



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

GUTEMBERG FERREIRA ALVES

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO PROBATÓRIA DO JUIZ NA
PERSECUÇÃO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO**

**CAMPINA GRANDE/PB
2016**

GUTEMBERG FERREIRA ALVES

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO PROBATÓRIA DO JUIZ NA
PERSECUÇÃO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Programa de Graduação em Ciências
Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba,
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Área de concentração: Processo Penal

Orientador: Prof. Me. Marcelo D'Angelo Lara

**CAMPINA GRANDE/PB
2016**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

A474c Alves, Gutemberg Ferreira.
Considerações sobre a atuação probatória do juiz na
persecução penal à luz da constituição [manuscrito] / Gutemberg
Ferreira Alves. - 2016.
24 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2016.
*Orientação: Prof. Me. Marcelo D'angelo Lara, Departamento
de Direito Público*.

1. Processo Penal. 2. Modelos Processuais Penais. 3.
Princípios Constitucionais. I. Título.

21. ed. CDD 345.05

GUTEMBERG FERREIRA ALVES

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO PROBATÓRIA DO JUIZ NA PERSECUÇÃO
PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Área de concentração: Processo Penal.

Aprovado em: 31/10/2016

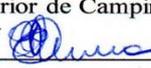
BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Marcelo D'Angelo Lara (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profa. Me. Denise Cristina Ferreira
União de Ensino Superior de Campina Grande (UNESC)



Profa. Me. Elis Formiga Lucena
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	3
2 SISTEMAS PROCESSUAIS	4
2.1 Sistema Acusatório	5
2.2 Sistema Inquisitivo	6
2.3 Sistema Misto	7
2.4 Sistema processual adotado pelo ordenamento brasileiro	7
3 PERSECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO LEGAL BRASILEIRO	9
3.1 Princípios relacionados à persecução penal	10
3.1.1 Princípio da Presunção de Inocência	10
3.1.2 Princípio da Imparcialidade	11
3.1.3 Princípio do Contraditório	13
3.1.4 Princípio da Ampla Defesa	14
4 ANÁLISE DA PROVA NO PROCESSO PENAL	15
4.1 Conceito e objeto da prova	15
4.1.1 Ônus da Prova	17
5 A INADEQUADA ATUAÇÃO PROBATÓRIA DO JUIZ NA PERSECUÇÃO	18
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	22
REFERÊNCIAS	23

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO PROBATÓRIA DO JUIZ NA PERSECUÇÃO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Gutemberg Ferreira Alves

RESUMO

Em resposta à ocorrência de um fato criminoso, o Estado possui um papel de destaque, uma vez que este detém o monopólio do direito de punir. Uma vez transgredido o ordenamento pelo cidadão com a prática de infrações penais, surge para o Estado o *ius puniendi*. Para este ser aplicado faz-se necessário que se respeite regrativas preestabelecidas. As quais se encontram nos sistemas processuais penais. O modelo adotado pela Constituição Federal de 1988 é o sistema acusatório. No qual a respeito ao princípio da imparcialidade, e aos direitos fundamentais do cidadão. Não obstante, o Código de Processo Penal, que tem feições autoritárias, em várias de suas passagens, adota o sistema inquisitório, o qual não respeita o princípio da imparcialidade, tendo em vista que garante ao juiz ter uma ampla iniciativa probatória. Observa-se, então, uma incompatibilidade lógica em se ter adoção de dois sistemas antagônicos dentro do mesmo ordenamento jurídico. Ao juiz não pode ser dada uma ampla iniciativa probatória, pois o ônus da prova é incumbência das partes. O presente trabalho por meio de pesquisas bibliográficas, na doutrina pátria, na jurisprudência e no ordenamento jurídico, irá demonstrar qual o cenário atual na persecução, tendo o juiz uma ampla iniciativa na formação do manancial probatório. Mostrando que deve ser feita uma releitura do Código de Processo Penal à luz da Constituição Cidadã.

Palavras-chave: Persecução penal; Modelos processuais penais; Princípios constitucionais no Processo Penal; releitura do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal de 1988.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade moderna vivencia um gravíssimo problema social, o aumento da criminalidade. O Estado como detentor do monopólio do direito de punir protagoniza o combate a tal fato.

A vida em sociedade é cercada por regras, e quando estas não são respeitadas surge a necessidade de recomposição da ordem. Alguns cidadãos em desrespeito a tais regrativas praticam infrações penais. Surgindo para o Estado o *ius puniendi*, este para ser aplicado depende de uma sistemática preestabelecida. Desse raciocínio foram desenvolvidos os sistemas processuais, sendo os principais, o sistema acusatório, o sistema inquisitório e o sistema misto.

O ordenamento processual penal brasileiro, quando da edição do Código de Processo Penal, em 1941, inclinou-se para adoção do sistema inquisitório. Isso porque, em várias passagens do diploma legal, ele confere amplos poderes ao juiz na persecução penal. Tendo inclusive uma ampla iniciativa na produção da prova.

Lado outro, a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema acusatório. Como norte a ser seguido na persecução penal. Neste há, em apertada síntese, a separação das funções de acusar, defender e julgar. Mantendo-se o juiz equidistante das partes, e da produção probatória, durante toda a marcha processual. Com o fim de respeitar os princípios do contraditório, da ampla defesa, bem como julgar a demanda com a tão esperada imparcialidade. Ressalte-se que neste sistema o juiz não vai em busca da prova, ou seja, não lhe é conferida uma ampla iniciativa probatória, como faz o sistema inquisitório. E isso se dá por uma razão lógica, quando o juiz busca a prova, ele fica psicologicamente a ela ligado, não guardando imparcialidade no julgamento do feito.

Hodiernamente, se tem um Código de Processo Penal, com feições autoritárias, com vários traços de um sistema inquisitório. Em que se confere ao juiz uma ampla iniciativa probatória, fazendo com que se tenha julgamentos em desrespeito ao princípio da imparcialidade. E de outro lado, a Constituição Federal, adotando um sistema que garante os direitos fundamentais do cidadão, em especial, o respeito ao contraditório e a um julgamento imparcial.

Chega-se então a questão central dessa obra. Há uma incompatibilidade lógica em se ter adoção de dois sistemas antagônicos dentro do mesmo ordenamento jurídico. Ao juiz não pode ser dada uma ampla iniciativa probatória, pois o ônus da prova é incumbência das partes. Juiz que busca prova fere de morte o sistema acusatório, e afronta, veementemente, a Constituição. O fato de se ter uma criminalidade em níveis alarmantes, não fundamenta um juiz justiceiro.

O presente artigo mostra esse quadro insustentável do ordenamento processual. Ter julgamentos imparciais, como consequência de se ter um juiz com ampla iniciativa probatória.

Diante disso deve-se ter uma releitura do Código de Processo Penal à luz da Constituição. E os dispositivos originários, que garantem um amplo poder probatório ao juiz, serem declarados, como não recepcionados pela Carta maior, e os que advieram de reformas pontuais como, por exemplo, os incisos I e II do art. 156, julgados inconstitucionais.

A metodologia utilizada para desenvolver este artigo, teve por base uma pesquisa bibliográfica da legislação constitucional, da legislação infraconstitucional, assim como da doutrina pátria e jurisprudência dos tribunais superiores.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS

A vivência em sociedade é marcada por conflitos, alguns cidadãos se comportam de forma indesejada afetando a convivência harmônica. Diante disso, o direito serve como ferramenta útil para trazer estabilidade a tal quadro. Alguns desses comportamentos são graves, chegando a ameaçar o corpo social e para combatê-los faz-se necessária uma resposta estatal rigorosa. Entra em cena o Direito Penal, conhecido por ter sanções que incidem de forma drástica na esfera de liberdade do homem, chegando-se a privá-lo por anos de sua liberdade ambulatorial.

Encontra-se uma solução para os comportamentos desviados por meio do direito penal. Entretanto, para este ser aplicado necessita-se de um sistema preestabelecido.

Desse contexto, surgiram os sistemas processuais penais. Estes consistem segundo as lições de Rangel (2005, p. 45): “conjunto de princípios e regras de um determinado momento histórico, estabelece as diretrizes para a aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

Da antiguidade aos tempos modernos, três principais sistemas processuais se desenvolveram, a saber: o sistema acusatório, o sistema inquisitivo e o sistema misto.

2.1 Sistema Acusatório

O sistema acusatório vigorou por quase toda a antiguidade grega e romana, tendo seu declínio no século XIII, com o fortalecimento da igreja católica, e adoção do sistema inquisitório.

Tem como principal característica a separação das funções de acusar, defender e julgar. Com a divisão das funções, observa-se nesse sistema a formação de uma verdadeira relação processual, uma relação triangular, em que a base é constituída pelas partes processuais, a saber: o polo da acusação e o polo da defesa, e acima desses, numa posição de supra partes, está o juiz, que assume um papel imparcial na resolução da demanda que lhe é apresentada, respeitando a máxima do *ne procedat iudex ex officio*.

Diante do quadro adotado por tal sistema, os direitos fundamentais do cidadão transgressor do sistema são respeitados, dentre os mais importantes, pode-se citar o respeito ao contraditório, à ampla defesa, e ao devido processo legal.

Resumindo com poucas palavras o contexto do sistema acusatório, ensinam com maestria Nestor Távora e Alencar:

O sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou

nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado. Nota-se que o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a *gestão de prova*, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor. (NESTOR E ALENCAR, 2013 p.41)

Outro ponto marcante nesse sistema, relaciona-se a produção probatória. Isso porque, no sistema acusatório, a iniciativa probatória pertence às partes, que irão fazer uma reconstrução cognitiva a fim de convencer o juiz da tese sustentada. O juiz se mantém como garantidor das regras do jogo, o processo. Garantindo os direitos fundamentais do cidadão e aguardando que as teses lhe sejam apresentadas, através das provas produzidas com respeito ao princípio do contraditório, e profira sua decisão de forma fundamentada e pública.

Ensina Avena (2011, p.10): “Quanto à produção probatória, é de incumbência das partes, descabendo ao juiz substituir-se a elas no intuito de buscar a comprovação de fatos que, apesar de articulados, não tenham sido demonstrados pelos interessados. ”

2.2 Sistema Inquisitivo

Esse sistema foi adotado a partir do século XIII, e perdurou por muitos anos na Europa. Nele as funções atribuídas às partes na relação processual, quais sejam: acusação, defesa e julgamento, estão concentradas nas mãos de um só ator, a saber, o juiz inquisidor.

De acordo com Renato Brasileiro:

Adotado pelo direito canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. Tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor. (BRASILEIRO, 2015, p.39).

Uma vez que todas as funções estão reunidas em uma só pessoa, a essência do processo, de ser uma relação dialética, encontra-se comprometida. Percebe-se claramente que esse sistema viola os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Não é outra a lição de Nestor Távora e Alencar:

O princípio inquisitivo é caracterizado pela inexistência de contraditório e de ampla defesa, com concentração das funções de acusar, defender e julgar em uma figura única (juiz). O procedimento é escrito e sigiloso, com o início da persecução, produção da prova e prolação de decisão pelo magistrado. (NESTOR E ALENCAR, 2013, p.40).

No Sistema inquisitório o juiz tem ampla liberdade probatória, pois é ele quem acusa e julga o cidadão transgressor.

Durante muito tempo, amparado pelas bases desse sistema buscou-se a sonhada verdade real, e para obtê-la chegava-se ao extremo de torturar o cidadão para que ele confessasse a prática do crime, numa clara violação dos direitos humanos.

2.3 Sistema Misto

O sistema misto surge com *Code d'Instruction Criminelle francês*, de 1808. Em apertada síntese, ele é a junção dos sistemas inquisitivos e acusatório, uma vez que é dividido em duas fases, a primeira consiste em uma instrução preliminar, secreta e escrita, dirigida pelo juiz instrutor, com ausência de contraditório, e outra judicial, em que são asseguradas as garantias processuais do cidadão, nesta fase o juiz decide a demanda.

Lecionam Nestor Távora e Alencar:

O sistema misto tem raízes na Revolução Francesa, conjunto de movimentos político-sociais cujos ideais se disseminaram pela Europa continental, e possui, como marco legal, o *Code d'Instruction criminelle* francês de 1808. Caracteriza-se por uma *instrução preliminar*, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, no intuito da colheita de provas, e por uma fase *contraditória (judicial)* em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes. (NESTOR E ALENCAR, 2013, p.42).

O sistema misto não se compatibiliza com a Carta Maior, tendo em vista que se tem a primeira fase presidida pelo juiz, o que se mostra inaceitável. Pois, o juiz deve se manter distante dessa etapa da persecução, na qual se tem como objetivo verificar a materialidade e indícios de autoria, para não se ligar ao pleito acusatório.

2.4 Sistema processual adotado pelo ordenamento brasileiro

O Código de Processo Penal em várias de suas passagens demonstra uma afeição ao sistema inquisitivo, como por exemplo ao dispor que o magistrado possui poderes para

requisitar que a autoridade policial instaure inquérito, como também pode determinar a produção probatória de ofício, entre outros. Contudo, a Constituição Federal de 1988 é estruturada por meio de uma principiologia garantista, adotando máximas com a presunção de inocência, respeito ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa. Além disso, confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, depreendendo-se, portanto, que adotou o sistema acusatório.

A doutrina majoritária pátria, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, posicionam-se no sentido de que o ordenamento processual penal adotou o sistema acusatório.

Não é outra a lição de Nestor Távora e Alencar:

O sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com o modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. (NESTOR E ALENCAR, 2013, p.41).

Outrossim, os tribunais superiores adotam claramente o sistema acusatório. O Supremo no Habeas Corpus 115015 SP dispôs:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830 /2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA. 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830 /2013. 2. Ordem concedida.

O Superior Tribunal de Justiça no REsp 1379140 SC demonstra a adoção por tal sistema:

Ementa: RECURSO ESPECIAL. PENAL. SUSPEIÇÃO. ART. 254 DO CPP. MAGISTRADO QUE REALIZA CITAÇÃO E INTIMAÇÃO DE PARTE EM PROCESSO ADMINISTRATIVO. ATOS ORDINATÓRIOS REALIZADOS EM CUMPRIMENTO DE ORDENS EMANADAS DE AUTORIDADE JUDICIÁRIA HIERARQUICAMENTE SUPERIOR. SISTEMA ACUSATÓRIO. IMPARCIALIDADE DO JUIZ. GARANTIA CONSTITUCIONAL PRESERVADA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O sistema acusatório elenca os princípios que servem, não somente para a elaboração das

normas processuais penais, mas, principalmente, para a aplicação das leis penais aos casos concretos, determinando ao magistrado o dever de observar tais princípios quando da prolação de sua decisão, sob pena de infringir todo o sistema jurídico e, em especial, a Constituição Federal.

3 PERSECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO LEGAL BRASILEIRO

No ordenamento processual penal brasileiro a *persecutio criminis* é dividida em duas etapas. Uma fase pré-processual, preliminar, em que o principal objetivo é a investigação acerca da autoria e materialidade de um crime perpetrado no seio da sociedade. O modelo adotado pelo Brasil de investigação preliminar é o policial, no qual é conferido a polícia judiciária, sob a presidência de delegados de polícia a atribuição de investigar infrações penais, isso é o que se depreende da redação do art. 144, § 4º, da Constituição Federal: “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”

Os delegados de polícia no desempenho de suas funções confeccionam o inquérito policial, que tem como principal funcionalidade a apuração acerca da autoria e materialidade das infrações penais, colhendo elementos de informação a fim de formar a *opinio delicti* do titular da ação penal, ou seja, convencer o legitimado de oferecer a ação penal que ocorreu a infração penal, e há indícios veementes de sua autoria.

Faz-se necessário trazer à baila o conceito de inquérito policial.

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo. (BRASILEIRO, 2015, p.109).

Preleciona Vicente Greco Filho:

O inquérito policial é uma peça escrita, preparatória da ação penal, de natureza inquisitiva. Sua finalidade é a investigação a respeito da existência do fato criminoso e da autoria. Não é uma condição ou pré-requisito para o exercício da ação penal, tanto que pode ser substituído por outras peças de informação, desde que suficientes para sustentar a acusação. (FILHO, 2012, p.132).

Durante essa fase, seguindo os ditames do sistema acusatório, deve o juiz salvaguardar os direitos do cidadão investigado, limitando-se a atuar apenas quando

provocado. Dessa forma, deve manter-se o mais distante, para não se ligar psicologicamente ao pleito acusatório, preservando assim a sua imparcialidade.

A segunda fase da persecução inicia-se com o recebimento da peça acusatória pelo magistrado, seja a denúncia nos crimes de ação penal pública, ou queixa nos crimes de ação penal pública de iniciativa privada.

Em apertada síntese, desenvolve-se nesse momento a instrução criminal, presidida pelo magistrado, em que as partes produzem o material probante, com respeito ao princípio do contraditório, realizando uma reconstrução fática, com o fim de convencer o julgador da tese sustentada, seja ela acusatória ou defensiva.

Encerra-se a instrução com a decisão proferida pelo magistrado, com observância rigorosa à exigência constitucional de uma clara fundamentação motivada.

3.1 Princípios relacionados à persecução penal

A Constituição da República está no vértice do sistema, e serve como parâmetro de validade de toda a legislação infraconstitucional.

Os princípios são mandados de otimização com força normativa que funda todos os sistemas, e que com o ordenamento processual penal não é diferente. Princípios como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, imparcialidade, juiz natural, dignidade da pessoa humana, se mostram como os pilares do ordenamento processual.

3.1.1 Princípio da Presunção de Inocência

Em um Estado Democrático de Direito tem-se o princípio da presunção de inocência, ou como alguns preferem intitulá-lo princípio da não culpabilidade, como um dos principais vetores da persecução penal. Extrai-se claramente da redação do Art. 5º, LVII, da Constituição Federal, que o cidadão só será considerado culpado após transitar em julgado a sentença penal condenatória, leia-se, quando da decisão já não seja possível se interpor recurso.

Evidencia-se a importância desse princípio pela sua consagração em inúmeros diplomas internacionais, dentre eles: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que o previu em seu art. 9º. Também está previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, em seu art.1.1.1, que dispõe: "toda pessoa acusada de delito tem direito a

que se presume sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa". Bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92 - art. 8º, § 2º): "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presume sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Depreende-se desse princípio duas regras fundamentais, quais sejam, a regra probatória, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de provar a culpa do réu, e não este de provar que é inocente. E a regra de tratamento, com base nesta, nenhum cidadão pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Não é outra a lição de Renato Brasileiro:

Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Em outras palavras, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória. (BRASILEIRO, 2015, p.44).

No que atine a regra de tratamento preleciona Renato Brasileiro

A privação cautelar da liberdade, sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, somente se justifica em hipóteses estritas, ou seja, a regra é responder o processo penal em liberdade, a exceção é estar preso no curso do processo. São manifestações claras desta regra de tratamento a vedação de prisões processuais automáticas ou obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sanção penal. Portanto, por força da regra de tratamento oriunda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado. (BRASILEIRO, 2015, p.45).

Durante a persecução, em regra, deve o cidadão permanecer em liberdade, pois só será privado dela, após a comprovação da sua culpa.

3.1.2 Princípio da Imparcialidade

Em uma relação processual o magistrado não pode ter vínculos subjetivos com as partes, como também, não pode se ligar psicologicamente ao pleito das partes. Deve conduzir a marcha processual com isenção, para ao final da instrução poder julgar com imparcialidade.

Como decorrência desse princípio a Constituição Cidadã prevê a vedação aos tribunais de exceção, e que o indivíduo tem direito a ser julgado por uma autoridade competente. Em seu art. 95 traz garantias funcionais aos magistrados para preservar sua imparcialidade, tais como: irredutibilidade de subsídios, inamovibilidade e vitaliciedade.

Não é outra a lição de Alexandre Cebrian e Victor Gonçalves:

Não existe artigo expresso na Constituição dizendo que o juiz deve ser imparcial já que isso seria redundante, pois a própria função de magistrado tem, na imparcialidade, a sua essência, a sua razão de existir. O que se encontra no texto constitucional são garantias aos membros do Poder Judiciário para lhes assegurar a imparcialidade (vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios) — art. 95, *caput*, da CF — e a vedação a juízes e tribunais de exceção art.5º,XXXVII. (REIS e GONÇALVES, 2012, p.83).

Essas garantias asseguram maior independência funcional ao magistrado, uma vez que estando livre da pressão dos detentores de poder, que o utilizam em favor de interesses pessoais, pode julgar com imparcialidade.

O Código de Processo Penal dispõe no art. 252 as hipóteses de impedimento, e no art.254 as hipóteses de suspeição. Esses dispositivos possuem a finalidade de assegurar a imparcialidade do juiz. Com tais previsões, percebe-se que o legislador infraconstitucional se preocupou com essa matéria tão delicada.

Em determinados casos, a lei presume a parcialidade do magistrado, impondo-lhe que se afaste da causa. Tal ocorre nas situações de impedimento e suspeição. As causas de impedimento, também consideradas como ensejadoras da *incapacidade objetiva do Juiz*, encontram-se arroladas no art. 252 do Código de Processo Penal. Trata-se de situações específicas e determinadas, que impõem a presunção absoluta (*jure et jure*) de parcialidade. Já as causas de suspeição, rotuladas também como motivos de *incapacidade subjetiva do juiz*, estão previstas no art. 254 do Código de Processo Penal. (AVENA, 2011, P.39).

Ensinam Nestor Távora e Alencar com maestria:

A imparcialidade denominada por alguns de "alheabilidade" é entendida como característica essencial do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar o afastamento necessário para conduzi-lo com isenção. Trata-se de decorrência imediata da CF/88, que veda o juízo ou tribunal

de exceção (art. 5º, XXXVII) e garante que o processo e a sentença sejam conduzidos pela autoridade competente (art. 5º, LIII), representando exigência indeclinável no Estado Democrático de Direito. (NESTOR E ALENCAR, 2013, p.56).

No modelo acusatório o juiz se mantém equidistante das partes, e se limita a salvaguardar os direitos fundamentais do cidadão na persecução. Bem como, não vai em busca da prova para formar seu convencimento, isso porque, esta é uma função das partes. O juiz que busca a prova fica ligado psicologicamente a ela, e criará uma barreira à tese oposta apresentada. Julgando ao final a causa com parcialidade. Algo inadmissível em um Estado Democrático de Direito.

3.1.3 Princípio do Contraditório

A Constituição Federal erigiu, de forma expressa, o direito ao contraditório como sendo um direito fundamental do cidadão.

Entende-se esse princípio, em apertada síntese, como a soma do direito de reação e o direito de estar presente aos atos processuais. Deve-se entender esse direito de reação não em sua acepção formal, e sim de forma ampla, garantindo-se uma verdadeira paridade de armas às partes. E sabendo que o cidadão é a parte hipossuficiente na relação processual, deve ser dado a ele as condições necessárias a exercer, verdadeiramente, o contraditório.

Nesse sentido é a lição de Ensina Pacelli de Oliveira (2012, p. 42): “o contraditório deve garantir ao acusado não somente o direito de participação no processo, mas também de realizar os atos na mesma intensidade e extensão”.

O contraditório é de fundamental importância ao desenrolar da relação processual. A uma, porque a partir do momento em que o ordenamento assegura o direito ao contraditório, em seu viés de direito de reação, forma-se o verdadeiro processo dialético. A dois, porque as partes terão as mesmas ferramentas à disposição para confirmar suas teses, e convencer o magistrado.

Renato Brasileiro com precisão ensina:

Notadamente no âmbito processual penal, não basta assegurar ao acusado apenas o direito à informação e à reação em um plano formal, tal qual acontece no processo civil. Estando em discussão a liberdade de locomoção, ainda que o acusado não tenha interesse em oferecer reação à pretensão acusatória, o próprio ordenamento jurídico impõe a obrigatoriedade de assistência técnica de um defensor. Nesse contexto, dispõe o art. 26 1 do CPP que nenhum

acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. E não se deve contentar com uma atuação meramente formal desse defensor. (BRASILEIRO, 2015, p.49).

No que atine a formação da prova, preconiza o Código de Processo Penal que ela deve ser produzida com respeito ao contraditório. Isso se dá pelo fato de, em respeito ao direito de reação, a parte contrária combater eventual afirmação inverídica no momento da formação da prova.

3.1.4 Princípio da Ampla Defesa

O constituinte originário consagrou o direito à ampla defesa, como um direito fundamental do cidadão, não podendo ser afastado mesmo com aquiescência de seu titular.

O direito à ampla defesa é visto sob dois enfoques, a saber: ter o cidadão o direito de se defender pessoalmente das imputações a ele impostas, ou seja, o direito à autodefesa; e o direito a uma defesa técnica, que será realizada por um profissional legalmente habilitado pela Ordem dos Advogados.

O indivíduo pode abrir mão da autodefesa, ou seja, pode ele não querer apresentar sua defesa pessoalmente. Não obstante, no que tange à defesa técnica, esta é obrigatória. E sua não observância gera uma gravíssima consequência, qual seja, a nulidade absoluta dos atos. Isso é o que dispõe o verbete sumular nº 523 do STF “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu.”

Lecionam Nestor Távora e Alencar:

A defesa pode ser subdividida em defesa técnica (efetuada por profissional habilitado) e autodefesa (realizada pelo próprio imputado). A primeira é sempre obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio. A autodefesa comporta também subdivisão, representada pelo direito de audiência, "oportunidade de influir na defesa por intermédio do interrogatório", e no direito de presença, "consistente na possibilidade de o réu tomar posição, a todo momento, sobre o material produzido, sendo-lhe garantida a imediação com o defensor, o juiz e as provas". (NESTOR E ALENCAR, 2013, p.59).

Igualmente ao contraditório, o direito a uma ampla defesa deve ser substancial, e não meramente formal. Ou seja, o Estado deve garantir tal direito fundamental do cidadão, e caso perceba que o profissional que patrocina o reo não produza uma defesa eficaz, seja relapso em

sua formação, irá declarar que o cidadão teve uma defesa precária, e por via de consequência, considerada nula.

4 ANÁLISE DA PROVA NO PROCESSO PENAL

O destinatário da prova no processo é o juiz, uma vez que este irá julgar a demanda a ele apresentada. Para que o magistrado possa proferir uma decisão faz-se necessário que tome conhecimento do que aconteceu.

Quando há a prática de uma infração penal surge a persecução penal. E para que o juiz depois de provocado possa proferir uma decisão, é necessário que as partes façam uma reconstrução fática acerca do que aconteceu.

Em poucas palavras Nestor Távora e Alencar mostram como se dá a dinâmica da prova na *persecutio*:

O processo, na visão do ideal, objetiva fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos para que se possa extrair as respectivas consequências em face daquilo que ficar demonstrado. O convencimento do julgador é o anseio das partes que litigam em juízo, que procurarão fazê-lo por intermédio do manancial probatório carreado aos autos. Esta é a fase da instrução processual, onde se utilizam os elementos disponíveis para descortinar a "verdade" do que se alega, na busca de um provimento judicial favorável. A demonstração da verdade dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo. (NESTOR E ALENCAR, 2013, p.388).

Por todo o exposto, resta evidenciado que a finalidade da prova no processo é o convencimento do magistrado.

4.1 Conceito e objeto da prova

Acerca do conceito de prova para Edilson Mougenot Bonfim (2012, p.251): “a prova é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional”. Depreende-se do conceito apresentado pelo renomado autor, que a prova é o

veículo utilizado pelas partes para dirigir informações acerca da infração penal, afim de se obter um provimento jurisdicional.

Dispõe Renato Brasileiro:

Prova como atividade probatória: consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento. Nesse sentido, identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa. (BRASILEIRO, 2015, p.571).

A temática relacionada à prova mostra-se como uma das mais importantes dentro do processo, pois sem uma produção de prova fidedigna não poderia o juiz exercer a prestação jurisdicional, tendo em vista que não teria como decidir algo, a respeito do qual não tinha conhecimento.

A importância da prova é de tal monta, que preleciona Fernando Capez:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto. (CAPEZ, 2012, p.360).

No que atine ao objeto de prova, em princípio, consiste nos fatos relevantes ao deslinde do ato. Leciona Norberto Avena (2011, p.468): “Por objeto da prova compreendem-se os fatos que, influenciando na apuração da existência ou inexistência de responsabilidade penal, são capazes de gerar dúvida no magistrado, exigindo, por isso mesmo, a devida comprovação.”

Sobre o tema objeto da prova doutrina Renato Brasileiro:

Costuma-se dizer que o objeto da prova são os fatos que interessam à solução de uma controvérsia submetida à apreciação judicial. A nosso ver, contudo, o objeto da prova não são os fatos, pois jamais será possível se atingir a reconstrução integral do que efetivamente ocorreu. Na verdade, o objeto da prova é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo. São as asserções feitas pelas partes que interessam à solução de controvérsia submetida à apreciação judicial. (BRASILEIRO, 2015, p.582).

O objeto da prova nada mais é do que as afirmações a respeito da infração penal praticada. Tais como autoria, materialidade, bem como as circunstâncias que levaram o autor

a praticar tal fato. Asserções estas que dão conhecimento ao juiz do que ocorreu, formando sua convicção para proferir uma decisão.

4.1.1 Ônus da Prova

O ônus da prova não é encarado como uma obrigação, mas como um encargo que recai sobre as partes de provar a veracidade das afirmações por elas formuladas ao longo do processo.

Lecionam Nestor Távora e Alencar:

O ônus da prova é o encargo atribuído à parte de provar aquilo que alega. A demonstração probatória é uma faculdade, assumindo a parte omissa as consequências de sua inatividade, facilitando a atividade judicial no momento da decisão, já que aquele que não foi exitoso em provar, possivelmente não terá reconhecido o direito pretendido. (NESTOR E ALENCAR, 2013, p.405).

Diante do que expuseram os autores, percebe-se que não será sancionada a parte que não cumprir seu ônus probatório, o que haverá é perda da chance de convencer o magistrado da tese apresentada.

No mesmo sentido são as lições de Renato Brasileiro:

Os ônus representam um imperativo do próprio interesse, estando situados no campo da liberdade. Ainda que haja seu descumprimento, não haverá qualquer ilicitude, pois o cumprimento do ônus interessa ao próprio sujeito onerado. A título de exemplo, é exatamente o que acontece com a possibilidade de se recorrer contra uma decisão adversa. Diante de uma situação de sucumbência, a parte não se vê obrigada a recorrer, na medida em que o recurso tem como característica fundamental a voluntariedade. (BRASILEIRO, 2015, p.592).

Questão controvertida na doutrina pátria reside na distribuição do ônus da prova. A doutrina majoritária, a exemplo de Norberto Avena (2011), estabelece que o ônus de provar deve ser dividido entre os polos ativo e passivo da demanda.

Nessa divisão incumbiria à acusação provar a existência do fato típico; autoria e participação; existência do nexos de causalidade e o dolo e culpa.

Lado outro, a defesa deveria provar eventuais excludentes de ilicitude, culpabilidade, causas extintivas da punibilidade. Bem como algum álibi.

Apesar de prevalecer essa corrente, não se mostra ideal num Estado Democrático de Direito, no qual vigora o sistema acusatório, ter a defesa o ônus de provar algo. Tendo em

vista que neste sistema reina o princípio da presunção de inocência, que considera o cidadão inocente até que se comprove legalmente sua culpa. Diante disso cabe à acusação o ônus de provar a culpabilidade do cidadão transgressor, e não este comprovar que não é culpado.

Com maestria a respeito do tema prelecionam Nestor Távora e Alencar:

É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor réu. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. A balança pende em prol deste, já que o art. 386 do CPP, nos incisos II, V e VII, indica que a debilidade probatória implica na absolvição. (NESTOR E ALENCAR, 2013, p.405).

Evidencia-se que o ônus da prova recai sobre as partes, e não sobre o magistrado, como quer o sistema inquisitivo. Em homenagem aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade deve o juiz se manter alheado da formação do manancial probatório.

5 A INADEQUADA ATUAÇÃO PROBATÓRIA DO JUIZ NA PERSECUÇÃO

O Código de Processo Penal brasileiro foi editado pelo Decreto-Lei presidencial nº 3.689 de três de outubro de 1941, sob a égide da Constituição de 1937 outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, com inspiração no regime Fascista.

Por possuir um berço autoritário, o Código de Processo Penal teve enorme influência do sistema inquisitório. Em várias passagens o diploma legal confere ao juiz ter uma ampla atuação na formação da prova. Muitos deles asseguram ao juiz proceder a diligências probatórias mesmo sem provocação das partes, dentre eles os artigos 168, 196, 209, 234 e 242.

Merece destaque o art. 156 do Código de Processo Penal. Para uma melhor análise faz-se necessário citar sua redação:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

O que mais impressiona neste artigo é que em sua redação originária não havia a previsão do inciso I. Sua redação antes da reforma operada pela lei nº 11.690 de 2008 dispunha: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Percebe-se com essa nova previsão que, hodiernamente, o legislador ignora os preceitos da Constituição Feral de 1988, uma vez que essa adotou o sistema acusatório. A legislação infraconstitucional destoa de texto superior ao conferir ao juiz uma ampla atuação na produção probatória.

É cediço que o ônus da prova é incumbência das partes processuais, e não do magistrado. Este na persecução penal deve ficar alheio à produção probatória, pois deve manter sua imparcialidade. Uma vez que vai em busca da prova, liga-se psicologicamente a ela, e assim fatalmente abandona a tão esperada imparcialidade.

Além disso, quando o juiz determina a produção probatória de ofício desequilibra a relação processual. Este deve garantir a paridade de armas na persecução penal, em homenagem ao princípio do contraditório, e não munir uma das partes com mais armas.

Não é outra a análise desse art. 156, I do Código de Processo Penal, senão pela sua patente inconstitucionalidade, diante da afronta ao sistema adotado pela Constituição Cidadã, a saber, o sistema acusatório.

Sobre a problemática do art. 156, I, do diploma processual preleciona Norberto Avena:

O primeiro aspecto a ser examinado nesta faculdade conferida ao julgador respeita à sua constitucionalidade, visto que a Carta Republicana de 1988 adotou o sistema acusatório, que se caracteriza pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar e se rege pela imparcialidade do magistrado, relegando à polícia judiciária a atividade investigatória sob o controle externo do Ministério Público. Ora, a despeito de o art. 156. I, condicionar a atuação do juiz a urgência e relevância das provas a serem antecipadas, bem como a necessidade, adequação e proporcionalidade da providência ordenada, a interpretação literal do dispositivo parece importar em deslocar-se o magistrado da sua função de julgador para o papel de investigador ou acusador, em ofensa à Constituição Federal. (AVENA, 2011, P.480)

Caminhando no mesmo sentido doutrinam Gloeckner e Lopes Júnior:

A atuação do juiz na fase pré-processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP, etc) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como

controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. Nesse sentido, além de ser uma exigência do garantismo, é também a posição mais adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal. (GLOECKNER e LOPES JR, 2014, p.259)

Sabe-se que a Carta Maior adotou o sistema acusatório, como modelo a ser adotado pelo ordenamento processual penal brasileiro, norteando o desenrolar de toda a persecução penal. Não é demais lembrar os pontos de destaque deste sistema.

O sistema acusatório, em síntese, funda-se na separação das funções de acusar, defender e julgar. Bem como, confere às partes a produção probatória, a fim de se chegar a um nível de reconhecimento ideal dos fatos para o juiz proferir uma decisão.

Nesse modelo o juiz deve ficar equidistante das partes durante a persecução, garantido as regras do jogo, bem assim salvaguardando os direitos fundamentais do cidadão. Para resguardar sua imparcialidade, e ao final proferir uma decisão com base na prova produzida em respeito ao princípio do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, dentre outros.

Não obstante, não é esse o cenário atual, uma vez que a persecução é regulada pelo Código de Processo Penal, que garante ao magistrado uma ampla iniciativa probatória. Observa-se, então, a nítida feição de um sistema inquisitório.

Caso o juiz tenha dúvida acerca da culpabilidade do acusado, pelo fato da acusação não conseguir produzir provas eficientes para demonstrar ao nível de certeza a culpa do cidadão, deve o magistrado observar os ditames do princípio da presunção de inocência, no que tange ao *in dubio pro reo*, e absolvê-lo, e não produzir prova para dirimir qualquer dúvida.

Diante disso a disposição inserta no inciso II do art.156 do Código de Processo Penal é flagrantemente contrário ao sistema acusatório, e conseqüentemente à Constituição Federal. Para um melhor exame faz-se necessário a citação do dispositivo. “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Essa atuação do juiz na formação do manancial probatório para dirimir dúvidas pessoais para o julgamento da causa, tem inspiração na utópica busca de verdade real. Não se constrói uma verdade absoluta sobre um contexto histórico criminoso. E essa busca da

verdade real presente nos dias atuais, já foi fundamento das mais famigeradas barbáries contra o cidadão, chegando-se ao extremo de se ter a tortura como um meio legal para a reconstrução de uma sonhada verdade.

Sobre o tema, doutrina de Eugênio Pacelli de Oliveira:

O aludido princípio, batizado como da verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a *par conditio* (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, impedem-no. (OLIVEIRA, 2011, p.333)

Ante o exposto, evidencia-se uma incompatibilidade lógica no ordenamento processual penal brasileiro. Isso porque, o Código de Processo Penal de feição autoritária, insiste nos dias atuais adotar, ainda que de forma pontual, o sistema inquisitório.

Noutra quadra, encontra-se a Constituição Federal de 1988 que adotou o sistema acusatório.

Diante desse quadro, não há outra alternativa senão fazer uma releitura do diploma processual penal, compatibilizando-o com a Carta Maior. Conforme o princípio da supremacia constitucional, esta é dotada de força vinculante, devendo a legislação infraconstitucional deve respeitar os seus ditames.

Quando se fala em releitura, não está a indicar uma interpretação conforme a constituição, e sim declarar as normas originárias do Código de Processo Penal não recepcionadas, ou seja, revogadas, devendo ser retiradas do ordenamento jurídico através de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Já as normas editadas por meio de reformas, a exemplo do art.156, I e II, do referido diploma, devem ter declarada sua inconstitucionalidade através de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI).

Veja-se a visão do renomado autor Eugênio Pacelli de Oliveira sobre a temática:

Não é o caso, contudo, da nova redação do art. 156, I, CPP, dada pela Lei no 11.690/08, ao prever que poderá o juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. O retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. A inconstitucionalidade da novidade é patente. (OLIVEIRA, 2011, p.336).

É cediço que no sistema acusatório deve o juiz não protagonizar na formação da prova, tendo em vista que é o destinatário final. E as partes terão a incumbência de convencê-lo, e não ele buscar tal convicção. O juiz que segue a prova, desrespeitando o sistema não guarda imparcialidade no julgamento. E ao invés de ser considerado como um personagem que traz justiça à sociedade, se mostrará como um carrasco do cidadão, um justiceiro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento Processual Penal brasileiro fincou suas bases num contexto autoritário na década de 40. Depreende-se da análise de diversas passagens da referida codificação a adoção do sistema inquisitório. O qual confere ao magistrado uma ampla participação na formação do manancial probatório para resolução da *persecutio criminis*.

Hodiernamente, é inaceitável conviver com tal cenário, tendo em vista que em 1988 foi editada a Constituição da República Federativa do Brasil, que conforme todo exposto adotou o sistema acusatório como norte a ser seguido na persecução penal. Diante disso, deve o legislador, bem como os aplicadores do direito, em especial, os magistrados seguir os ditames preconizados pela Constituição, adotando de forma irrestrita o sistema acusatório. Sistema esse que respeita sobremaneira os direitos fundamentais do cidadão, preservando um de seus mais valiosos direitos, qual seja, a liberdade.

O sistema acusatório, diferentemente do inquisitório, confere às partes o ônus probatório. Devendo estas produzir as provas com respeito ao contraditório, em paridade de armas, com o fim de levar ao magistrado uma reconhecimento fática suficiente para convencê-lo do que realmente aconteceu e profira sua decisão, com a tão esperada imparcialidade.

No desenrolar da instrução probatória caso as partes e, principalmente, a acusação não consiga produzir provas suficientes para formar a convicção do juiz, deve este em respeito ao princípio da presunção de inocência, em sua faceta do *in dubio pro reo*, absolver o cidadão, uma vez que a dúvida milita em seu favor.

Aqui constitui-se um cenário adequado, diferentemente das disposições do diploma processual que garantem ao juiz buscar a prova, a fim de dirimir dúvidas, como preconizado nos incisos do art. 156. Estes devem ser declarados inconstitucionais por afronta à Carta Maior. Enquanto o Supremo Tribunal Federal não declarar a inconstitucionalidade de forma erga omnes e vinculante, os demais magistrados devem fazer o controle difuso de inconstitucionalidade, e negar aplicação a tais famigerados dispositivos.

No que tange aos demais dispositivos originários anteriores à Constituição Federal de 1988, que asseguram ao magistrado ter uma ampla iniciativa probatória, devem ser tidos por não recepcionados, ou seja, revogados. Com isso ter-se-á respeito aos mais essenciais direitos fundamentais do cidadão.

ABSTRACT

In modern society the rising crime is a social problem. In response to this fact, the State has an important role, since this holds the monopoly of the right to punish. Once transgressed ranking by the citizen with the practice of criminal infractions, to the State *the jus puniendi*, for this to be applied it is necessary to respect established regrativas. Which are procedural penal systems. The model adopted by the Federal Constitution of 1988 is the accusatory system. In which respect the principle of impartiality, and the fundamental rights of the citizen. Nevertheless, the code of criminal procedure, which is authoritarian, features in several of his passes, adopts the inquisitorial system, which does not respect the principle of impartiality, with a view to guaranteeing the judge have a broad evidentiary initiative. The present work through bibliographic research on the doctrine, jurisprudence and the legal system, will show what the current scenario in pursuit, having the judge a broad initiative on training the probative. Showing that must be made a rereading of the code of criminal procedure in the light of the Constitution a citizen.

Keywords: Criminal Persecution; Criminal procedural models; Constitutional principles in criminal proceedings; review of code of criminal procedure in the light of the Federal Constitution of 1988.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Noberto. **Processo Penal Esquematizado**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011. 1297 p.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1214 p.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 893 p.
- FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 739 p.
- JUSBRASIL, **jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca>>. Acessado em 10 de outubro de 2016.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Bahia: Jus Podivm, 2015. 1819 p.
- LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 551 p.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. 1398 p.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 956 p.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 702 p.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8ª ed. Bahia: Jus Podivm. 2013. 1385 p.