a adequação, proporcionalidade e a necessidade dessa medida? Sendo a hipótese afirmativa, diz-se que a produção antecipada de provas não representa uma discricionariedade do magistrado e nem uma ampliação dos seus poderes, ao contrário, é garantia da própria sociedade, que vê o Estado atuando na função jurisdicional, não colocando o processo no interesse e subjetividade de atuação das partes. O objetivo geral do trabalho é analisar a possibilidade jurídica da produção antecipada de provas no processo penal brasileiro. Para tanto, empregam-se o método sistêmico, haja vista trabalhar a problemática à luz do sistema em que se insere, com o emprego da técnica de pesquisa bibliográfica. Em conclusão, aponta-se que o Processo Penal brasileiro, fundado no Sistema Acusatório, atende aos reclames da justiça quando viabiliza ao juiz proceder a produção antecipada de provas, desde que em conformidade com princípios basilares que regem o processo.

Palavras-chave: Processo Penal. Sistema Acusatório. Provas.

RESUMEN

La búsqueda de la verdad representa una parte importante de los ideales de un proceso, sobre todo porque cuando se trata de un proceso penal. Sin embargo, en lugar de la búsqueda de la verdad se sabe, por su parte, que la referencia principal de un proceso es la búsqueda de la justicia. Por lo tanto, se convierte en relevante para discutir el tema de la producción anticipada de la prueba en los procedimientos penales y la posibilidad de socavar el sistema acusatorio adoptado por la Constitución Federal de 1988. La carga de la prueba se asigna a las partes, sin embargo, evidencia de que se pierda con el paso del tiempo, siendo relevante y urgente en el proceso. Por tanto, procede a investigar la base científica para cuestionar lo siguiente: En el sistema acusatorio, el juez podrá, incluso durante la investigación penal antes de iniciar la acción penal, la recogida de pruebas para determinar el peligro de extinción, teniendo en cuenta la adecuación, proporcionalidad y la necesidad de esta medida? La declaración dice que la hipótesis de que la producción anticipada de prueba no es la discreción de un juez y no una ampliación de sus competencias, por el contrario, está garantizada por la propia sociedad, que ve el estado actuando en una función judicial por no poner el proceso y la subjetividad en el interés de actuación de las partes. El objetivo de este trabajo es analizar la posibilidad jurídica de la producción anticipada de la prueba en los procesos penales en Brasil. Para ello, emplear el método sistémico, teniendo en cuenta la labor problemático teniendo en cuenta el sistema que le corresponde, con el uso de la literatura técnica. En conclusión, se observa que el brasileño Procedimiento Penal, basado en el sistema acusatorio, cumple con los anuncios de la justicia cuando se permite al juez para proceder con la producción anticipada de la prueba, siempre que, de conformidad con los principios básicos que rigen el proceso.

Palabras clave: Procedimiento Penal. Sistema acusatorio. Prueba.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	12
2.1 SISTEMA ACUSATÓRIO.....	13
2.1.1 Contexto Histórico.....	13
2.1.2 Sistema Acusatório no Direito Comparado.....	15
2.1.3 Sistema Acusatório na Atualidade.....	16
2.2 SISTEMA INQUISITIVO.....	19
2.2.1 Contexto Histórico.....	20
2.2.2 Sistema Inquisitivo Contemporâneo na Itália e Alemanha.....	22
2.2.3 Elementos do Sistema Inquisitivo.....	23
2.3 SISTEMA MISTO.....	24
2.3.1 Origem do Sistema Misto.....	25
2.4 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	26
3 PROVAS NO PROCESSO PENAL.....	30
3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES.....	31
3.1.1 Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas.....	31
3.1.2 Princípio da Proporcionalidade.....	32
3.1.3 Princípio da Liberdade Probatória.....	34
3.1.4 Princípio da Não Auto-incriminação.....	35
3.1.5 Princípio da Verdade Real.....	36
3.1.6 Princípio do Contraditório.....	37
3.1.7 Princípio da Publicidade.....	37
3.1.8 Princípio da Auto-responsabilização das Partes.....	38
3.1.9 Princípio da Comunhão das Provas.....	38

3.1.10 Princípio da Oralidade.....	39
3.2 CONCEITO E OBJETO.....	39
3.3 OBJETIVO, MEIOS E NATUREZA JURÍDICA.....	42
3.4 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS.....	44
3.5 SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS.....	45
4 PROVAS ANTECIPADAS NO PROCESSO PENAL.....	49
4.1 DEFINIÇÃO E DISCIPLINA LEGAL.....	49
4.2 REQUISITOS.....	52
4.3 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	53
4.4 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO COMUM E PROCEDIMENTO CAUTELAR.....	55
4.5 DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ: <i>ADVERSARIAL SYSTEM E INQUISITORIAL SYSTEM</i>	57
4.6 PROVAS ANTECIPADAS E O SISTEMA ACUSATÓRIO.....	59
5 CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

Em virtude da recente reforma processual penal, e em especial com o surgimento da Lei nº. 11.690/08 que modificou os art. 155, 156 e 157 que fazem parte do Título VII do Código de Processo Penal, relativo ao tema: “Da Prova”, a repercussão dos novos artigos no sistema processual, mostra-se oportuna, pois existe a necessidade de contribuição para o entendimento dos novos rumos do direito processual brasileiro, em especial do processo penal, no tocante à significativa atividade da colheita de provas.

Neste trabalho aponta-se como problemática: a produção antecipada de provas no Processo Penal, na perspectiva de medida excepcional, está em consonância com o sistema processual penal brasileiro? Para inferir se aquelas podem ferir este ou não.

Objetivando assim, analisar, com base na doutrina, se a iniciativa probatória do juiz na fase pré-processual, mediante o preenchimento dos requisitos atinentes a antecipação de provas viola, ou não o embasamento principiológico do sistema adotado pelo Brasil.

O trabalho consistirá em pesquisa exploratória, utilizando para tanto a legislação nacional pertinente, livros e artigos científicos, mediante o emprego do método hipotético-dedutivo e aplicação da técnica de pesquisa bibliográfica.

No primeiro capítulo, far-se-á a exploração dos sistemas processuais existentes, entendendo que um sistema processual é que determina o aspecto procedimental no qual deverá ser baseada a efetividade jurisdicional processual penal, sendo mais amplo que os princípios que regem o ordenamento, no sentido de que, confunde-se com a própria ordem jurídica instaurada, o regime político e conseqüentemente o nível democrático de um Estado.

Serão estudados os sistemas acusatório, inquisitivo e misto ou acusatório formal. O sistema acusatório é o primeiro a ser abordado, iniciando pelo contexto histórico do seu surgimento, e os dois momentos de sua incidência, no período romano e atualmente, exemplificando alguns países que adotam esse sistema. Ainda, há explanação dos elementos fixos do sistema acusatório, caracterizando-o, ressaltando o afastamento das funções de acusar e julgar pela mesma figura, como elemento que deu origem a este sistema, com finalidade de manter a imparcialidade do julgador.

Quanto ao sistema inquisitivo, observar-se-á que dentro do contexto histórico da época representou melhoria para a realização da justiça, surgido como tentativa de reduzir a impunidade ocasionada pela entrega da persecução penal nas mãos dos particulares, concentrando nas mãos do julgador todo o poder, possibilitando sua atuação de ofício; esse

sistema é marcado pela atribuição dos atos de defender, julgar e acusar a uma só pessoa, o juiz. E ainda, ao ser estudada a legislação de alguns países, haverá a constatação de que em determinadas fases do processo, há adoção do sistema inquisitivo, o que será demonstrado.

Por último se analisará o sistema misto, considerada forma híbrida de sistemas. Dentro da lógica deste, deve haver o entendimento de que o processo possui duas fases distintas, a fase de investigação, que já faz parte do processo, e a fase de julgamento, que irá por termo ao processo, fases que serão analisadas adiante. E, finalizando o primeiro capítulo, haverá a identificação do sistema adotado pelo Brasil com as várias argumentações doutrinárias relacionadas ao tema.

Posteriormente, no segundo capítulo, é abordada a teoria geral das provas no processo penal, estudando aspectos conceituais da temática, tais como: o que são provas; qual seu objeto; finalidade; os princípios norteadores; natureza jurídica; classificação doutrinária e o sistema de avaliação para valoração das provas pelo julgador. Malgrado conteudístico, o capítulo apresenta relevante contribuição ao preparar o enfrentamento da questão central que será debatida no último capítulo.

Por fim, o trabalho se debruça sobre as provas produzidas antecipadamente, inovação no processo penal, surgida a partir da Lei nº 11.689/2008; a produção antecipada de provas, já existente no processo civil - nos artigos 846 e seguintes do Código de Processo Civil - consiste na coleta de provas ainda durante a fase de investigação, desde que demonstrada a indispensabilidade da medida. Por oportuno, estabelecer-se-ão ainda, sua atuação, seus requisitos e previsão no ordenamento jurídico brasileiro. Partindo para o procedimento probatório comum e o procedimento de produção antecipada, considerando também a atuação do magistrado, dentro do sistema acusatório, no qual podem surgir duas vertentes denominadas *inquisitorial system* e *adversarial system*, em que a postura do magistrado perante o processo é determinante para a adoção de um ou outro princípio, onde será feita tal incidência.

À guisa de conclusão, destacar-se-á a necessidade de ponderação, quando a antecipação do momento de produção probatória, advinda da reforma processual penal, demonstrar-se contrária ao sistema adotado pelo Brasil.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

O sistema processual determina a feição do processo penal e as suas regras procedimentais básicas de efetividade normativa. Paulo Rangel¹ conceitua: “Assim, sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.” Contudo, seja qual for o sistema adotado por um país, seu processo sempre exercerá a função de promover a paz social.

Quanto à finalidade dos sistemas processuais penais, Mauro Fonseca Andrade² adverte:

Portanto, não se pode confundir a função exercida pelo processo penal com a função atribuída aos sistemas processuais penais. Enquanto ao processo cabe promover a paz social, os sistemas processuais atuam como um instrumento fundamental de auxílio ao legislador, à hora de estabelecer a política criminal, em âmbito processual, que vigorará em seu país.

O processo penal possui sistemática harmônica com os preceitos constitucionais, e através do sistema adotado é possível auferir o regime político de um Estado, funcionando como verdadeiro termômetro da Democracia, tendo em vista que, em um Estado totalitário onde a repressão é predominante, o sistema empregado é o inquisitivo, e em contrapartida, havendo a preservação de garantias individuais dos cidadãos a presença é do sistema acusatório.

É necessário observar certas peculiaridades no processo para a identificação de um sistema, e para garantir, sem equívocos, que o observador concluiu pelo verdadeiro sistema adotado, podem ser utilizados certos elementos processuais como parâmetro. Assim sendo, através de determinadas particularidades é possível à confirmação da incidência deste ou daquele sistema.

Para tanto, podem ser destacadas, dentre outras, estas características diferenciadoras: a existência da inércia processual ou se o magistrado pode, de ofício, iniciar a ação penal, se não puder a quem caberia sua proposição; ao examinar a quem incumbe a jurisdição; se há ou não a concentração da acusação e de julgamento nas mãos da mesma figura; quais os direitos

¹RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009. p. 47.

²ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 439.

assegurados ao réu, ou se este não possui direitos, e se é considerado como sujeito ou objeto da lide; de que forma existe a valoração das provas, se por íntima convicção, por prova tarifada do legislador ou se por livre convencimento motivado; e se há ou não incidência de ampla defesa e contraditório.

Conforme adiantado, existe o sistema inquisitivo, o sistema acusatório, e ainda o sistema acusatório formal ou sistema misto. Tourinho Filho³ utiliza a denominação de “tipos de processo penal”, o que também é cabível, tendo em vista que, o procedimento muda consubstancialmente a cada sistema utilizado criando um novo processo penal.

A história do surgimento dos principais sistemas confunde-se com a história do processo penal, levando em consideração que estão intrinsecamente ligados, e ainda sofrem influência do momento político vivido por cada Estado, portanto, é também decorrência do processo e nível democrático atingido pelo país.

2.1 SISTEMA ACUSATÓRIO

A principal característica desse sistema consiste em que, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a indivíduos diversos, órgãos distintos, surgindo então três pessoas atuantes no processo. O juiz ou tribunal será o órgão imparcial que irá aplicar a lei ao caso concreto, o autor será o acusador, com o ônus de provar suas alegações, e no tocante ao réu lhe é assegurada ampla defesa.

O sistema acusatório conduziu os moldes do processo penal em duas ocasiões distintas da história, no período clássico e na atualidade, entretanto, existem várias diferenças entre o sistema antigo e o atual, mas também há a incidência de características em comum.

2.1.1 Contexto Histórico

Mauro Fonseca Andrade⁴ traz em sua obra as origens históricas de cada sistema, onde destacam-se certos acontecimentos, conforme o relato adiante.

³TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 88.

⁴Id. Ibid. p. 49 e seguintes.

Assim, extraí-se que no período clássico, o direito ateniense é considerado como a origem do sistema acusatório, entretanto, Atenas estava primeiramente fundada em uma base oligárquica, onde não havia espaço para qualquer tipo de participação popular em seus destinos. No fim do século VI a.C., o povo já cansado da exclusão e opressão social, se insurgiu contra a oligarquia. Fruto deste confronto, surgiu uma nova Constituição ateniense, concedendo alguns direitos aos povos, como a vedação da garantia pessoal pelas dívidas, o perdão dos débitos existentes e abolição da escravidão em relação às pessoas que haviam se tornado servas em razão de dívidas pendentes.

Nova organização social surgia, o marco desta mudança foi com a possibilidade de participação popular nos tribunais, o direito de apelar a um tribunal popular contra as decisões dos magistrados, e o livre acesso à justiça, seja por parte do prejudicado, seja por um terceiro, através da ação popular. A partir desse momento o sistema acusatório começou a brotar.

Apesar do avanço representado pelo novo sistema, ele não era incólume de falhas, o que acabava por colocar em dúvida sua credibilidade. Entre os problemas mais freqüentes, havia a impunidade e a manipulação dos juízes populares, através da má utilização do princípio da oralidade nesse modelo de processo.

Diversamente do que comumente se pensa, a presença do acusador distinto do julgador não era uma certeza no processo ateniense. Havia hipóteses em que o próprio julgador agia e julgava de ofício sem a presença das partes, acusador e acusado. Em suma, o processo ateniense, manteve a coexistência entre os dois sistemas processuais até então conhecidos, o sistema inquisitivo e o sistema acusatório, embora aquele de forma episódica, e este de maneira predominante.

Ao longo de vários séculos, Roma passou por três sistemas políticos distintos: o monárquico, o republicano e o imperial (ou principado), em decorrência, o processo penal romano sofreu oscilações entre os sistemas inquisitivo e acusatório. No período monárquico, havia a distinção entre os delitos que infringiam as normas de interesse privado e os que violavam interesses considerados públicos, cabendo ao rei, como sacerdote supremo, exercer a repressão penal representativa do interesse público.

Instituída a república romana, sua consequência foi a divisão das funções do antigo rei. O poder supremo foi dividido para dois côsules, que exerciam a magistratura. O grande desenvolvimento da população romana, fez com que as funções consulares se repartissem por outras pessoas, surgindo os pretores que estavam encarregados da administração da justiça. Todavia, permaneciam vícios, entre eles, não existia o respeito às decisões anteriormente proferidas, possibilitando que aquele que já fora absolvido, seja novamente acusado pelo

mesmo fato. E, além disso, havia a influência política, permitindo que os acusadores esperassem o término do período do mandato do pretor que julgou o feito em seu desfavor, e logo que assumisse um aliado, voltavam a tentar a condenação do indivíduo.

No período imperial, foram mantidas as bases do processo republicano, com algumas modificações, como a criação de novos delitos e tribunais, o magistrado assumindo posição de inatividade, os cidadãos exerciam a acusação e aos acusadores era incumbida a investigação e a colheita de provas. No baixo império, os magistrados foram organizados de acordo com a matéria ou importância do tema, dividindo a jurisdição em classes, e no século VI d. C. os atos passaram a ter por obrigação a forma escrita.

A maior crítica a esse sistema, dentro do contexto apresentado, era devido a falta de preparação dos magistrados, havendo a necessidade de conselheiros para o julgamento. Os seus vários defeitos fizeram com que, surgisse como alternativa o sistema inquisitivo, que perdurou até os séculos XVIII e XIX. Pondo termo ao período clássico, onde predominava o acusador popular, o sistema acusatório atual trouxe o acusador público.

2.1.2 Sistema Acusatório no Direito Comparado

O autor Mauro Fonseca Andrade⁵ destaca no direito alemão, italiano e português a incidência do sistema acusatório. A Alemanha, um dos mais antigos ordenamentos processuais penais do mundo ainda em vigor, com algumas reformas, tem seu processo penal estruturado, basicamente, na configuração a seguir: A investigação criminal não é considerada fase do processo jurisdicional, sendo presidida pelo Ministério Público, seu legitimado ativo; o magistrado não atua de ofício para dar início a persecução penal, que é condicionada a uma acusação; apesar de não dar início, o juiz pode buscar os elementos que julgar necessários para a sua decisão; a prova é valorada pelo livre convencimento motivado; há os princípios da publicidade, oralidade, contraditório, paridade de armas, presunção de inocência, legalidade e *in dubio pro reo*; existem recursos e nulidades nos casos de desobediência às normas processuais. Por tais características, o modelo acusatório é o compatível com o processo penal alemão.

⁵Id. Ibid. p. 105/110.

Em Portugal a lei nº 43/86 revogou o antigo Código de Processo Penal, que adotava o sistema misto, e instituiu o sistema acusatório expressamente em seu texto. Já na Itália, a abdicação dos traços inquisitivos, realizado pela reforma processual, durou cerca de duas décadas para conclusão, com a entrada em vigor do novo Código em 1989, diferenciando processo de procedimento, porém, aquele só tem início com a acusação; definindo que a fase de investigação criminal é estabelecida como procedimento e é atribuída ao Ministério Público, que por sua vez detém o monopólio da acusação; abordando que em casos excepcionais e expressos o juiz tem iniciativa probatória; há a obrigatoriedade de acusação pelo Ministério Público e possibilidade de negociação da sanção; instituiu a nulidade de atos que desrespeitem suas normas e a possibilidade de interposição de recurso. Desta feita, o novo Código foi considerado, majoritariamente, acusatório.

2.1.3 Sistema Acusatório na atualidade

A descrição do sistema acusatório contemporâneo é abordada por Lopes Júnior⁶ nestes termos:

Na atualidade a forma caracteriza-se pela: a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes; c) mantém-se o juiz como terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação quanto de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é uma regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social da coisa julgada); j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Advirta-se, tão logo, que não existe um conceito de sistema acusatório, ao menos não pacificado e aceito majoritariamente. O que se faz é uma análise do processo penal em vigor, extraindo alguns caracteres, princípios e elementos que possibilitem sua identificação. A falta de unicidade conceitual, em sede jurisprudencial, é vista como causadora de insegurança

⁶LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 154.

jurídica, a justificativa reside no fato de que é possível uma manipulação dos elementos do sistema, com finalidade de atingir os fins pretendidos pelo proponente, assim, é importante o estabelecimento de elementos fixos, para evitar a ocorrência de adaptações e incorporações de elementos estranhos a esse sistema.

Seguindo opinião de Mauro Fonseca Andrade⁷, dois são os elementos obrigatórios do sistema acusatório, a separação entre as figuras do acusador e do julgador, e que a investigação criminal possua natureza administrativa, ocorrendo à abertura do processo somente com o início da fase de julgamento, após o recebimento da acusação, apresentação de defesa e obtenção de provas. Aduz ainda, o autor:

Os demais elementos, que poderão estar presentes nesse sistema variam de acordo com a ideologia do momento histórico em que esse mesmo sistema esteja sendo construído. Com isso, o contraditório, a publicidade, a oralidade e outros tantos princípios, que hoje são classificados pela doutrina como indispensáveis a um processo justo, podem ser integrantes, mas não imprescindíveis para a configuração de um sistema como acusatório.

Historicamente, o afastamento das funções de acusar e julgar pela mesma figura foi o elemento que deu origem ao sistema acusatório, todavia, a existência do segundo elemento fixo é imprescindível para evitar confusão com qualquer outro sistema, como pode sobrevir em relação ao sistema misto, que possui em seu formato a separação de funções, no entanto, sua investigação faz parte do processo. Deste modo, o sistema acusatório possui um elemento fixo de ordem processual - forma de iniciar o processo - e outro de disposição principiológica - distinção de funções.

O foco inicial buscado pelo sistema acusatório, quando prezou pela separação das funções de julgar e acusar, foi preservar a imparcialidade do julgador. Muito embora, não expressa que, em nome da preservação da imparcialidade, as partes estão isentas da supervisão do juiz, desta feita, a adoção do sistema acusatório, não significa que há falta de controle judicial das partes. Como consequência, havendo pedido de absolvição por parte do acusador, embora seja o legitimado ativo da ação penal, o juiz não será vinculado ao seu pedido ou a extinção do processo por falta de interesse jurídico. No entanto, merecem destaque as palavras de Américo Bedê Freire Júnior⁸: “A pretensa vinculação do juiz a um

⁷Id. Ibid. p. 258.

⁸FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Da impossibilidade do Juiz Condenar quando Há o Pedido de Absolvição Formulado pelo Ministério Público**. Boletim IBCCrim. São Paulo, a. 13, n. 152, p 19, julho de 2005.

pedido de absolvição ou desclassificação oriunda do Ministério Público é muito mais ampla que a discussão em torno de argumentos de ordem sistêmica”

No que diz respeito à presença da figura de um acusador no processo, é possível sua existência também no sistema inquisitivo, sem, no entanto, apresentarem igual valoração. No sistema inquisitivo o acusador é possivelmente substituído por um informante ou o magistrado, ao iniciar de ofício o processo, suprirá a função acusatória. Quanto ao sistema acusatório é indispensável à atuação de um acusador, diverso do magistrado, para a existência do processo.

É imprescindível, neste momento, saber da distinção existente entre termos, que embora similares, não possuem a mesma incidência. O acusador, anteriormente citado, é uma figura, pessoa responsável por realizar a acusação do incriminado. Já a acusação, é um instituto, desenvolvido ao longo dos tempos, e tendo como origem a primitiva *accusatio* do direito romano. Esta era, inicialmente, apenas uma peça processual, que paulatinamente sofreu mutação advinda do desgaste do sistema acusatório, e posterior substituição pelo inquisitivo, passando a deixar de ser vista como requisito formal, e assumindo o caráter de *notitia criminis*.

Com a volta do sistema acusatório, a acusação deixa de ser equiparada a *notitia criminis* e adquire o status de peça processual. Assim, conceitua Gilberto Callado de Oliveira⁹: “acusação é um fato de proceder jurídico, mediante o qual o autor de um delito é judicialmente submetido à eficácia da imputação e responsabilidade, com o fim de ser-lhe exigida e aplicada a sanção correspondente”

Princípio acusatório não se confunde com sistema acusatório, aquele faz parte deste como elemento obrigatório. Em outras palavras, no sistema acusatório, e para que seja definido como tal, deve estar presente o princípio acusatório. Princípio este, que diz respeito à presença de um acusador distinto do juiz, ou uma acusação proposta por quem não tem a prerrogativa de julgar. Desta forma, sistema e princípio - acusatório ou inquisitivo - não devem ser utilizados como sinônimos, por impropriedade terminológica e substancial.

A investigação criminal, na ótica do sistema acusatório, é vista como atividade administrativa que serve para fornecer subsídios para a peça acusatória, e ainda não existem partes a serem ouvidas e oportunizado o contraditório. Também não há publicidade, tendo em vista que, este princípio é destinado ao controle dos atos judiciais, que por certo, só ocorre em um processo já instaurado, com isso, não há exigência de publicidade de um procedimento

⁹OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *O conceito de Acusação*. São Paulo: RT, 1995. p. 96.

administrativo sem atividade jurisdicional a ser fiscalizada pela coletividade. Como também, não existe a possibilidade de atuação de um juiz instrutor por falta de jurisdição no inquérito policial.

Por fim, tal sistema corresponde à consignação de uma verdadeira relação processual, valorizando a igualdade das partes, e sobrepondo-se a eles, como órgão imparcial de aplicação da lei, a figura do juiz.

2.2 SISTEMA INQUISITIVO

O sistema inquisitivo foi muito utilizado pelas legislações européias nos séculos XVI, XVII e XVIII, anteriormente era o particular que possuía a função de acusar, que poderia ocasionar impunidade, pois era ato discricionário deste. Surgiu então o sistema inquisitivo que representou melhoria para a realização da justiça, dentro do contexto histórico da época, tentando reduzir a impunidade ocasionada pela entrega da persecução penal nas mãos dos particulares, concentrando nas mãos do julgador todo o poder, possibilitando sua atuação de **ofício**.

Deste modo, o juiz era obrigado a propor a acusação caso o ofendido não o fizesse, ou a assumi-la caso a vítima a abandonasse. Conforme se infere, o imputado era prejudicado por essa situação, onde não havia a prerrogativa de imparcialidade, e muito menos a possibilidade de, não querendo o acusador, por entender faltar elementos essenciais, não propor a acusação, motivo esse que fez Beccaria¹⁰ afirmar que no sistema inquisitivo, o juiz era um: “inimigo do réu”.

Esse sistema é marcado pela atribuição dos atos de defender, julgar e acusar a uma só pessoa, o juiz. Dito em outros termos, o magistrado não irá formar sua opinião de acordo com as provas trazidas aos autos pelas partes, mediante o contraditório e a ampla defesa da parte contrária, e sim, ele mesmo sairá na coleta das provas em conformidade com seu juízo de valor sobre o caso concreto, buscando apenas aquelas provas que sejam necessárias para ratificar sua convicção, previamente formada.

¹⁰BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas** – tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 65.

2.2.1 Contexto histórico

Adel El Tasse¹¹ aborda as origens do sistema inquisitivo, destacando inicialmente que a Escola de Bolonha redescobriu o arcabouço normativo que informava o Império Romano, e com isso passou a estudar o movimento inquisitorial predominante naquela civilização. Dando continuidade às informações históricas, aduz-se que a razão de ser dos cidadãos era pautada nas finalidades do Estado, que eram confundidas com a satisfação pessoal dos grupos próximos ao ente estatal, fazendo a postura imperialista ser viável e necessária.

O exercício do poder punitivo no Império Romano, da forma como realizado, não surgiu com o intuito de massacrar pessoas, alguns sinceramente acreditavam na efetividade dos procedimentos inquisitoriais, mesmo que para isso fossem utilizados os meios mais cruéis e sofisticados para violação do corpo. Havia uma crença de que a raça humana estava a ser dominada por demônios, ou pelo menos, aqueles que praticaram algum mal, necessitando do uso de métodos de força extrema para combatê-lo. A assunção do cristianismo à condição de religião oficial, ocorrida no ano 325 d.C., durante o império de Constantino, fez com que esse sistema processual sobrevivesse através do direito canônico, onde as práticas eram realizadas em nome de Deus e de Jesus Cristo, a pretexto de glorificá-lo e combater os demônios que dominavam os humanos.

Durante a Idade Média, ou Idade das trevas, houve um resgate das práticas romanas, sob outra significação política, tendo em vista o surgimento do direito local, fruto da tradição cultural, ausente a centralização romana. Neste instante começaram a surgir contendas entre os interesses dos senhores feudais e da monarquia, era intenção desta, unificar o poder jurisdicional nas mãos do monarca. Assim foi feito, no entanto, havia a necessidade de instaurar uma nova ordem processual, sendo que o modelo que melhor se amoldava a essas necessidades era o oriundo do direito canônico, que foi cultivado pela Igreja, e pelas universidades.

Entretanto, o fato da Igreja ter conservado o sistema inquisitivo, não quer dizer que naquela sempre esteve presente este, pois na verdade o modelo de processo predominantemente adotado pela Igreja era o acusatório. Posteriormente, a Igreja começa a ver sua autoridade ameaçada pelos movimentos dos cátaros, dos maçons livres e dos reformistas protestantes, então, há a retirada do ofendido do processo e a questão maior passa

¹¹TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. **O Novo Sistema de Provas no Processo Penal, Comentários à Lei 11.690/08**. Curitiba: Juruá, 2009. p.15/20.

a ser o domínio do Estado. É travada a luta de interesses, para definir quem tem o poder nas mãos, pois os que estão aptos a punir são os que estão exercendo o poder estatal, e consequentemente castigando os que se mostravam ameaçadores da soberania ou do rei ou da Igreja.

Assim, o processo surge para reafirmar a autoridade do controle da estrutura estatal e não para satisfazer interesses do acusado, do ofendido ou da coletividade.

De maneira intensificada, a tortura se alastrou com a adesão da população, que além de concordar com as punições Estatais, contribuíam com a identificação e captura dos acusados. Adel El Tasse, Eduardo Zanoncini Miléo e Patricia Regina Piasecki¹² se manifestam da seguinte forma:

Para que se aquilate a proporção que assume o processo inquisitorial, vale observar que entre os anos de 1307 e 1310, mais de 36.000 (trinta e seis mil) templários foram, de forma cruel, assassinados, com a utilização dos mais requintados instrumentais de tortura, sob os aplausos de parcela considerável da população que bem interiorizou o estigma com que os templários, assim como todos os que se contrapunham ao pensamento oficial, clerical ou do rei, foram marcados: aliados do demônio, praticantes da bruxaria, inimigos de Cristo etc.

Então o constitucionalismo inglês apresenta métodos para a contenção do poder estatal, proporcionando recursos plausíveis para a dissolução dos conflitos, colocando a prova como parte do processo e no interesse deste, havendo a participação da vítima e acusado como sujeitos da lide.

No entanto, o Império Napoleônico põe termo às aspirações iluministas, permitindo a continuidade das ideias da legislação romana, e sua influência nas demais legislações do mundo, a citar o fascismo italiano. Foi neste, que o legislador brasileiro buscou inspiração para o Código de Processo Penal brasileiro de 1941.

O processo inquisitivo italiano começou a ruir com a conquista francesa, que trouxe consigo a legislação pós-revolucionária, ou seja, os procedimentos penais ditados pelas leis de 1789, 1791, 1796 e o próprio *Code d'Instruction Criminelle* de 1808. Com isso, o sistema inquisitivo resistiu no direito italiano até o século XIX, quando definitivamente foi substituído pelo sistema misto de tipo francês.

¹²Id. Ibid. p. 17.

2.2.2 Sistema Inquisitivo Contemporâneo na Itália e Alemanha

Apesar de comumente imaginar-se que o sistema inquisitivo já não vigora, ao ser estudada a legislação de alguns países, haverá a constatação do abandono do sistema acusatório em determinadas fases do processo, ou a sua ausência durante todo o modelo de um processo, assim Mauro Fonseca Andrade¹³ realça dois procedimentos onde ainda é presente o sistema inquisitivo na atualidade.

Na Alemanha, o Ministério Público é obrigado, por processo judicial iniciado pela vítima, a propor a acusação. Isto será possível sempre que o órgão ministerial se recuse a investigação dos fatos narrados pela vítima ou archive os autos. Assim, o Poder Judiciário irá apreciar de antemão, os fatos do delito e analisará os fundamentos da omissão ministerial, ordenando, se entender cabível, que ofereça acusação. No entanto, não há identidade de Tribunais, pois aquele que julgar a omissão do *parquet*, não pode ser o competente para conhecer da causa principal.

Por isso, inicialmente não é vislumbrada qualquer violação do princípio acusatório, posto que, ainda permanece a distinção das figuras do julgador e acusador, entretanto, um detalhe pode fazer a cena mudar de posição, o destinatário da ação penal principal ficará adstrito ao já reconhecimento de fato delitivo, em razão da decisão proferida pelo primeiro tribunal, como também existirá a decisão sobre quem estará presente no pólo passivo, figurando o segundo tribunal apenas como fiscalizador do primeiro, que estabeleceu a ocorrência dos fatos e a imputação a quem cabe, sem observar nenhuma acusação formal ou possibilitar a participação do réu.

Quanto à Itália, é previsto o mesmo procedimento de dois tribunais, no entanto, somente nos casos de decisão de arquivamento da ação penal pelo Ministério Público, que igualmente, poderá ser obrigado pelo primeiro tribunal a desarquivar os autos e proceder à denúncia. Deste modo, quando o Ministério Público alemão se mantiver inerte ou arquivar os autos contra vontade da vítima, e na Itália somente no arquivamento, infere-se a presença do sistema inquisitivo em tais procedimentos, apesar de que, predominantemente, a Itália e Alemanha adotem o sistema acusatório, como já afirmado.

¹³Id. Ibid. p. 329/331.

2.2.3 Elementos do Sistema Inquisitivo

O sistema inquisitivo, igualmente ao sistema acusatório, pode possuir vários elementos que surgem de maneira acessória, que não fazem parte da sua essência, como também elementos fixos, que se retirados, descaracterizariam o próprio sistema. Então, por elementos fixos do sistema inquisitivo temos o caráter prescindível da presença de um acusador distinto do juiz, e a possibilidade do processo ser instaurado através de acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo magistrado.

É válido considerar que o acusador está presente tanto no sistema acusatório, como no inquisitivo, todavia, o que deve ficar claro é que não será a figura do acusador que irá constituir elemento fixo de um ou outro sistema, mas sim a condição de ser necessário ou dispensável para sua constituição, tal como ocorre, nesta última hipótese, em relação ao sistema inquisitivo. Em outros termos, neste sistema há a desnecessidade de um acusador distinto do juiz para o nascimento e desenvolvimento do processo.

O fato da possibilidade de instauração do processo através de acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz, traz em consequência a igualdade que é estabelecida entre esses procedimentos, possuindo mesmo grau de importância, e podem se manifestar de forma conjugada ou isolada.

Da mesma forma que no sistema acusatório, o sistema inquisitivo possui um elemento fixo de caráter procedimental - a maneira de dar início ao processo - e um elemento principiológico - o caráter dispensável do acusador - assim, o princípio inquisitivo coincide com este último elemento.

Na relação entre os princípios acusatório e inquisitivo, Mauro Fonseca Andrade¹⁴ esclarece:

Com isso, o traço comum encontrado nos princípios acusatório e inquisitivo diz respeito ao fato de ambos tratarem da legitimidade para iniciar o processo: onde somente um acusador distinto do juiz pode provocar a instauração do processo, aí estará presente o princípio acusatório; onde outros sujeitos podem provocar esse mesmo resultado, aí estará presente o princípio inquisitivo. Dessa maneira, exclui-se – e por completo – a possibilidade do princípio inquisitivo fazer parte do sistema acusatório (seja o clássico, seja o contemporâneo), pela simples razão de que o modo de abertura do processo neste último sistema é diametralmente oposto ao que conduz a adoção do princípio inquisitivo.

¹⁴Id. Ibid. p 382.

A identificação do princípio inquisitivo induz a conclusão de que, apesar da sua instituição na Idade Média e no Império Romano ter ocorrido para reduzir a impunidade causada pelo desinteresse popular em dar início à ação penal, em nenhum momento houve a proibição de participação dos cidadãos, ao contrário, sua atuação estava vinculada a sua vontade, mas, mantendo-se inerte, outro também teria legitimidade de fazê-lo. Assim, existia uma legitimidade concorrente e não exclusiva.

2.3 SISTEMA MISTO

O sistema misto é um tipo híbrido marcado pela junção de características do sistema acusatório e do sistema inquisitivo. Entretanto há ainda, parcela da doutrina, a citar Paulo Rangel¹⁵, que traz a denominação de sistema acusatório formal. A justificativa do título de acusatório formal reside no fato de que é um sistema acusatório, acrescido da possibilidade do juiz buscar, de ofício, elementos de prova não produzidos pelas partes, ou corrigir provas que possam estar com algum vício.

Dentro da lógica do sistema misto, deve haver o entendimento de que o processo possui duas fases distintas, a fase de investigação, que já faz parte do processo, e a fase de julgamento, que irá por termo ao processo.

A primeira fase é a investigatória, onde guarda nítida relação com o sistema inquisitivo, buscando eliminar a impunidade e facilitando a resposta Estatal a toda conduta delitiva, iniciando o procedimento de ofício pela autoridade responsável ou por notícia de qualquer do povo. Por conseguinte, quanto à abertura da fase investigatória, o sistema misto utiliza o sistema inquisitivo.

A segunda fase é marcadamente acusatória, é a fase de julgamento que somente se inicia através de uma acusação, tornando a presença de um acusador distinto do juiz imprescindível para o início do processo, assim, no tocante a legitimidade ativa desta fase é empregado o sistema acusatório.

Desta maneira, já estão identificados os elementos obrigatórios que devem ser presentes para a configuração de um sistema em misto, são os elementos procedimentais fixos

¹⁵Id. Ibid. p 52.

de cada um dos sistemas anteriormente explanados, é claro que, cada um em uma fase distinta, por impossibilidade de existência simultânea.

2.3.1 Origem do sistema misto

A doutrina diverge quanto à origem do sistema misto, motivo pelo qual se destacam três teorias. A primeira teoria, e a mais difundida, adotada por Tourinho Filho¹⁶, prega que o sistema misto surgiu após a Revolução Francesa e sua concretização ocorreu em 1808, com o *Code d' Instruction Criminelle*, que no intuito de substituir o sistema inquisitivo do *Code Louis*, tentou resgatar o sistema acusatório romano, desejo dos iluministas da época discípulos de Montesquieu. No entanto, o sistema acusatório surgiu com os mesmos defeitos primitivos, que o fez ser substituído, então, na tentativa de apresentar uma solução, houve a cisão de seu processo em duas partes, antes da acusação e depois da acusação, fazendo surgir um novo sistema: o misto.

A segunda teoria é destacada por Mauro Fonseca Andrade¹⁷, que afirma que a primeira manifestação do sistema misto ocorreu ainda durante o período da inquisição espanhola, precisamente nas instruções de Fernando de Valdés em 1561. No modelo de Valdés o processo era dividido em duas fases, e apesar de inquisitivo, em nenhum momento os inquisidores não podiam acusar e nem substituir o acusador, assim não possuíam conduta ativa, nem para apresentar provas, nem para acusação. A primeira fase do processo era com a *notitia criminis*, tinha por objetivo realizar o interrogatório do réu, sem assistência e nem oportunidade de defesa. A segunda fase surgia com a acusação, sendo obrigatório aos inquisidores oportunizar a presença de advogado para o acusado. Apesar de esposar tal orientação quanto à origem desse sistema, o autor atribui ao *Code* de 1808:

[...] dois grandes méritos: pôs fim à tortura, que era utilizada desde as primeiras manifestações do sistema acusatório no direito clássico e ao longo do sistema inquisitivo histórico; e difundiu, por toda a Europa, o abandono do sistema inquisitivo, propondo a adoção de um modelo de processo que restringia os poderes do juiz. Assim não há como negar que o *Code* de 1808 foi o grande difusor de um modelo de processo, cujo antecedente pode ser encontrado nas instruções de Fernando de Valdés, de 1561.

¹⁶Id. Ibid. p. 123.

¹⁷Id. Ibid. p 412 e 416.

A terceira teoria defendida por Gilberto Thums¹⁸ é de que o sistema misto foi resultado da Lei de Constans de 1897, que modificou o *Code d' Instruction Criminelle*. Na época, devido à tendência liberal, houve a exigência de que fossem aumentadas as garantias do réu, a referida legislação assegurou ao acusado o direito de defesa no curso da instrução preparatória, fazendo com que o autor atribua a tal fato o surgimento desse novo sistema.

2.4 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Com relação ao sistema processual adotado pelo Brasil, várias são as opiniões doutrinárias sobre o assunto. Destas é possível extrair argumentos favoráveis ou contrários relacionados aos mais variados temas, tendo em vista que, a adoção de um ou outro sistema possui reflexo direto no processo penal como um todo, influenciando a postura judicial. Como exemplo, a Investigação Criminal realizada pelo Ministério Público pode ser apontada, pois sofre influência direta sobre a incidência do sistema adotado.

As correntes doutrinárias se dividem em três posições diferentes, atribuindo ao processo penal brasileiro, o sistema acusatório - posição majoritária - ou o sistema misto ou até mesmo o sistema inquisitivo.

Guilherme Nucci¹⁹ é partidário da opinião de que o sistema processual brasileiro é o misto, embora não seja declarado oficialmente. A argumentação está no fato de que deve existir a análise do processo não apenas sob enfoque constitucional, mas também processual. E na ótica processual, estão presentes vários institutos de natureza inquisitiva, caracterizando a forma híbrida. Nas palavras do autor:

Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que o nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que o nosso processo penal (procedimento, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo [...]).

¹⁸THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 203 e 208.

¹⁹NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 4ª Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 110.

Além disso, como fundamento utilizado, é encontrada a arguição da existência do inquérito policial de conhecida natureza inquisitiva. Todavia, afirmar que a presença de uma investigação criminal (inquisitiva) antes da ação penal (acusatória), levaria necessariamente a presença do sistema misto, em razão do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 estabelecer desta forma, não possui incidência. Pois a investigação criminal que cindia o processo em dois no sistema misto, fazia parte do processo em si, anteriormente iniciado.

Retrocedendo a história para o sistema acusatório clássico em Roma, é possível verificar que, já no primário sistema era prevista uma designação própria para cada fase da persecução penal, a *inquisitio* era o período anterior à acusação, e a *anquisitio* era referente à produção de provas perante o tribunal, sendo perfeitamente compatível o sistema acusatório com uma investigação preliminar. Destarte, o inquérito policial não pode ser responsável, por si só, pela classificação do sistema brasileiro em misto, já que no sistema misto a investigação criminal claramente possui natureza processual, e está inserida no contexto de processo já instaurado, diferentemente do que ocorre com o inquérito policial atualmente, que não é parte do processo, é um procedimento administrativo anterior à lide.

Em razão da possibilidade do juiz, de ofício, determinar a produção de provas, Aury Lopes Júnior²⁰, defende que o sistema adotado é o inquisitivo, conquanto defenda que com relação à Constituição Federal, é adotado o princípio acusatório, contudo prevaleceria por outros fatores - como a possibilidade do juiz determinar de ofício a produção probatória - o sistema inquisitivo. Não obstante, sua opinião é refutada sob o argumento de que também no sistema inquisitivo houve a proibição da produção de provas pelo magistrado, citando a Inquisição Espanhola, no período em que Torquemada era o Inquisidor-Geral, onde era existente tal vedação.

Além disso, a coleta probatória pelo juiz não é parâmetro para determinar a incidência de um sistema, os sistemas acusatório e inquisitivo não possuem como elemento fixo a proibição de coleta de provas pelo juiz durante o processo, somente é necessário conhecer o modo como cada sistema regula a atividade do juiz. Por isso, não existem critérios plausíveis que justifiquem a adoção do sistema inquisitivo.

Paulo Rangel²¹, e grande parte da doutrina, acreditam que o sistema adotado pelo Brasil é o acusatório. Há diversidade de argumentação apresentada, no entanto, a que mais prevalece é a fundada na titularidade da ação penal concedida ao Ministério Público, do artigo 129, inciso I da Constituição Federal, desta forma, o acusador - Ministério Público - é o único

²⁰LOPES JÚNIOR, 2002 apud FONSECA, Mauro Andrade. Ibid. p 456.

²¹Id. Ibid. p. 55.

que poderia iniciar a ação penal, nos crimes de ação penal pública, sem que qualquer outra autoridade ou pessoa pudesse fazê-lo, exceto no caso da ação penal pública não ser intentada no prazo legal pelo órgão ministerial, a Constituição no artigo 5º, LIX e o Código de Processo Penal, este no artigo 29, possibilitam o ajuizamento de ação subsidiária da pública através de particulares, e ainda acrescenta-se os casos de iniciativa privada.

Ao atribuir competência privativa ao representante do Ministério Público, o Estado monopolizou a função de acusar determinando que fosse exercida por indivíduo distinto do magistrado, impossibilitando o juiz de atuar como acusador, conseqüentemente, conservando o princípio acusatório.

A institucionalização do Ministério Público pela Constituição Republicana representou nas palavras de Afrânio Silva Jardim²², “a evolução do processo penal de um sistema acusatório privado para o salutar sistema acusatório público, onde o Estado se coloca como titular da ação e resguarda o Juiz para as funções propriamente jurisdicionais”. Ao agir desta forma, o Estado preservou o juiz equidistante das partes, no intuito de manter a imparcialidade do julgamento.

Outro argumento reside no fato de que, no processo penal brasileiro estão presentes várias garantias ao acusado, ofertando ao réu o tratamento de sujeito de direitos, a citar os princípios do devido processo legal, da presunção de não-culpabilidade, do *in dubio pro reo*, da igualdade processual, do contraditório, ampla defesa e do juiz natural. E por último, a assunção do Estado Democrático de Direito pela Constituição Federal, como forma de opção política, levaria, obrigatoriamente, a seguir o sistema acusatório, pois seria incompatível a democracia com qualquer outro sistema. Motivos estes, conjuntamente com a distinção de funções, ensejadores da definição do sistema acusatório.

Em sede doutrinária, há a defesa de que não há correlação clara entre a ordem constitucional e a legislação processual penal. O Código de Processo Penal de 1941, editado, portanto, no período do Estado Novo de Getúlio Vargas, traz marcas de uma lógica autoritária inspirada no fascismo italiano. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, vários dispositivos processuais penais se tornaram incompatíveis com a nova ordem jurídica, sendo revogados ou derogados, e ainda há outros que merecem reformulação para adequação.

Discordando da posição de Guilherme Nucci, citada anteriormente, o fato de ainda prevalecerem dentro do processo penal brasileiro institutos de feição inquisitiva, não descaracteriza sua essência acusatória, porque é presente também no código processual o

²²JARDIM. Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 5ª ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 201.

princípio acusatório. Como também, a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema acusatório, ainda que de forma implícita, tendo em vista a existência de um acusador distinto do julgador, e a garantia de instrução criminal contraditória e ampla defesa assegurada ao réu, e conforme anteriormente explanado, estão presentes os elementos obrigatórios do sistema acusatório.

Embora o sistema acusatório prevaleça, observação pertinente faz Tourinho Filho²³, *in verbis*:

No Direito pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer, não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes.

E complementando a ideia, José Laurindo de Souza Netto²⁴ leciona:

O certo é que o processo penal, no nosso ordenamento, não é eminentemente acusatório. O juiz pode determinar, *ex officio*, a produção de provas, pode conceder *habeas corpus* de ofício, pode decretar a prisão preventiva sem provocação, pode requisitar a instauração de inquérito, pode de ofício decretar o sequestro de bens do indiciado ou do réu (CPP, arts. 126 e 132), pode proceder de ofício, à verificação da falsidade documental.

Em sede de sistemas processuais penais, é cediço que não existem sistemas puros, devido às mutações a que estão sujeitos, sob a perspectiva de que um sistema nada mais é do que o próprio processo penal como se manifesta em determinada época, e atende aos reclames do período para a aplicação do direito penal, de forma que, conforme o ordenamento jurídico vigente, considerado de forma global para o Estado, podem surgir outras necessidades que façam brotar novas características para o sistema vigente.

²³Id. Ibid. p. 124.

²⁴SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo Penal. Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 36.

3 PROVAS NO PROCESSO PENAL

Considera-se inicialmente e de forma abreviada, que o processo penal constitui uma série ordenada de atos, seguindo o rito adequado para a natureza da relação jurídica à qual é destinado, almejando provimento jurisdicional declaratório da existência ou inexistência de responsabilidade penal do agente. Para tanto, é imperioso que haja o convencimento do magistrado acerca da imputação condenatória ou absolutória. Neste intuito, destaca-se a prova como o elemento mais importante para a busca de subsídios suficientes ao julgamento.

Nas palavras de Sérgio Ricardo de Souza²⁵.

[...] o Estado procede à reconstrução dialética dos fatos propostos na inicial acusatória, com vistas a determinar qual a viabilidade, ou não, de aplicação do *jus puniendi*, pode-se dizer que a prova se constitui no elemento mais importante dessa almejada reconstrução [...] é através dela que se recria na mente do julgador como tais fatos ocorreram [...] funcionando como a verdadeira ‘alma do processo’ cujo objetivo maior é alcançar uma verdade processual que assegure ao julgador a certeza da decisão [...]

As provas de um processo constituirão, portanto, o núcleo daquela lide, sendo de fundamental importância para o seu deslinde. Ressalte-se que no âmbito do processo penal, a maior dificuldade dos julgadores reside na elucidação dos fatos e no esclarecimento destes; e não na aplicação das regras jurídicas ou na interpretação do direito.

A prova está ligada à certeza e à veracidade, estas se vinculam à realidade, sempre almejando a convicção do destinatário da prova. Certeza e verdade são conceitos carregados de subjetividade, a verdade tem sua face objetiva e sua face subjetiva, já a certeza sempre é carregada pela verdade subjetiva. Em outras palavras, verdade objetivamente considerada é aquela que corresponde ao ocorrido no mundo naturalístico, no tocante à certeza (verdade subjetiva), esta é o valor que a pessoa exprime sobre o fato, podendo ou não corresponder ao acontecimento factual. Para efeitos ilustrativos, tem-se o exemplo de um indivíduo “A” que foi ferido por um tiro e através de laudo pericial, constatado o ferimento por arma de fogo (verdade objetiva), e um indivíduo “B” que tem certeza que “A” foi ferido por golpes de faca (certeza-verdade subjetiva), quando na realidade “A” foi alvejado por um projétil, onde o que é verdadeiro para uns pode ser falso para outros, e ainda não corresponder à realidade.

²⁵SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional - Pós-Reforma de 2008 - Atualizado de Acordo com as Leis 11.689/08 e 11.690/08**. Paraná: Juruá Editora, 2008. p. 19.

O processo penal é norteado por diversos princípios, que servem para balizar os atos processuais. As provas, não só como parte deste, mas também como pedra angular na sua construção, não poderiam deixar de ser interpretadas, também, por uma visão principiológica.

3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES

Os princípios são normas gerais que guiam o ordenamento jurídico através de regras orientadoras e com capacidade para solver situações fáticas controvertidas. Nas palavras de Ruy Samuel Espíndola²⁶ a ideia de princípio: “designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam”.

No processo penal, como nos demais ramos do direito existem vários princípios que norteiam a relação jurídico-processual. A doutrina destaca os seguintes:

3.1.1 Princípio da Inadmissibilidade das Provas Ilícitas

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LVI, estabeleceu como direito e garantia fundamental a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal, limitando a liberdade probatória. *In verbis*²⁷: “art. 5º- São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.” Entende-se que tal vedação é um corolário do próprio Estado Democrático de Direito, pelo qual não pode o Estado ferir a dignidade da pessoa humana, violando suas próprias normas, pois, se assim agir, estará sendo um Estado opressor, totalitário, o que não condiz com a Democracia e a Constituição da República.

Reza este princípio que não poderão ser produzidas, e nem continuar no processo se já realizadas, as provas que foram obtidas de forma contrária ao ordenamento jurídico, bem como o juiz não poderá fundamentar sua decisão nestas, sob pena de nulidade da sentença.

²⁶ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²⁷BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

A vedação das provas pode existir no seu sentido material ou processual, fazendo surgir, assim, a classificação doutrinária em provas ilícitas e ilegítimas. Ilícitas são aquelas que ofendem o direito material, como no exemplo de provas colhidas com violação ao domicílio ou ao sigilo das comunicações telefônicas, sem autorização judicial. Já as provas que não obedecerem ao procedimento determinado pelas normas processuais para sua produção serão consideradas ilegítimas, por serem proibidas pelo direito processual, a exemplo da confissão feita em substituição ao exame de corpo de delito, quando a infração tiver deixado vestígios.

Em regra, também existe repulsa às provas, que mesmo sendo lícitas em si mesmas, foram produzidas por outra considerada ilícita, são as provas chamadas de ilícitas por derivação.

Nas palavras de Grinover, Scarance e Magalhães²⁸: “Na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e conseqüentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova transmite-se às provas derivadas, que são igualmente banidas do processo”. É o caso da confissão obtida mediante tortura física ou psicológica que traz informações certas com relação aos detalhes do crime, proporcionando seu desvendamento e facilitando sua punição, que apesar da contribuição efetiva, não poderá ser admitida, posto que surgiu de uma tortura, que fere frontalmente a dignidade da pessoa humana e deverá ser excluída do processo. Enfim, ao Estado não é permitido apurar fatos de qualquer forma, sem respeito às garantias fundamentais constitucionais.

3.1.2 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade atua quando do conflito (aparente) entre princípios constitucionais, como por exemplo, na utilização de interceptações telefônicas onde é presente o confronto entre o direito à intimidade, frente ao direito à segurança da coletividade, interesse público e paz social. Deve haver então, nestes casos, uma harmonização entre os dois preceitos, suportando aquele de menor lesividade uma restrição, na contraposição com um bem jurídico mais relevante a ser pontuado no caso concreto.

²⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 163.

O princípio da proporcionalidade está correlacionado com o anteriormente citado, em conformidade com este preceito, em casos excepcionais, têm-se admitido a utilização de provas obtidas por meios ilícitos quando estas não puderem ser obtidas por outros meios, e favoreçam ao réu, ou seja, *pro reo*, fazendo um equilíbrio entre os valores postos. Doutrinariamente existe aceitação destas provas se forem hábeis a inocular o acusado, como no exemplo citado por Fernando Capez²⁹:

Um exemplo em que seria possível a aplicação desse princípio é o de uma pessoa acusada injustamente, que tenha na interceptação telefônica ilegal o único meio de demonstrar sua inocência. No dilema entre não se admitir a prova ilícita e privar alguém de sua liberdade injustamente, por certo o sistema se harmonizaria no sentido de excepcionar a vedação da prova, para permitir a absolvição.

Majoritariamente, doutrina e jurisprudência não tem admitido a utilização do princípio da proporcionalidade pela acusação, todavia, tanto o STF e o STJ já decidiram de forma diversa, coleciona-se os seguintes julgados:

STF: EMENTA: HABEAS CORPUS - ESTRUTURA FORMAL DA SENTENÇA E DO ACÓRDÃO - OBSERVANCIA - ALEGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO CRIMINOSA DE CARTA MISSIVA REMETIDA POR SENTENCIADO - UTILIZAÇÃO DE COPIAS XEROGRAFICAS NÃO AUTENTICADAS - PRETENDIDA ANÁLISE DA PROVA - PEDIDO INDEFERIDO. – (...) - A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei n. 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. - O reexame da prova produzida no processo penal condenatório não tem lugar na ação sumaríssima de habeas corpus". (HC 70.814-SP. 1ª Turma. Rel Min. Celso de Mello. J. 01/03/94. DJ. 24/06/94.).

Assim, existe o entendimento no STF de que, quando o preso utilizar de correspondência para praticar algum crime, ou mandar que alguém o faça, pode o Estado utilizar a correspondência como prova para sua condenação, além do que, o fato de estar custodiado autorizaria a quebra do seu sigilo epistolar, medida excepcional de segurança pública. O STJ entende:

²⁹CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 305.

STJ: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. "HABEAS CORPUS". ESCUTA TELEFÔNICA COM ORDEM JUDICIAL. RÉU CONDENADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA ARMADA, QUE SE ACHA CUMPRINDO PENA EM PENITENCIÁRIA, NÃO TEM COMO INVOCAR DIREITOS FUNDAMENTAIS PRÓPRIOS DO HOMEM LIVRE PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL (CORRUPÇÃO ATIVA) OU DESTRUIR GRAVAÇÃO FEITA PELA POLÍCIA. O inciso LVI do art. 5. da constituição, que fala que "são inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícito", não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria constituição federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da "atualização constitucional" ("verfassungsaktualisierung"), base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte americana, mencionada em precedente do supremo tribunal federal, não é tranquila. sempre é invocável o princípio da "razoabilidade" ("reasonableness"). O "princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas" ("exclusionary rule") também lá pede temperamento. Ordem Denegada". (HC 3.982-RJ, 6ª Turma. Rel. Min. Adhemar Maciel. J. 05/12/95. DJ. 26/02/96.).

No entanto, permanece a vedação do princípio da proporcionalidade em favorecimento da condenação do acusado, ou como é intitulado o princípio da proporcionalidade *pro societate*, levando-se em consideração que a acusação quase sempre é movida pelo Ministério Público, que também atua como guardião da coletividade.

3.1.3 Princípio da Liberdade Probatória

O princípio da liberdade da prova aduz que existe liberdade de agir do magistrado para a elucidação dos fatos alegados, e para ordenar a colheita das provas necessárias ao seu convencimento. A amplitude desta liberdade pode ser entendida quanto ao momento da produção da prova, quanto ao tema da prova e aos seus meios, no entanto existem momentos, temas e meios de prova que são determinados de forma expressa pela lei, devendo, portanto, seguir a imposição legal, contudo, estas são as exceções.

A liberdade probatória surge em consequência da busca da verdade real, princípio vigente no processo penal, malgrado não reine de forma absoluta, pois a lei considerará certos interesses como de maior valor em detrimento de outros. Sendo assim, existem algumas limitações que podem ser impostas a este preceito, como para decretação de extinção da punibilidade por morte do agente, para a qual é necessária a certidão de óbito do mesmo, ainda que seja a obtida por ação de justificação (art. 62 do Código de Processo Penal c/c art.

77 da Lei de Registros Públicos - Lei nº. 6.015/73) e se realizada de outra forma, não será hábil para ensejar a extinção. Além disso, cita-se imposição legal do sigilo profissional, tornando intolerável o depoimento daqueles que devem manter o segredo, e o princípio da inadmissibilidade de provas ilícitas, anteriormente citado, que também figura como restrição ao livre-arbítrio probatório.

3.1.4 Princípio da Não Auto-incriminação

O Pacto de São José da Costa Rica, firmado pelo Brasil, estabelece que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, consagrando este princípio em seu artigo 8º, inciso II, alínea “g”, o qual, apesar de não constar expressamente na Constituição da República, possui o status de princípio constitucional.

Este princípio faz parte do direito, de forma mais ampla, de autodefesa do acusado. A produção de uma prova que dependa somente do acusado fica a cargo exclusivamente da vontade deste, que poderá realizá-la se quiser, jamais sendo obrigado a fazê-lo. Nesta conceituação, Luiz Flávio Gomes³⁰ oferta lição:

Significado: o privilégio ou princípio (a garantia) da não auto-incriminação (*Nemo tenetur se detegere* ou *Nemo tenetur se ipsum accusare* ou *Nemo tenetur se ipsum prodere*) significa que ninguém é obrigado a se auto-incriminar ou a produzir prova contra si mesmo (nem o suspeito ou indiciado, nem o acusado, nem a testemunha etc.). Nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente.

No interrogatório o acusado possui o direito de permanecer calado, ou direito ao silêncio (art. 5º, inc. LXIII, da CF) como também não está compromissado com a verdade. Estas regras surgiram em decorrência do princípio em comento, sendo vedada qualquer valoração jurídica, prejudicial ou não, deste silêncio. No entanto, o princípio da não auto-incriminação não está adstrito ao interrogatório, possui incidência em todos os atos processuais, a tutela deste preceito possui abrangência também no caso de negativa do

³⁰GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência.** Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> acessado em 05/10/2010.

acusado de oferecer elementos biológicos, como sangue para exames de DNA ou análise do teor alcoólico em teste para verificação de embriaguez.

Acima de tudo, não pode haver exigência para a participação do acusado na produção probatória que faça surgir elementos contra si, trata-se aqui de mais uma limitação ao já explanado preceito da liberdade probatória.

3.1.5 Princípio da Verdade Real

No âmbito processual, a verdade assume duas vertentes. Existe a verdade formal ou processual e a verdade real. A verdade processual é aquela que só considera, e pode ser levada em consideração, o que está nos autos processuais, tudo o que estiver somente no mundo exterior e não for levado à lide pelas partes, em respeito ao princípio da inércia, não será, ou não deverá ser, considerado quando da sentença. É consagrada hoje, no processo civil, em que a maioria dos bens jurídicos são disponíveis, e podem suportar limitações. A sua melhor expressão é o brocardo latino “*quod non est in actis non est in mundo*” que quer dizer: o que não está nos autos não está no mundo, limitando a utilização das provas pelo julgador unicamente àquelas produzidas pelas partes.

A verdade real não se encontra atrelada aos fatos narrados ou provas produzidas pelas partes, o juiz pode e deve adotar as medidas que reputar necessárias para a elucidação dos fatos na maneira que estes ocorreram naturalmente, importa em tentar, ao menos, esclarecer e reconstruir o crime da forma mais coincidente com a realidade, almejando mais segurança do julgador para tomar suas decisões, e assegurando também para a sociedade, a punição daqueles que realmente merecem, na medida de suas atitudes. Constituem esses alguns dos motivos ensejadores da consolidação da verdade real na produção probatória do processo penal. A verdade real é a empírica vinculada à realidade.

A verdade real está expressa no Código de Processo Penal no art. 156 que prevê que o juízo poderá determinar diligências de ofício para dirimir dúvida sobre ponto relevante. O magistrado não está obrigado a se satisfazer apenas com as provas trazidas ou solicitadas pelas partes, podendo assumir uma postura ativa na sua produção.

No processo penal, o juiz possui liberdade para definir o advento aos autos de documento que sabe existir ou supõe a existência, de ouvir testemunha não arrolada pelas partes, de realizar perícias não requisitadas, sempre que relacionados ao fato. Mas a busca da

verdade real não pode ferir as garantias constitucionais, como o respeito ao contraditório e a ampla defesa, presentes na vedação de juntar documento em qualquer momento processual, na proibição das provas ilícitas e no direito de não auto-incriminação.

3.1.6 Princípio do Contraditório

O princípio do contraditório versa sobre a imprescindibilidade da ciência dos atos e termos do processo ao autor e ao réu, para que estes possam manifestar-se sobre cada prova apresentada pela parte contrária, garantindo a paridade de tratamento das partes. Sendo assim, todo ato produzido dentro do processo caberá igual direito à parte *ex adverso* de discordar, aceitar ou simplesmente modificar os fatos e o direito alegado pelo autor, de acordo com o que lhe seja mais conveniente.

O contraditório abrange em seu teor tanto o direito à informação, ciência que pode ser exercida por meio dos institutos da citação, intimação e notificação, como o direito à participação, onde ambas as partes tem a oportunidade de produzir contraprova, não se admitindo, sob pena de nulidade, a confecção de prova por uma parte sem que a outra tenha conhecimento desta. Nesse sentido, afirmam Cintra, Grinover e Dinamarco³¹ que o contraditório não admite exceções e que, “em virtude de sua natureza constitucional, deve ser substancialmente observado e não apenas formalmente, devendo as normas que o desrespeitar ser consideradas inconstitucionais”. As provas que são produzidas de ofício pelo magistrado também necessitam ser comunicadas, oportunizando as partes o direito de manifestação sobre estas, só podendo o magistrado proferir decisão após a reação ou inércia, desde de que, oportunizada a reação dos envolvidos na relação processual.

3.1.7 Princípio da Publicidade

Os atos processuais são públicos, via de regra, apenas comportam sigilo os que forem determinados em segredo de justiça, no entanto, estes são as exceções.

³¹CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 57.

As provas são atos processuais e, naturalmente, devem ser acessíveis a todos, contudo, pode haver restrição de publicidade como é o caso do § 1º do artigo 792 do Código de Processo Penal³² que estabelece:

Art. 792 (*omissis*)

§ 1º do CPP: Se da publicidade da audiência, sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

Tendo em vista que o processo é público, é a regra, as restrições são medidas de preservação da intimidade e defesa do interesse social, a serem adotadas somente quando demonstrada sua necessidade, e não devem ser utilizadas ao arbítrio da vontade das partes ou do juiz.

3.1.8 Princípio da Auto-responsabilização das Partes

O princípio da auto-responsabilização das partes estabelece que é de competência das partes o ônus de produzir prova de seu interesse e desconstruir ou contrapor manifestação à atividade probatória da outra parte ou do juiz. Cada parte assume as conseqüências que possam decorrer da sua inatividade, dos seus erros e falhas, devendo suportar seus efeitos.

3.1.9 Princípio da Comunhão das Provas

O princípio da comunhão estabelece que as provas não pertencem ao juiz e nem as partes e sim ao processo, uma vez trazidas aos autos por qualquer das partes ou sendo determinada pelo juiz, tais provas serão incorporadas ao processo e poderão ser aproveitadas pela outra parte. Da mesma forma, os efeitos das provas atingem, ou podem atingir ambas as

³²BRASIL. Código de Processo Penal. Organizador Anne Joyce Angher. 6ª ed. São Paulo: Rideel, 2008. p. 461.

partes, independentemente de quem as produziu ou até mesmo aquele que não anuiu com a sua produção.

Em decorrência deste princípio, se alguma parte desejar desistir da produção de prova que requereu, deve obrigatoriamente ouvir a parte contrária, que tem a liberdade de insistir na produção, mesmo que não seja quem suscitou a sua realização. Mesmo que uma parte desista e a outra concorde com a desistência, o juiz, ainda sim, poderá entender pela produção, determinando, de ofício, que seja feita.

3.1.10 Princípio da Oralidade

Deve existir a predominância da palavra falada, como acontece no interrogatório e na oitiva das testemunhas, muito embora deva ser tudo, *ipso literis*, reduzido a termo nos autos. A oralidade prepondera nos Juizados Especiais, ganhando destaque com o advento da Lei nº 9.099/95.

Pelo menos outros dois preceitos possuem irradiação da oralidade, o primeiro é o princípio da concentração, onde a instrução probatória está designada para audiência una, quando possível, o segundo é a preservação da identidade física do juiz, estabelecendo que o juiz que presidiu a instrução é necessariamente o mesmo que irá julgar o processo, salvo as exceções do artigo 399 do Código de Processo Penal, como a promoção e a aposentadoria.

3.2 CONCEITO E OBJETO

Etimologicamente falando, a palavra *prova* tem sua origem no termo latim *probatio*, que significa³³: “ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação”.

No contexto jurídico, a prova é o instrumento utilizado para demonstrar a veracidade de uma alegação, a existência ou não de um fato ou ato, e modo pelo qual este se

³³AQUOROLI, Marcelo. COSTA, Wagner Veneziani. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Madras, 2005. p. 361.

desenvolveu, ou seja, busca-se confirmar, através de meios lícitos, as alegações trazidas pelas partes, formando assim a convicção do magistrado.

O conceito de prova não é unívoco, pois envolve aspectos diversos e vários sentidos. Sob o prisma da prova como fonte, temos as coisas e as pessoas que são os objetos da prova a ser produzida. A prova como manifestação da fonte refere-se ao fato desta brotar de uma pessoa, enfatizando-se a distinção entre esta e a sua manifestação, o seu depoimento, as suas declarações. Na concepção de prova como atividade probatória, esta é entendida como o conjunto de atos, ou até mesmo um ato só, que irá formar a convicção do julgador.

Ainda, segundo lição de Guilherme de Souza Nucci³⁴ a prova possui três sentidos:

a) como ato: é o processo pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte (ex.: fase da prova); b) como meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex. prova testemunhal); c) como resultado: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

Para fins de melhor elucidação do assunto, é importante trazer alguns conceitos subsidiários que facilitam o entendimento e evitam que falta de clareza provoque confusões.

Assim, quando a referência for ao elemento de prova, trata-se da realidade objetiva, do dado, evidência ou do sinal, que através de procedimento venha a constituir um meio de prova. Em relação ao meio de prova, pode-se afirmar que será o meio processual pelo qual há a inserção nos autos do processo de um elemento de prova. No tocante ao objeto de prova, este vem a ser, a matéria ou fatos sobre os quais recaem as provas, o chamado fato probando, ou seja, aquele sobre o qual pretende-se provar algo. O órgão de prova está em consonância com a pessoa que promove em um procedimento um elemento de prova. A fonte da prova é o sujeito por meio de quem provém a prova. E a forma da prova é o modo como esta se revela.

Exemplifica-se: No depoimento de uma testemunha, tem-se como elemento de prova a informação que a pessoa irá prestar; como objeto, seria a própria testemunha; o meio seria o procedimento para colher depoimento de testemunhas em audiência e reduzido a termo nos autos do processo; o órgão que é o juízo competente; a forma da prova é escrita; e por último a fonte da prova é a testemunha.

Além disso, atente-se para as palavras do processualista Hélio Tornaghi³⁵:

³⁴NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 16.

³⁵TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997, v.1, p. 282.

Objeto da prova é a veracidade da imputação feita ao réu com todas as suas circunstâncias. É o *thema probandum*; [...] O que se quer provar, o que é objeto da prova, é o homicídio, é a morte da vítima; objeto de prova é aquilo que, genericamente, pode ou não ser provado no processo. Os fatos notórios e axiomáticos, por exemplo, nunca serão, assim, objeto de prova.

A prova tem por objeto os fatos, alegações e circunstâncias que necessitem de demonstração para a solução do litígio, sendo relevantes para a decisão do juiz quanto à responsabilização criminal do agente e/ou para a aplicação da pena ou medida de segurança.

Como regra geral o direito não é objeto de prova, devendo ser de conhecimento do juiz, em específico o direito federal, pois nos casos de normas internacionais, municipais e estaduais (desde que pertencente a estado da federação diverso daquele onde se encontra o juiz) admite-se demanda probatória sobre sua vigência e existência, se assim determinar o magistrado.

Alguns fatos, por decorrência lógica ou determinação legal, não constituem objeto de prova, assim são os fatos notórios, intuitivos, inúteis e os advindos de presunções legais.

Fatos notórios são os de conhecimento geral, que fazem parte da cultura local no momento da decisão, apesar de não necessitarem do conhecimento de todos, mas que possam ao menos ser obtidos por meio da ciência comum, exemplo de Néstor Távora³⁶: os feriados nacionais.

Fatos intuitivos ou axiomáticos, são fatos evidentes, claros, que se auto demonstram, por exemplo: a dispensa de exame cadavérico para descobrir a *causa mortis* de um indivíduo decapitado vivo. Fatos inúteis são os irrelevantes ou insignificantes.

E ainda não são objeto de prova os fatos advindos de presunções legais. Presunção legal³⁷ é “Conjectura, juízo antecipado e provisório; aquilo que se presume [...] que decorre da Lei.” De maneira geral as presunções podem ser *iure et de iure* ou *iuris tantum*. Presunção *iure et iuri*, ou absoluta, é aquela que não admite prova em contrário, acontecendo à situação que é geradora de presunção absoluta a consequência é legal e, portanto, irrelevante que haja ocorrido de forma diversa.

A presunção *iuris tantum* é a relativa, que cabe prova em contrário, ou seja, presume-se que tal situação desencadeou certa consequência até que seja confeccionada prova em contrário por aquele que possui o ônus de produzi-la.

³⁶ TÁVORA, Néstor. ALENCAR, Rosmar A. R. C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Jus Podivn, 2009. p. 299.

³⁷ Id. Ibid. 239.

Existem algumas prerrogativas que devem estar presentes na produção probatória para que estas sejam consideradas aptas a produzir a opinião do seu destinatário. Inicialmente deve ser uma prova legal; legalidade em sentido amplo compreendendo o que é previsto e também o que não é defeso em lei, uma prova adequada observado o procedimento correto de sua obtenção. Pertinente e necessária no sentido de haver possibilidade de produzir efeitos na persecução criminal, ou seja, é apta para influenciar a avaliação do julgador, ou se não possuir aptidão observada posteriormente a produção, que ao menos no momento da determinação da extração esta mostrava-se (presunção) capaz de produzir efeitos na avaliação do órgão julgador. Deve, ainda, atentar para a proporcionalidade entre os meios de produção adotados diante da relevância do bem jurídico eventualmente atingido, na contraposição destes com aqueles, e possibilidade de ser realizada de acordo com as leis da natureza e os avanços científicos.

3.3 OBJETIVO, MEIOS E NATUREZA JURÍDICA

Inserido dentro da própria conceituação de prova está implícita a sua finalidade, seu objetivo. A prova como expressão processual fática, almeja provocar no magistrado um juízo de valor acerca das alegações trazidas aos autos, buscando a verdade possível de ser aspirada conforme a realidade, importando na persuasão racional do magistrado sobre o deslinde dos fatos e atos.

Com a finalidade voltada ao convencimento, importa saber qual o destinatário das provas. Ressalta-se que, pode ser incumbência do arcabouço probatório formar opinião do Ministério Público, na fase pré-processual, como detentor do direito de propor as ações penais públicas, sendo o seu destinatário, no intuito de formar a *opinio delicti* do órgão ministerial, mais sem vinculá-lo as peças de informação. No entanto, no curso da instrução a prova destina-se ao magistrado, sendo que este é o destinatário levado em consideração neste estudo.

Pode-se concluir, desta maneira, que não se busca uma certeza absoluta sobre um acontecimento, mas sim uma certeza relativa que implica o convencimento do juiz, sem esquecer do princípio da verdade real aplicado ao processo penal. Na atuação jurisdicional, o magistrado necessita para a resolução das lides, conhecer dos fatos, com este intuito a prova é

o contato do julgador com os fatos, o liame mais autentico com a realidade de modo a proporcionar-lhe a oportunidade de visualização do desenrolar dos acontecimentos.

Preliminarmente os meios de prova devem ser diferenciados dos meios de obtenção de prova. Os meios de obtenção de prova correspondem ao método de obtenção das coisas, pessoas, documentos (este equivalem aos meios) dos quais serão extraídas as informações destinadas ao acervo de convicção do destinatário responsável pelo julgamento.

Os métodos utilizados para demonstração em juízo dos fatos alegados, podem ser divididos em meios diretos e indiretos, fazendo surgir à classificação das provas diretas e provas indiretas. As provas diretas ligam-se, sem intermediações, ao objeto de prova, já nas provas indiretas é imprescindível que haja algum elemento ou agente fazendo a ponte entre a prova e o fato objetivado. No processo penal brasileiro são utilizados ambos os meios de provas, sem hierarquia entre eles, no entanto a regra é a colheita de provas diretas quando possível no caso concreto e a exceção é a coleta das provas indiretas.

O Código de Processo Penal traz rol exemplificativo de meios de prova, sem excluir outros, desde que não conflitantes com a ordem jurídica e os princípios de direito aplicáveis. Sendo assim emerge uma classificação dos meios de prova em nominados e inominados, em que os primeiros são os expressos, e os demais os permitidos, mas não especificados em lei. São nominados os seguintes meios: O exame de corpo de delito e outras perícias (artigos 158 a 184 do CPP); O interrogatório do acusado (artigos 185 a 196 do CPP); A confissão (artigos 197 a 200 do CPP); As perguntas ao ofendido (artigo 201 do CPP); As testemunhas (art. 232 a 238 do CPP); O reconhecimento de pessoas ou coisas (artigos 226 a 228 do CPP); A acareação (artigos 229 e 230 do CPP); Os documentos (artigos 232 a 238 do CPP); Os indícios (artigo 239 do CPP); e a busca e apreensão (artigos 240 a 250).

As provas possuem a natureza jurídica de um direito subjetivo de índole constitucional para constituir, ou reconstruir, a verdade dos acontecimentos. Esse caráter merece mais proteção, tendo em vista que é o próprio direito de acusação e de defesa que estão sendo colocados em posição de efetividade, de busca.

As normas que regulam as provas são de caráter processual, muito embora essas provas estejam atreladas à comprovação da veracidade das alegações, constituindo um direito subjetivo, ainda assim não perdem a sua natureza processual, cabendo a este ramo do direito regular a matéria em toda sua amplitude e em todos os seus aspectos.

3.4 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

Vários são os critérios de classificação das provas apresentados pela doutrina, de forma clara e precisa apresenta-se a classificação das provas quanto ao seu objeto, ao seu efeito ou valor, ao sujeito ou causa e quanto à forma ou aparência.

No tocante ao objeto elas podem ser diretas ou indiretas. Prova direta, é quando se refere diretamente ao fato probando, incide sobre o *thema probandum*, não há a construção de nenhum processo lógico para o surgimento da prova, pois esta demonstra por si só a existência dos fatos narrados nos autos, a testemunha do crime e o exame de corpo de delito são exemplos clássicos de prova direta.

A prova indireta é a prova que não tem liame com o fato probando, existe a referência a um outro fato que conduz, por conexão, ao fato probando, existe uma construção lógica de um fato demonstrado que leva, através de dedução, à construção do fato a ser provado. O *álibi*, que tem significado de “noutro lugar” em latim, é exemplo de prova indireta pelo qual se comprova a presença de alguém em lugar diverso daquele em que se pretende que estivesse, resultando na conclusão de que o réu, quando do acontecimento do crime, se encontrava no exterior, excluindo a possibilidade lógica deste ter praticado o crime.

Quando a referência é ao efeito ou valor, as provas podem ser plenas e não plenas. Prova plena é aquela que produz um juízo de certeza no julgador para determinar por si só a sanção, é aquela convincente e suficiente para determinar a condenação, é a prova inverossímil.

A prova não plena ou indiciária conduz apenas a um juízo de probabilidade, permitindo a decretação de medidas cautelares, por exemplo, e geralmente vigora nas fases do processo em que não necessita de juízo de certeza para decisão. O indício é um fato secundário existente e certo, que através de uma concatenação coerente e lógica deste, conduz ao episódio principal objeto da atividade probatória. Assim, vários acontecimentos podem construir, dentro do contexto demonstrado, a concretização do objeto da imputação.

Quanto ao sujeito ou causa a prova é real ou pessoal. Prova real: é a prova que surge do próprio fato, através dos vestígios deixados pelo crime. Incide sobre a “*res*” que não é necessariamente objeto do crime e sim outro artefato que tenha vestígios do crime, por exemplo, uma fotografia, a roupa ensanguentada e rasgada da vítima. Quando a prova for o objeto do crime existe a prova real direta, e quando não recair sobre o item há a prova real indireta. A Prova pessoal aparece em decorrência do conhecimento de alguém, tem sua

origem em um ser humano e é prestada de forma pessoal e consciente. O exemplo bastante difundido é o caso de uma testemunha, que presta depoimento sobre um acontecimento criminoso.

Quanto à forma ou aparência, que é o modo como as partes prestam em juízo as suas alegações as provas podem ser testemunhais, documentais ou materiais. A Prova testemunhal surge da afirmação de uma pessoa, demonstrando sua experiência pessoal sobre a existência, a natureza e as características de um fato e sempre que emanar da afirmação de um indivíduo será testemunhal, mesmo que seja o próprio réu. Prova Documental é a prova produzida por escrito ou até mesmo a gravada, por exemplo, uma carta e a gravação de vídeo de câmera de segurança presente no local do ocorrido.

A prova material acontece quando incidir sobre qualquer elemento material que possa contribuir para formação do convencimento do magistrado, um exemplo é a perícia realizada sobre os objetos e local do crime.

Quanto à origem as provas são: originária - quando não há intermediários entre o fato e a prova; ou derivada - quando ocorre intermediação entre o fato e a prova, testemunho do testemunho por exemplo.

Ainda existe a classificação abordada por Frederico Marques³⁸ que se refere ao momento de preparação da prova, quanto a este elas podem ser causais; que são as provas preparadas no curso da demanda, como os depoimentos; ou preconstituídas; que são as provas preparadas preventivamente, antes do processo, com vista a ser utilizada em possível e futura demanda.

3.5 SISTEMAS DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS

Inicialmente cumpre fazer diferenciação essencial ao estudo deste tema. Não se confundem, apesar da semelhança terminológica, dois sistemas abordados no presente estudo - os sistemas processuais penais e os sistemas de avaliação das provas. No primeiro, assunto anteriormente abordado, há o entendimento de que o sistema processual penal seria um conjunto de princípio e regras que determinam como será o processo penal, como um todo, de certo país. Já os sistemas de avaliação das provas dizem respeito exatamente à valoração que

³⁸MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. III. Campinas: Bookseller, 1997. p. 337.

o magistrado dá às provas do processo no seu julgamento, em outros termos, o magistrado ao analisar a comprovação dos argumentos trazidos pelas partes deve obedecer à forma definida em lei para atribuir grau de importância e preponderância a cada elemento apresentado. A valoração é feita de acordo com o sistema adotado, os quais serão analisados.

A apreciação das provas pelo julgador e a valoração destas para a decisão variam de acordo com o sistema utilizado, importante observar qual o sistema adotado para entender o convencimento do magistrado, trazendo clareza e segurança no julgamento, tendo em vista serem conhecidas às bases da decisão.

Os sistemas mais primitivos de avaliação das provas são divididos em dois, o sistema religioso e o sistema étnico ou pagão. O sistema das provas ordálias, prática religiosa comum na Idade Média, recorria à intervenção divina no auxílio do julgamento, onde o acusado era submetido a testes degradantes e sem sentido, argumentando os executores que cabia aos ordálios apenas a aplicação do resultado da prova, pois Deus demonstrava a verdade em resultados aleatórios, e se o acusado fosse inocente, Deus não o deixaria morrer.

No sistema pagão ou étnico o soberano decidia tudo, da forma como bem entendesse, ao seu livre arbítrio, pois não existiam critérios definidos para o julgamento. A decisão era segundo as impressões pessoais do dominador.

Superados esses sistemas antigos, surgiram os modernos sistemas da certeza moral do juiz ou íntima convicção; o sistema da certeza moral do legislador, das regras legais ou da prova tarifada e o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional.

No sistema da certeza moral do juiz ou da íntima convicção, o julgador encontra liberdade para decidir de acordo com seus valores morais dispensado de expressar qualquer motivação e ainda sem se ater aos elementos constantes dos autos processuais. O juiz pode julgar de acordo com suas crenças pessoais, conceitos pré-estabelecidos e conhecimento particular que tenha ou não sobre o assunto. É o sistema que preside a segunda fase do procedimento do Tribunal do Júri, onde os jurados votam livremente sobre os quesitos postos pelo juiz de direito sem nenhuma manifestação de motivação ou fundamentação daquele voto, apenas decidem.

No sistema da certeza moral do legislador, das regras legais ou da prova tarifada, o legislador valorou cada prova com um grau de hierarquia diferente, de modo que determinada prova será superior as outras, e quando estiver presente será sobreposta diante das demais. Aqui o legislador é quem terá o alvedrio de estabelecer o peso probante e o magistrado ficará sem margem de liberdade decisória prejudicando o manancial probatório.

Há uma eleição da prova que pode ser eficaz para demonstrar certo fato, como no art 158 do Código de Processo Penal, onde o legislador estabeleceu que nas infrações que deixarem vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto e que não pode ser suprido nem pela confissão, excluindo a confissão e valorando a perícia.

No sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, o juiz é livre para decidir e apreciar as provas, desde que a decisão seja motivada. Esse sistema trata-se de uma evolução perante os anteriores, tendo em vista que a decisão não está ao livre-arbítrio nem do julgador nem do legislador.

O julgador analisará as provas existentes, sem valorar previamente nenhuma delas, desta feita, existe a liberdade de apreciação do contexto probatório, no entanto, vincula seu convencimento à motivação da decisão e fica adstrito às provas constituídas nos autos, embora impere a busca da verdade real no processo penal, o juiz não poderá decidir por fatores exteriores aos autos e que não foram submetidos à ampla defesa e ao contraditório, por isso, pode determinar a prova que entender necessária para o seu convencimento, seguindo para tanto o devido processo legal e o procedimento correto para a colheita probatória.

A segurança que é instaurada neste sistema de valoração, tem sua explicação no fato de que, através de uma decisão devidamente fundamentada é possível auferir a os elementos de convicção ensejadores da decisão, possibilitando no caso de ocorrência de alguma nulidade, que esta possa ser verificada mais facilmente, trazendo transparência às decisões judiciais.

Esclarecedora preleção fornece Guilherme Nucci³⁹ quando aduz:

A livre *apreciação* da prova não significa a formação de uma *livre convicção*. A análise e a ponderação do conjunto probatório são desprendidas de freios e limites subjetivamente impostos, mas a convicção do julgador deve basear-se nas provas coletadas. Em suma, *liberdade* possui o juiz para examinar e atribuir valores às provas, mas está atrelado a elas no tocante à construção do seu convencimento em relação ao deslinde da causa. E, justamente por isso, espera-se do magistrado a indispensável *fundamentação* de sua decisão, expondo as razões pelas quais chegou ao veredicto absolutório ou condenatório, como regra.

A Constituição da República estabelece no artigo 93, inciso IX que: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões [...]”, e ainda o Código de Processo Penal no artigo 155, caput, aduz que o juiz

³⁹Id. Ibid. p. 19.

formará a sua convicção pela livre apreciação da prova, não devendo a decisão ser fundamentada nos elementos informativos da investigação, com exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, portanto no processo penal brasileiro foi expressamente adotado o sistema da persuasão racional.

4 DAS PROVAS ANTECIPADAS NO PROCESSO PENAL E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Inovação no processo penal, surgida através da Lei nº11.690/2008, a produção antecipada de provas, já existente no processo civil - nos artigos 846 e seguintes do Código de Processo Civil - é para a coleta de provas ainda durante a fase de investigação, desde que demonstrada à indispensabilidade da medida.

No tocante a esta inovação, advirta-se tão logo, que é preciso prudência quanto a sua utilização, para que não se torne somente um meio de adiantar com freqüência a fase probatória sem que se repute essencial, pois agindo desta forma, constituiria um caminho violador do princípio do devido processo legal.

A produção antecipada de provas é implementada dentro dos autos do futuro processo, assim, independentemente de ação autônoma, não sendo objeto, portanto, de processos cautelares propriamente ditos, contudo, preservam as características do sistema de cautelaridade penal. Neste sentido, Antônio Alberto Machado⁴⁰ preleciona, quando se refere às medidas que integram o sistema de cautelaridade do processo penal:

Em suma, pode-se dizer que o sistema de cautelaridade estabelecido pelo Código de Processo Penal, em consonância com as normas constitucionais, abrange, fundamentalmente, as medidas e constrição e de salvaguarda das várias formas de liberdade; de preservação da prova do processo; [...]

Como exemplos de medidas cautelares na produção de provas existem os depoimentos antecipados, *ad perpetuam rei memoriam*, o exame de corpo de delito e as perícias em geral.

4.1 DEFINIÇÃO E DISCIPLINA LEGAL

É atribuição das partes a produção das provas, não cabendo ao magistrado sair em busca de sua feitura, a competência deste é de assegurar que a produção ocorra dentro dos limites legais e com respeito aos princípios reguladores da atividade. A regra é a da produção

⁴⁰MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 455.

da prova em juízo, por expresse estabelecimento do artigo 155 do Código de Processo Penal, e em respeito ao preceito constitucional do contraditório.

A sentença penal condenatória, só pode ser fundamentada nas provas produzidas em juízo, as quais tenha havido a oportunidade de manifestação por ambas as partes, assim, ao magistrado, lhe é vedado decidir unicamente com base nas provas colhidas na investigação criminal. Exceção a regra são as provas antecipadas.

As provas antecipadas são as produzidas em momento anterior ao definido para a instrução probatória processual. A antecipação não ocorre de forma discricionária, ao sabor da vontade do magistrado, suas hipóteses de aceitação estão vinculadas a norma processual através dos requisitos estabelecidos por esta.

Exemplo bem didático sobre a atuação dessas medidas é citado por Guilherme Nucci⁴¹:

[...] uma testemunha pode estar muito doente. Ouvida na polícia, detecta-se a situação emergencial. Por tal razão o Ministério Público pleiteia ao juiz que a ouça de imediato, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa, de modo a garantir o devido processo penal. Realizada a inquirição antes mesmo de iniciada a ação penal, como medida de cautela, caso a referida testemunha morra, seu depoimento será utilizado pelas partes, em juízo, com a mesma força probatória das demais provas coletadas em contraditório judicial.

A testemunha muito doente pode trazer informações em seu depoimento que indiquem que o principal suspeito é inocente ou culpado, ou até mesmo trazer novos agentes para o fato, e advirta-se, não é somente o Ministério Público, que poderia pleitear a antecipação do depoimento, quaisquer dos pretensos réus poderiam, através de advogado, pleitear a oitiva de alguém que possa esclarecer sua inocência.

Comumente é imaginado que a antecipação de provas somente é utilizada a favor da acusação, pois em benefício do réu predomina a dúvida, assim, não existindo elementos suficientes para comprovação dos fatos, o réu deve ser absolvido, todavia, apesar da insuficiência de provas militar a favor do réu, existem provas que são favoráveis a sua absolvição e que se não produzidas podem levar, dentro do contexto das demais provas, a condenação, como exemplo existe o alibi, que a jurisprudência vem atribuindo a responsabilidade da defesa de produzi-lo, nestes termos: “O alibi, enquanto elemento de defesa, deve ser comprovado, no processo penal condenatório, pelo RÉU [sic] a quem seu

⁴¹Id. Ibid. p. 455.

reconhecimento aproveita. (STF – 1ª T. – HC 68.964/SP – DJU 22.04.1994 – Rel. Min. Celso de Mello – p. 8.926)⁴²”, assim em uma situação em que corra o risco deste álibi perecer pode o magistrado determinar que seja produzido tão logo saiba da sua existência.

Todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, para demonstrar esta persuasão, e igualmente para adequar o convencimento ou não, do Ministério Público e da defesa, proporcionando na eventual interposição de recurso a possibilidade de impugnação de ponto específico da sentença.

Então, a Lei nº. 11.690/2008 trouxe a possibilidade do magistrado, de ofício, determinar a realização antecipada de provas, possibilidade antes somente conferida às partes, e surgiu com a finalidade de evitar que provas essenciais pudessem perecer.

José Marcílio Donegá⁴³ conceitua as provas antecipadas ao passo que as distingue de outras, nas seguintes palavras:

Não repetíveis são, em regra, provas documentais emanadas de perícias e diligências, consideradas definitivas e imutáveis. Portanto, não serão reproduzidas no contraditório por cuidar-se de provas absolutamente imutáveis, reservando à parte somente o direito à contestação. Prova testemunhal irrepetível: A prova testemunhal pode ser irrepetível na hipótese de a testemunha prestar depoimento no inquérito policial e falecer antes de ser ouvida em juízo, ou prestar depoimento somente em juízo e falecer antes de prestar depoimento no plenário do júri. Antecipadas: São aquelas que em decorrência de situações de urgência e relevância precisam ser colhidas antes do momento processual próprio, mas sob o crivo e a garantia do contraditório. A antecipação de provas está prevista nos arts. 92, 225, 156, I e 366 do CPP.

O Código de Processo Penal traz a regra acerca do ônus da prova, estabelecendo que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, porém, o juiz não deve apenas assistir inerte a produção das provas, e sim velar por aquelas que necessitem ser produzidas antecipadamente, no entanto, sem substituir as partes no seu encargo, conforme já explanado.

O art. 156, inciso II do Código de Processo Penal estabelece que o juiz pode, de ofício, antes de iniciada a ação penal, ordenar a produção antecipada de provas urgentes e relevantes, obedecendo a adequação, proporcionalidade e necessidade da medida.

⁴²Disponível em: <www.jusbrasil.com.br/diarios/20224255/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-i-01-10-2010-pg-1696> acessado em 25/10/2010.

⁴³DONEGÁ, José Marcílio. **Código de Processo Penal Explicado. Teoria e Prática**. 4ª ed. Revisada, Ampliada e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2010. p. 134.

A antecipação de provas ocorre, geralmente, ainda durante a investigação criminal, no entanto, nada obsta que ocorra depois de proposta a ação penal, mas ainda não no momento de instrução probatória, Guilherme Nucci⁴⁴ exemplifica:

[...] conforme o caso, pode-se imaginar ter o magistrado recebido a denúncia, determinando a oitiva do réu e, nesse período, surgir a necessidade de se ouvir uma testemunha-chave, que se encontra de mudança para o exterior. É viável a propositura da medida cautelar de produção antecipada de provas, após iniciada a ação penal, mas antes da audiência de instrução.

Tal inovação trazida pela Lei 11.690/08 deve ser vista como exceção, e utilizada excepcionalmente, e não ser encarada como uma ampliação ao poder probatório do juiz, tendo em vista que, a regra é a do ônus probatório das partes na comprovação dos fatos alegados. Assim, há restrição nas hipóteses de cabimento desta antecipação, de tal modo que, esse poder somente terá cabimento nas proposições previstas nos incisos I e II do art. 156 do Código de Processo Penal.

No art. 225 do Código de Processo Penal existe exemplo de prova antecipada, *in verbis*: “Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.”. Assim, a oitiva de uma testemunha arrolada pela defesa, antes da testemunha levada pela acusação, contraria a ordem determinada pelo Código, no art. 400, com as alterações da Lei nº. 11.719/08, determinada pelo princípio do contraditório, não gerará nulidade, desde que a providência tenha sido realmente imprescindível.

4.2 REQUISITOS

Os requisitos para a produção antecipada de provas podem ser classificados de acordo com sua forma de constituição, existindo duas modalidades de requisitos: os intrínsecos e os extrínsecos.

Intrínsecos, solenes ou essenciais, são aqueles imprescindíveis ao ato e que fazem parte de sua essência, no caso das provas antecipadas são dois, a urgência e a relevância.

⁴⁴Id. Ibid. p. 28.

Provas urgentes são as que sofrem o prenúncio de perecer, que o decurso do tempo é fator prejudicial para sua feitura, tendo em vista que, pode haver seu desaparecimento sem possibilidade de repetição posteriormente, já as provas relevantes são aquelas que possuem importância no esclarecimento dos fatos ocorridos e que possuem força, mesmo que provável pela incerteza do resultado, porém latente, de esclarecer aspectos relacionados ao objeto da prova, em outros termos, deve ser, prova importante para o deslinde da causa, contribuindo de forma significativa ao processo.

O magistrado procederá a uma análise cuidadosa sobre o que considerar urgente e relevante, pois cuida-se de exceção para produzir prova definitiva em momento intempestivo, então, não se justifica que toda prova testemunhal seja reputada urgente somente com o receio da testemunha esquecer o fato com decurso do tempo.

Extrínsecos, ou não-solenes, quando o requisito é exigido apenas para a prova do ato, sem obedecer à forma especial, nas provas antecipadas são três, necessidade, adequação e proporcionalidade.

Quando a lei faz referência à necessidade da medida, buscou mencionar a imprescindibilidade da medida antecipatória, de modo que, sem ela, a prova não poderia ser produzida de outra forma e nem no momento processual próprio. A adequação requerida é no sentido de que a forma de colheita deve ser hábil, capaz, idônea para captação da prova, estabelecendo correlação coerente, lógica entre a investigação e a medida. Por último, a proporcionalidade vem trazer preceito que estabelece a indispensabilidade do equilíbrio entre os valores postos, entre a antecipação da prova e o gravame pela inversão do procedimento probatório, assim sendo, a produção da medida de maneira antecipada, se ferir algum valor jurídico, este não pode trazer prejuízo maior que o que ocorreria com o perecimento da prova.

Presentes todos os requisitos anteriormente mencionados, haverá o acolhimento da produção antecipada de prova, determinando-se em seguida a intimação dos interessados e tomando-se as providências cabíveis para a sua realização.

4.3 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal está em vigor desde 1942, e desde então, vem sofrendo reformas para adequá-lo a nova realidade do país, e sobretudo aos preceitos da Constituição

Federal de 1988. Neste cenário, a Lei nº 11.690/08 surgiu fruto de um dos oito projetos encaminhados ao Senado, que até agora aprovou e o Presidente da República sancionou juntamente com esta, mais duas leis, a 11.689/08, que acarretou mudanças para o rito do Tribunal do Júri, e a 11.719/08 que alterou dispositivos do rito comum do processo penal.

A Lei 11.690/08 originou importantes modificações no tema das provas no processo penal, e mais precisamente, nos artigos 155, 156, 157, 159, 201, 210, 212, 217 e 386 todos do Título VII do Livro I do Código de Processo Penal. A finalidade da reforma processual, além de adequação com a nova ordem constitucional, almeja acompanhar o que a doutrina já vinha discutindo, ajudando a resgatar e fortalecer a confiabilidade do Poder Judiciário no tocante a resolução dos conflitos de forma coerente e condizente com a realidade.

Adel El Tasse, Eduardo Zanoncini Miléo e Patrícia Regina Piaseck⁴⁵ complementam a ideia:

O que se espera do julgador, e a mensagem da Lei 11.690/08 em tal sentido é clara, é que, atendendo à exigência de racionalidade e de coerência lógica decorrente da República, julgue com bases racionais, sem apego a sentimentos de pânico social, emergência ou vingança, próprios dos julgamentos pelo rei absolutista, proferindo a decisão com bases lógicas, calcada nas provas vindas ao processo de maneira contraditória e da forma mais apta a produzir a conciliação dos conflitos manifestados no processo. Assim, o contexto da nova redação ofertada à matéria probatória [...] é o de um processo penal que deve se democratizar e ceder o espaço dos seus princípios inquisitivos a um modelo acusatório.

No artigo 155 do Código de Processo Penal houve a inserção expressa da obrigatoriedade do contraditório para produção da prova, algo que já estava anteriormente consolidado, embora apenas implicitamente, alentando a ideia de um processo penal acusatório. Também inovou quando o texto proibiu expressamente o juiz de formar sua opinião pelos elementos informativos da lide, colhidos na investigação criminal, excetuando as provas cautelares não repetíveis e antecipadas.

As provas cautelares, exceções a regra, possuem valoração diversa, mesmo que produzidas ainda na investigação preliminar, o juiz pode decidir com base nestas, desde que observadas criteriosamente sua hipóteses de incidência e seus requisitos. A justificativa para a produção antecipada de provas reside na prejudicialidade que o decurso de tempo pode ocasionar, assim, uma prova pericial sobre os vestígios do crime, que deve ser realizada o

⁴⁵Id. Ibid. p. 25.

quanto antes para garantir sua eficácia, não poderia deixar de ser levada em consideração pelo magistrado na sentença, pelo fato de ter sido produzida em momento anterior ao estabelecido.

Agindo de forma diversa, estaria o legislador obrigando o magistrado a fechar seus olhos para o concatenateamento dos fatos comprovados por especialistas, indo de encontro e ferindo o princípio da busca da verdade real. Exemplo clássico é na ocorrência dos delitos de trânsito, em que os laudos do local e de embriaguez só podem ser confeccionados no momento seguinte ao crime, sob pena de desaparecerem. A prova, mesmo que produzida antecipadamente, não deixa de ser submetida ao contraditório e à ampla defesa, podendo o réu contestá-la se desejar. O artigo 159 do Código de Processo Penal, ainda possibilita às partes requererem a oitiva dos peritos que realizaram os exames e indicar assistente técnico que poderão apresentar pareceres complementares ao oficial.

O artigo 156 do Código de Processo Penal disciplina sobre o ônus probante, que nas palavras de André Estefam⁴⁶: “é o encargo processual acometido às partes, impondo-lhes provar determinado fato, sob pena de suportar uma situação processual adversa, desvantajosa.” Atribuindo às partes a demonstração dos fatos, para persuasão do destinatário, conseqüentemente distanciando o juiz da confecção probatória no intento de preservar a imparcialidade no julgamento.

O novo artigo não ampliou os poderes probatórios do juiz, permanece a atribuição das partes, no entanto, em casos excepcionais e obedecidos os permissivos legais, a prova pode ser perseguida pelo magistrado, pois, o juiz, não é obrigado a manter-se inerte durante a produção de provas pelas partes, este deve ser visto e atuar de maneira imparcial, e não apenas como um espectador do processo penal. Não obstante, não é qualquer dúvida geral sobre os acontecimentos que ensejarão a procura de provas pelo juiz, a autorização legal é sobre aspecto peculiar que deve ser indicado pelo magistrado em sua fundamentação. Sempre que possível a prova antecipada na fase investigatória deve ser repetida na instrução criminal.

4.4 PROCEDIMENTO PROBATÓRIO COMUM E PROCEDIMENTO CAUTELAR

O procedimento é entendido como a sequência de atos processuais ordenados para determinado fim. No procedimento para a produção de provas, Paulo Rangel⁴⁷ conceitua:

⁴⁶Id. Ibid. p. 27.

⁴⁷Id. Ibid. p. 463.

Procedimento probatório é o conjunto de atos com o escopo de alcançar, no processo, a verdade processual ou histórica, formando o convencimento do juiz. Visa à realização prática dos meios de prova a fim de estabelecer, o mais que possível, a certeza dos fatos objeto do caso penal.

Quatro momentos podem ser visualizados para a produção probatória, tomando como base o procedimento comum, assim, existe a etapa de enumeração das possíveis provas pelas partes, a etapa de admissibilidade pelo juiz das provas indicadas pelas partes, a oportunidade de contraposição pela parte contrária da prova já produzida é a terceira fase, e a última etapa é a valoração pelo juiz, na sentença, das provas realizadas.

Na proposição de provas as partes indicam quais meios utilizarão para ratificar suas teses e convencer o magistrado de suas alegações, assim, postulam para que haja permissão para levar a juízo os elementos que julgam necessários para ratificar sua argumentação. Apesar de haver momento certo para agir, nada impede que posteriormente, havendo necessidade, as partes não possam postular pela produção de outras provas não indicadas inicialmente, em qualquer momento processual, desde que autorizadas pelo magistrado.

O juiz ao receber a postulação das partes em relação à matéria probatória almejada, manifestará sua opinião pela produção ou não das provas indicadas, é claro que, se houver negativa para determinada prova, o juiz deverá fazê-lo de forma fundamentada. É neste momento que o juiz analisará a licitude da prova, sendo ilícita não irá admiti-la e conseqüentemente, haver seu desentranhamento dos autos, se assim não o fizer será nulo o processo.

No momento da produção de provas, terceira etapa, as partes terão a oportunidade de exercer o contraditório, onde se discutirá a legitimidade, aptidão, veracidade das provas produzidas pela parte contrária. É neste momento que o Ministério Público, - ou o ofendido - como legitimado ativo, e que possui a incumbência de provar a culpa do acusado, se houver culpa, deverá operar de maneira ativa, pois em favor do réu existe a presunção de inocência e o favorecimento da dúvida, a qual deve ser interpretada em seu favor.

A última fase do procedimento probatório é ato do juiz, que irá decidir, com apoio nas provas produzidas, o processo. No conceito de Paulo Rangel⁴⁸: “É o ato derradeiro do procedimento probatório. É o momento em que o juiz exercerá o juízo crítico avaliativo sobre as provas a fim de fundamentar sua decisão.” O magistrado ao sentenciar está livre para apreciar as provas, contudo, deverá fundamentar sua decisão indicando em quais fatos baseou

⁴⁸Id. Ibid. p. 465.

sua sentença, em respeito ao sistema de avaliação do livre convencimento motivado que deve ser seguido.

Ao motivar a decisão, o juiz estará conferindo-lhe transparência, tornando possível às partes recorrerem de uma decisão que não esteja de acordo com a ordem jurídica, combatendo o *error in iudicando* e o *error in procedendo*.

Conforme infere-se do já explanado, a produção antecipada de provas não possui um procedimento composto por fases. O magistrado ao verificar uma situação em que as provas são urgentes e relevantes e correm o risco de perecer com o decurso do tempo, determinará que seja produzida tal prova imediatamente, todavia, as provas irrepetíveis, e antecipadas precisam ser produzidas na presença de um juiz, do Ministério Público e de um defensor, dativo ou constituído, sendo submetidas, quando possível, ao contraditório prévio, exceto quando houver impossibilidade.

Na preleção de José Marcílio Donegá⁴⁹: “Nem toda prova é produzida em contraditório judicial, mas todos os elementos informativos colhidos na investigação, ainda que se constituam provas imutáveis, obrigatoriamente serão oferecidas à contestação.”

A possibilidade de produção antecipada de provas pode sim, e deve, ser submetida ao contraditório, se assim puder ser realizado durante a coleta prévia, e se não for possível durante a produção, quando estiver em juízo, durante a instrução criminal, deverá ser realizada a contraposição naquela fase, é o chamado contraditório diferido, como no caso da realização urgente de um exame de corpo de delito, nesta última hipótese, difere-se o contraditório para a fase judicial, com a possibilidade de inquirição dos peritos pelas partes.

4.5 DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ: *ADVERSARIAL SYSTEM E INQUISITORIAL SYSTEM*

No sistema acusatório, não é concebível a existência de um juiz com a gestão das provas, desempenhando ônus atribuído as partes. No entanto, o magistrado não pode ser visto como alguém alheio a instrução probatória e que ficará adstrito aos elementos apresentados pelas partes, atuando assim, seguirá os ditames da ciência processualista civil, em que as relações jurídicas são privadas, e os bens jurídicos, na sua maioria, disponíveis, algo

⁴⁹Id. Ibid. p. 133.

incoerente com o processo penal, onde os direitos são indisponíveis, e predominam questões de ordem pública.

No processo penal, o juiz deve ser atento aos elementos que possam ser proeminentes para sua decisão e que não foram suscitados pelas partes, determinando as diligências que possam esclarecer suas dúvidas sobre as questões fáticas que entender relevantes para a causa, sem substituir as partes em seu encargo. A situação deve ser vista como uma excepcionalidade, conforme já salientado, a regra é a produção pelas partes, entretanto, operando estas de forma deficiente e percebendo o magistrado que existe questão não apresentada, mas que é determinante para a resolução da lide de maneira mais eficaz, não poderia fechar os olhos e fingir que nada existe, utilizando como justificativa apenas a incumbência das partes na produção probatória, para decidir de modo contrário a realidade, seria medida de injustiça, condenando ou absolvendo simplesmente porque não lhe seria permitido buscar os elementos esclarecedores dos fatos.

Dentro do sistema acusatório, de acordo com o papel desempenhado pelo magistrado, podem surgir duas vertentes denominadas *inquisitorial system* e *adversarial system*, a postura do magistrado perante o processo é determinante para a adoção de um ou outro princípio, porém, apesar da similitude terminológica, não há correspondência entre aqueles termos e o sistema acusatório e inquisitorial. Ada Pellegrini Grinover⁵⁰ oferta esclarecimentos sobre o tema:

Acusatório-inquisitório e adversarial-inquisitorial são categorias diversas, em que os termos devem ser utilizados corretamente. De um lado, portanto, o contraste ocorre entre sistema acusatório e sistema inquisitório, no sentido empregado para o processo penal no nº 2 deste estudo; do outro lado, a oposição manifesta-se, tanto no processo penal como no civil, entre o adversarial e o inquisitorial system, vale dizer entre um processo que, uma vez instaurado (mantido, assim, o princípio da demanda, ou Dispositionsmaxime, na terminologia alemã), se desenvolve por disposição das partes (o que se denomina em alemão Verhandlungsmaxime) e processo de desenvolvimento oficial. Para ilustrar o segundo binômio - condução do processo por disposição das partes e desenvolvimento oficial -, especificamente no que diz respeito à iniciativa probatória, vale lembrar o caso referido pela literatura inglesa, relativamente a juiz cujo julgamento foi anulado, sendo o magistrado convencido a demitir-se, por ter formulado às testemunhas perguntas demais, o que feriria o fair trial.

⁵⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Disponível em: <www.ibccrim.org.br> acessado em: 19/10/2010.

No *adversarial system*, ou sistema anglo-saxão o juiz não poderá assumir a instrução probatória mesmo que se mostre insuficiente para formar seu convencimento, as partes é que haverão de conduzir a produção das provas, no entanto, é possível a existência de poucas exceções. Com isso, o juiz assume uma posição de árbitro ou moderador da contenda, não pode participar ativamente na procura de dados probatórios que permitam julgar, com mais propriedade, os fatos e argumentos apresentados pelas partes.

Mauro Fonseca Andrade⁵¹ critica tal perspectiva e complementa:

Por essa razão, tal modo de entender o processo penal situaria o adversary system em uma posição similar ao processo civil, provocando uma verdadeira privatização desse sistema. [...] Estaríamos autorizados a dizer, então, que o adversary system seria uma manifestação mais rígida ou tradicional do sistema acusatório clássico, enquanto a participação mais ativa do juiz no processo penal seria considerada como uma evolução ou flexibilização desse sistema, recebendo, por isso, o nome de inquisitorial system.

O *inquisitorial system*, ou sistema de desenvolvimento oficial, cabe predominantemente ao magistrado a condução do processo, inclusive a iniciativa probatória, pois o processo penal é visto como interesse de toda a sociedade, fazendo que o julgador se arvore na busca dos fatos, para aplicar, na medida do humanamente possível, a justiça. Quanto a este sistema Mauro Fonseca Andrade se manifesta⁵²:

Muitas vezes, o inquisitorial system não é corretamente compreendido por determinados setores da doutrina, que manifestam um profundo repúdio à figura de um juiz mais ativo na fase probatória. Todavia, o que deve ficar claro é que um juiz pertencente a esse sistema não perde sua imparcialidade ou converte sua atividade jurisdicional em inquisitiva. Tal atividade somente se destina a impedir que as partes ocultem fatos ou provas, ou que venham a deles dispor, sobre um tema que é de interesse público.

A preocupação dos sistemas é em preservar a imparcialidade do julgador para que possa decidir, com isenção necessária, o caso sub judice, no entanto, cada qual a sua maneira, no sistema anglo-saxão, a isenção do magistrado é defendida pelo seu afastamento do processo, mantendo a equidistância das partes. No sistema do desenvolvimento oficial, também existe a imparcialidade do julgador, aqui alicerçada na busca da justiça acima de tudo, nem em favor da acusação e nem em favor do réu.

⁵¹Id. Ibid. p.104.

⁵²Id. Ibid. p. 219.

4.6 PROVAS ANTECIPADAS E O SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório, como já ressaltado anteriormente, possui como elemento primordial a separação das funções de acusar, defender e julgar em sujeitos distintos, sendo forma de garantia da imparcialidade do magistrado, não cabendo a este, a investigação criminal, somente podendo atuar no feito, depois de oferecida a acusação por quem seja legitimado para tanto.

O sistema acusatório é o adotado pelo Brasil, a instituição do Estado Democrático de Direito, influenciou o processo penal local, tendo em vista que, são assegurados direitos e garantias ao acusado, tudo regido por princípios previamente estabelecidos na Constituição Federal, como o da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV) e o da vedação de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII).

Ainda é visível a nítida divisão das funções de acusar, atribuída ao Ministério Público ou particular conforme o tipo de ação penal, a de julgar com imparcialidade e de acordo com as provas dos autos produzidas em contraditório ao juiz; e a defesa a ser realizada pela parte através de advogado legalmente constituído ou assegurando àqueles que não possuem que seja designado o defensor público ou advogado dativo. Observa-se também que no processo penal brasileiro não cabe ao juiz a iniciativa da persecução penal, de forma que este só poderá agir quando já iniciada a ação penal, em respeito ao princípio da demanda.

A regra é, portanto, que o julgador permaneça aguardando a instrução probatória ser realizada no momento certo e pelas partes, podendo, ainda, suscitar a feitura de outras provas não produzidas, mas que repute indispensável ao seu convencimento.

Contudo, a Lei nº. 11.690 ao trazer nova redação ao artigo 156, consagrou a permissão da persecução probatória pelo magistrado, no caso de provas urgentes, relevantes e que possam desaparecer com o decurso de tempo, devendo, então ser produzida antes do momento processual adequado, ainda na investigação criminal, portanto, colhida antes de iniciada a ação penal.

A reforma do Código de Processo Penal, no tocante as provas antecipadas, ocasionou discussão doutrinária, questionado a utilização desta medida, a qual feriria frontalmente o sistema acusatório.

Paulo Rangel⁵³ critica a redação do artigo 156 do Código de Processo Penal, e espousa a opinião de que: “Em uma estrutura acusatória de processo penal não há espaço para o magistrado ter a gestão da prova, em especial antes de iniciada a ação penal, como autoriza o inciso I, em comento”. Justifica seu posicionamento, aduzindo que comprometeria totalmente a imparcialidade do julgador, que ao ter o primeiro contato com a prova já estaria contaminando sua opinião.

Antonio Alberto Machado⁵⁴ assume opinião semelhante à anterior, entretanto, admite a utilização das provas antecipadas, desde que seja somente para benefício do réu, nestes termos:

Quanto à possibilidade de o juiz, de ofício, ordenar a produção de prova antecipada, é preciso lembrar que o ônus da prova cabe às partes e a iniciativa probante do julgador, no campo penal, pode representar ofensa ao princípio do processo acusatório, pois o Ministério Público é o órgão oficial designado para o mister de produzir prova acerca da responsabilidade criminal dos acusados. Logo, somente será tolerável a iniciativa por parte do juiz se ela for em defesa das liberdades fundamentais do réu, e isto por três razões básicas: (1) a defesa das liberdades públicas é um dos mais relevantes papéis constitucionais do magistrado; (2) o ônus da prova, no processo de tipo acusatório, compete às partes; (3) o Estado já dispõe de órgãos especialmente designados (polícias e Ministério Público) para investigar e produzir provas contra os acusados.

Em posicionamento diverso Adel El Tasse⁵⁵ admite a antecipação de provas, mas somente como medida excepcional e preenchendo os requisitos legais, assim:

[...] o poder probatório do juiz fica limitado a casos excepcionais e exclusivamente se fundamentados nos dois permissivos previstos nos incs. I e II do art. 156 do Código de Processo Penal. [...] a produção de provas pelo juiz deve ser vista, assim, como exceção, pois, muito embora o magistrado não seja um espectador inerte quando da produção das provas, não pode ele substituir as partes em seu ônus de provar o que alegam. [...] Assim, a prova a ser perseguida pelo magistrado deve ser urgente, ou seja, só realizada quando haja receio fundado que tal desapareça até a instrução processual.

No que diz respeito às provas cautelares, apesar de num primeiro instante vislumbrar que estas constituem apenas mais um exemplo de resquício do princípio inquisitivo no

⁵³Id. Ibid. p. 460.

⁵⁴Id. Ibid. p. 360.

⁵⁵Id. Ibid. p. 41 e 42.

processo penal brasileiro, e que seria um desrespeito ao sistema acusatório, tal afirmação não merece prosperar.

As provas cautelares, colhidas pelo juiz durante a investigação criminal, são medidas urgentes e relevantes sob pena de perecimento, e tomando como critério a necessidade, adequação e proporcionalidade, como analisado anteriormente. O disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal, precisa ser analisado por uma interpretação constitucionalmente adequada para que possa atingir sua finalidade sem prejudicar o sistema adotado pelo processo penal brasileiro, em especial no respeito ao contraditório, a ampla defesa e ao princípio da fundamentação das decisões.

Assim, o juiz ao determinar que seja produzida uma prova ainda durante a investigação criminal, que por impropriedade material não poderá ser repetida em juízo, deverá fundamentar sua decisão e oportunizar aos que possam se interessar ou que serão atingidos, se possível for à identificação, que a produção se dê como se já houvesse a ação penal, assim garantido todos os meios de efetivação aos princípios constitucionais do processo penal, como defesa, oportunidade de contraposição da prova, fundamentação de sua decisão e assistência de advogado. Nas palavras de Flaviane de Magalhães Barros⁵⁶, a fundamentação e a oportunidade de argumentação das partes sobre determinada prova, é o eixo central que pode permitir a produção antecipada, assim:

Portanto, é garantindo o modelo constitucional de processo, na busca de uma interpretação adequada, que impeça o subjetivismo do juiz para decidir sobre a antecipação das provas, que se propõe a solução para a questão formulada. [...] Vislumbra-se, aqui, os limites da fundamentação jurisdicional para impedir o subjetivismo do juiz e sua parcialidade, eis que, embora seja ele um humano com suas convicções e história de vida, a limitação se dá justamente no impedimento de uma fundamentação que extrapole os argumentos jurídicos e na obrigatoriedade de se construir a decisão com a argumentação participada das partes, que, como partes contraditoras, possam discutir a questão do caso concreto, de modo que a decisão racional se garanta em termos de coerência normativa, a partir da definição do argumento mais adequado ao caso concreto. Assim, se pode garantir que um juiz, mesmo com suas convicções, não apresente um juízo axiológico, no sentido de que todos os cidadãos comunguem da mesma concepção de vida, ou que os valores ali expostos na sentença vinculem normativamente todos os demais sujeitos do processo.

⁵⁶BARROS, Flaviane de Magalhães. **Produção antecipada de provas no processo penal: uma análise da reforma do CPP a partir da compreensão do modelo constitucional de processo, a discussão a respeito das garantias do acusado versus eficiência da investigação.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/flaviane_de_magalhaes_barros.pdf> acessado em: 19/10/2010.

Porém, pode não ser possível a sua produção em contraditório, nos caso de, por exemplo, ainda não ter conhecimento de nenhum suspeito, a instrução probatória antecipada é que poderá revelar o culpado, ainda sim, a prova será necessariamente contestada pelas partes na ocasião oportuna, não ferindo o direito de nenhuma parte de manifestação, argumentação e contraposição sobre a prova.

A produção antecipada de provas não representa uma discricionariedade do magistrado e nem uma ampliação dos seus poderes, ao contrário, é garantia da própria sociedade, que vê o Estado atuando na função jurisdicional, não colocando o processo no interesse e subjetividade de atuação das partes.

A efetividade das normas jurídicas é de interesse da sociedade, sendo atribuição do Estado cuidar pelo cumprimento destas, e ainda mais, o direito processual sempre é de interesse público, regido por princípios eminentemente publicitas, e com fins distintos do direito material. Neste âmbito Ada Pellegrini Grinover⁵⁷ ressalta a função social do processo, nos seguintes termos:

Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social. O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a par condicio. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.

À sociedade interessa a verdade dos fatos e seus verdadeiros agentes quando do cometimento de um delito, o magistrado na função de agente do Estado não deve permanecer à margem da situação e submetido à atuação dos litigantes, o juiz deve buscar a verdade real, dentro dos limites lógicos e permitidos por lei. No entanto, a busca da verdade real não deve servir como maneira de transformar o julgador em investigador, essa procura é limitada e só ocorrerá por decisão fundamentada.

Ada Pellegrini Grinover complementa:

⁵⁷Id. Ibid.

A visão do Estado social não admite a posição passiva e conformista do juiz, pautada por princípios essencialmente individualistas. O processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, [...] A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte.

E quanto ao comprometimento da imparcialidade do julgador aduz em seguida:

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

A utilização dos poderes instrutórios pelo julgador, entretanto é limitada, pelos princípios constitucionais, conforme já salientado, e na antecipação de provas, pelos requisitos de relevância e urgência da produção, dentro de parâmetros de necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Apesar da subjetividade dos termos apresentados – urgência e relevância – a obediência ao princípio da motivação das decisões judiciais possibilita que haja a verificação do enquadramento do caso concreto nas hipóteses legais. Assim, apesar da lei expressamente estabelecer os requisitos, não se pode olvidar que acima destes estão os preceitos da Carta Magna, que servirão como balizas para a produção antecipada de provas.

Extrapolando o juiz os limites, e tomando decisão que foge aos preceitos legais autorizativos da medida no caso concreto, estará produzindo prova ilícita, vez que feriu preceitos constitucionais, e deverá ser tratada como tal. Assim, às partes é garantido pleitear o desentranhamento da prova maculada de vício do processo, e ainda se não for retirada, servindo de base para a sentença, é cabível recurso pelas partes, tendo em vista que a sentença é nula.

Ainda foram estabelecidos limites para a antecipação de provas, de forma que o juiz não é livre para sua decretação, é medida excepcional, permanecendo adstrito as hipóteses legais e se exceder neste sentido, as partes tem a prerrogativa de recorrer da ilicitude do julgador.

Quanto ao sistema acusatório, Ada Pellegrini Grinover⁵⁸ estabelece: “O modelo acusatório do processo penal não interfere com os poderes instrutórios do juiz. Suas características fundamentais são bem diversas. A separação nítida das funções de acusar, defender e julgar não demandam um juiz inerte e passivo.”

A visualização da antecipação na produção de provas deve ser entendida da seguinte forma, é como se houvesse um deslocamento do juiz, do momento processual ordinário de produção, com todas as prerrogativas das partes e garantias processuais inerentes, para um momento anterior a constituição do processo por causa do risco de perecimento de determinado elemento, não é em absoluto conferir ao juiz funções investigativas.

⁵⁸Id. Ibid.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente houve abordagem acerca dos sistemas processuais penais existentes, o sistema acusatório, o sistema inquisitivo e o sistema misto ou acusatório formal. Através da análise construída foi possível identificar os elementos que compõe cada um dos sistemas mencionados, assim, em cada um dos sistemas existem dois elementos imprescindíveis para a sua constituição. No sistema acusatório encontramos a obrigatoriedade da atribuição a agentes diversos as funções de acusar e julgar.

A produção antecipada de provas pelo juiz na fase pré-processual é utilizada somente em casos excepcionais e justificáveis, sob pena de perecimento da própria prova, mediante o preenchimento de requisitos, portanto, não fere o sistema acusatório por se tratar de medida cautelar incidental.

Assim, a produção de provas antecipadamente, é medida necessária, além do argumento de que com o decurso do tempo podem perder elementos esclarecedores dos fatos de um crime, o que por si só já justificaria a mediada, existe a garantia de que através das provas pode-se chegar mais perto do que realmente aconteceu no mundo naturalístico, além de que, contrariamente do que imagina parte da doutrina, não é somente justificada pelo princípio da busca da verdade real do processo penal, e nem pretende transformar o julgador em investigador ou a substituição do ônus probante das partes e nem ferir os mandamentos constitucionais inerentes ao processo, em prejuízo do réu ou das partes, conforme for a situação, é sim medida de justiça, assegurada pela função social do processo com as regras de interesse público que possui, em que o Estado não poderia deixar ao dissabor das partes o seu andamento.

Assim a produção antecipada de provas não fere o sistema acusatório, é medida excepcional, não estaria o artigo 156 do Código de Processo Penal pós-reforma, resgatando a figura do juiz inquisidor, pois, durante a investigação criminal, o juiz do processo acusatório tem a função de determinar medidas cautelares.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

AQUOROLI, Marcelo. COSTA, Wagner Veneziani. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Madras, 2005.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **Produção antecipada de provas no processo penal: uma análise da reforma do CPP a partir da compreensão do modelo constitucional de processo, a discussão a respeito das garantias do acusado versus eficiência da investigação**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/flaviane_de_magalhaes_barros.pdf > acessado em: 19/10/2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas** – tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Organizador Anne Joyce Angher. 6ª ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DONEGÁ, José Marcílio. **Código de Processo Penal Explicado. Teoria e Prática**. 4ª ed. Revisada, Ampliada e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Da impossibilidade do Juiz Condenar quando Há o Pedido de Absolvição Formulado pelo Ministério Público.** Boletim IBCCrim. São Paulo, a. 13, n. 152, p 19, julho de 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência.** Disponível em <<http://www.lfg.com.br>> acessado em 05/10/2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** Disponível em: <www.ibccrim.org.br> acessado em: 19/10/2010.

_____. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Técnico Jurídico.** 10ª ed. São Paulo: Rideel.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 5ª ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista).** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** Vol. III. Campinas: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 4ª Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

_____. **Provas no Processo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. **O conceito de Acusação.** São Paulo: RT, 1995.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 16 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional - Pós-Reforma de 2008 - Atualizado de Acordo com as Leis 11.689/08 e 11.690/08**. Paraná: Juruá Editora, 2008.

SOUZA NETTO, José Laurindo. **Processo Penal. Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

TASSE, Adel El; MILÉO, Eduardo Zanoncini; PIASECKI, Patrícia Regina. **O Novo Sistema de Provas no Processo Penal, Comentários à Lei 11.690/08**. Curitiba: Juruá, 2009.

TÁVORA, Néstor. ALENCAR, Rosmar A. R. C. de. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Jus Podivn, 2009.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.