



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS CAMPINA GRANDE
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICANTE**

WÊNIO VASCONCELOS CATÃO

**A IMPARCIALIDADE NO SISTEMA ACUSATÓRIO DO PROCESSO PENAL EM FACE
DOS PRINCÍPIOS DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E DA BUSCA DA VERDADE**

**CAMPINA GRANDE
2016**

WÊNIO VASCONCELOS CATÃO**A IMPARCIALIDADE NO SISTEMA ACUSATÓRIO DO PROCESSO PENAL EM FACE
DOS PRINCÍPIOS DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E DA BUSCA DA VERDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prática judicante da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Prática judicante.

Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientador: Prof. Dr. Félix Araújo Neto.

CAMPINA GRANDE
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.

C346i Catão, Wênio Vasconcelos.

A imparcialidade no sistema acusatório do processo penal em face dos princípios da identidade física do juiz e da busca da verdade [manuscrito] / Wênio Vasconcelos Catão. - 2016.
65 p.

Digitado.

Monografia (Prática Judicante) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2016.

"Orientação: Prof. Dr. Felix Araújo Neto, Departamento de Direito".

1. Imparcialidade. 2. Processo Penal. 3. Imparcialidade do Julgador. I. Título.

21. ed. CDD 345.05

WÊNIO VASCONCELOS CATÃO

**A IMPARCIALIDADE NO SISTEMA ACUSATÓRIO DO PROCESSO
PENAL EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA IDENTIDADE FÍSICA DO
JUIZ E DA BUSCA DA VERDADE**

Monografia apresentada ao Curso de
Especialização em Prática Judicante da
Universidade Estadual da Paraíba em
cumprimento à exigência para obtenção do
grau de especialista.

Área de concentração: Direito Processual Penal

Aprovado em 27/04/16.



Prof. Dr. Félix Araújo Neto / UEPB
Orientador



Prof. Ms. Elys Formiga Lucena / UEPB
Examinador




Prof. Ms. Ely José Trindade / ESMA
Examinador

A minha família, pela dedicação, companheirismo e amizade, DEDICO os meus estudos dolorosos, porquê passei, noites a fio.

A minha noiva por toda compreensão, amizade e apoio oferecido durante a realização do curso DEDICO conquista desta especialização.

AGRADECIMENTOS

À Karyne Soares Duarte Silveira, coordenadora do curso de Especialização, por seu empenho.

Ao professor e juiz Euler de Moura Jansen por toda a compreensão, estímulo, paciência e discussões realizadas durante o curso de especialização, em suas aulas, e, máxime, por trazer a discussão à temática desta monografia da qual foi alvo de discussões pelos corredores da ESMA-PB.

Ao meu pai Egberto, e mãe Maria Helena, meus irmãos Elbert e Erick, e minha noiva Rayssa, pela compreensão por minha ausência nas reuniões familiares.

Aos professores do Curso de Especialização da UEPB, de forma geral, que contribuíram ao longo de trinta meses, por meio das disciplinas e debates, para o desenvolvimento desta pesquisa.

Aos funcionários da UEPB, Ana, Vera, e Ataídes, pela presteza e atendimento quando nos foi necessário.

Aos colegas de classe pelos momentos de amizade e apoio.

“Se você deseja ser um genuíno buscador da verdade, é necessário que, pelo menos uma vez na vida, duvide, tanto quanto possível, de todas as coisas.” (René Descartes)

RESUMO

O presente trabalho aborda os princípios da identidade física do juiz e da busca da verdade em face da garantia da imparcialidade no sistema acusatório do processo penal brasileiro. Busca-se responder a questão a qual gera divergências doutrinárias: os princípios da identidade física do juiz e da busca da verdade real, afetam a imparcialidade do órgão julgador acerca da demanda penal, perante o sistema acusatório? Trata-se de uma análise argumentativa, orientada pelo método dedutivo, acerca das consequências da adoção na Constituição Federal do sistema acusatório que carrega em seu bojo a imparcialidade do julgador, frente ao princípio da busca da verdade e a identidade física presente no Código de Processo Penal. Destarte, parte-se do elemento basilar do sistema processual que é a imparcialidade do julgador quando em cotejo com os princípios acima descritos. Nesse contexto, argumenta-se que o ônus probatório deve ficar em sua totalidade junto ao órgão acusador, e em hipótese alguma, o julgador deverá intrometer-se nessa obrigação, devendo em falta de provas ou dúvida julgar calcado no *in dubio pro réu*. A discussão do tema é salutar, já que é uma realidade prática efetivada ordinariamente pelo magistrado, a sua produção de prova. Conclui-se que inobstante a adoção do sistema acusatório pela ritualística brasileira, a identidade física do juiz junto à da busca da verdade, são instrumentos que favorecem a justiça da decisão para todas as partes envolvidas, e não afetam a imparcialidade do julgador.

Palavras chave: Imparcialidade. Juiz. Processo

ABSTRACT

This paper discusses the principles of physical identity of the judge and the search for truth in the face of the impartiality of the guarantee in the adversarial system of the Brazilian criminal proceedings. It seeks to answer the question which generates doctrinal differences: the principles of physical identity of the judge and the search for the real truth, affect the impartiality of the judging body on the criminal demand before the adversarial system? It is an argumentative analysis, guided by the deductive method, about the consequences of adopting the Constitution of the adversarial system that carries within it the impartiality of the judge, against the principle of seeking truth and physical identity present in the Procedure Code criminal. Thus, part of it is the core element of the procedural system which is the impartiality of the judge when in comparison with the principles described above. In this context, it is argued that the evidential burden should stay in their entirety by the accusatory body, and under any circumstances, the judge should intrude in that obligation should a lack of evidence or doubt judge trampled on *in dubio pro réu*. The topic of discussion is healthy, as it is a practical reality ordinarily carried out by the magistrate, his production proof. In conclusion, regardless of whether the adoption of the adversarial system by Brazilian ritualistic, physical identity of the judge next to the search for truth, are instruments that favor the court decision to all parties involved, and do not affect the impartiality of the judge.

Keywords: Impartiality. Judge. Process

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CPP	Código de Processo Penal
CPC/15	Código de Processo Civil 2015

LISTA DE SÍMBOLOS

§ Parágrafo

I Inciso

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. DELINEAMENTO HISTÓRICO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	15
2.1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL	15
2.2 EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS PENAIS	16
2.2.1 <i>Pré-História</i>	16
2.2.2 <i>Da Idade Antiga a Idade Média</i>	18
2.2.3 <i>Da Idade Moderna</i>	21
2.2.4 <i>Da Idade Contemporânea</i>	23
2.3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS NO BRASIL.....	26
2.4 ETIMOLOGIA DO SISTEMA PROCESSUAL	28
2.5 DAS CARACTERÍSTICAS DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	31
2.6 ESCORÇO SOBRE AS CARACTERÍSTICAS DOS SISTEMAS PROCESSUAIS.....	39
2.6.1 <i>O sistema acusatório</i>	39
2.6.2 <i>O sistema inquisitório</i>	40
2.6.3 <i>Sistema misto</i>	41
3. DISCUSSÃO DA IMPARCIALIDADE DOS PRINCÍPIOS DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E DA BUSCA DA VERDADE	43
3.1 CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ	43
3.2 IMPARCIALIDADE DO JULGADOR PERANTE A IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ	46
3.3 O PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE	52
3.4 A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR E SUA ATUAÇÃO PROBATÓRIA NA BUSCA DA VERDADE ..	54
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS	62

1. INTRODUÇÃO

O magistrado exerce a função jurisdicional, precípua da República Federativa do Brasil, e que entre seus anseios consta a solução pacífica dos conflitos, garantindo a todos os que participam do processo e à sociedade, que o julgador atua e atuou de forma imparcial.

Por outra via, no ramo do direito processual penal, existem três sistemas processuais, através dos quais se pautam as ações dos sujeitos processuais, quais sejam o acusatório, inquisitório e o misto, e no Brasil parte da doutrina defende que se adota o sistema acusatório. Nesse diapasão aponta-se que o sistema acusatório repele qualquer forma de atuação do juiz no âmbito probatório.

Dessarte, em face do exposto acima, pergunta-se: os princípios da identidade física do juiz e da busca da verdade real afetam a imparcialidade do órgão julgador acerca da demanda penal, perante o sistema acusatório?

O objetivo geral deste projeto de pesquisa é: analisar o sistema acusatório penal em face dos princípios da identidade física do juiz e da busca da verdade real. Como desdobramento deste, elenca-se como objetivos específicos a análise histórica do desenvolvimento dos sistemas processuais penais, análise da imparcialidade do sistema acusatório em face do princípio da identidade física e do princípio da busca da verdade real.

Justifica-se perscrutar a tônica proposta, porque na seara prática de atuação dos operadores do direito em geral, desenvolve-se dúvidas correlatas ao tema, apontando-se, até mesmo a inconstitucionalidade de alguns artigos na legislação processual. No mesmo sentido, o aspecto social, a quem a legislação, outrossim, é dirigida, a relevância é sobrelevada, a vista de que a confiança da sociedade nas decisões do judiciário, pauta-se no sentido de que sua atuação é imparcial, visando tão somente a pacificação social.

Quanto ao âmbito científico a importância do tema é basilar, já que a investigação ora proposta é de exame raro pela doutrina, que não analisa os dois princípios conjuntamente, estando seus estudos, em sua grande maioria, de forma isolada.

No tocante a metodologia a pesquisa adotou a espécie bibliográfica, por meio de livros, artigos, periódicos, revistas, jornais, documentos da internet, entre outros, averiguando através deste os instrumentos normativos que definem o sistema processual penal brasileiro e os princípios objetos do estudo.

As técnicas de pesquisa, efetiva-se a consulta à fontes primárias (leis e jurisprudência) e fontes bibliográficas (livros, artigos científicos etc). A pesquisa possui caráter qualitativo, ao

tentar interpretar questão proposta, utilizando-se de método dedutivo, já que avalia os sistemas de forma geral até a análise pontual de jurisprudência. Ao fim, a pesquisa é exploratória ante a efetivação e o desenvolvimento da legislação penal e os sistemas processuais.

2. DELINEAMENTO HISTÓRICO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Com o fito de compreender a existência dos sistemas processuais penais existentes, necessário se faz buscar a origem e evolução dos sistemas, com todo o desvelar para que não caia na divagação. Por outra via, no intuito de compreender inicialmente em que consiste o sistema processual penal, passa-se a algumas definições.

2.1 Sistema processual penal

O sistema processual penal conceitua-se, de maneira sucinta, como o arcabouço normativo calcado na Constituição Federal e nas leis processuais penais, de ordem adjetiva, sobre as quais a autoridade judiciária se vale para, após o transcurso de determinadas regras, atingir uma razão, e que possibilite ao julgador externá-la, a partir da utilização da sentença como instrumento finalizador desse processo.

Neste diapasão, surge a noção de processo, que conforme ensina Moacyr Amaral Santos citado por Andrade, é um conjunto de atos praticados com o fim de composição da lide:

processo “... é uma operação por meio da qual se obtém a composição da lide”. A palavra possui diversos sentidos, além do técnico-jurídico. Com o sentido que nos interessa, constitui na prática concatenada de atos tendentes a um fim. *Latu sensu* o processo é isso: atividade ordenada objetivando um fim (2002, p.20).

Reverbera neste ensinamento que o processo é tão só a prática concatenada de atos, em conformidade com as possibilidades aventadas na lei processual, com o fim de compor a lide, levando à pacificação social através da sentença.

Imerso ao processo penal, origina-se a noção de persecução penal, no qual se constitui de uma garantia aos indivíduos formadores do Estado e que sofrem uma acusação penal, e apenas podem vir a ser punidos após um desenvolvimento válido de um processo. Corrobora com o exposto Andrade ao gizar que a pena só é possível após o processo e este concretiza a *persecutio criminis* em sentido amplo:

O direito de processar exclusivo do Estado, termina por constituir-se em extraordinária garantia individual e, por isso, o princípio *nulla poena sine iudicio*. Impossível, no Estado de Direito, a imposição de pena sem a regular realização de um processo e este, em sentido amplo, se concretiza com a *persecutio criminis*. A persecução criminal encontra-se regulada pelo direito processual penal (2002, p. 21).

Dessarte, a persecução criminal que está assente no processo penal, outrossim, está umbilicalmente ligada ao sistema penal. Pois é ele quem vai reger os procedimentos a serem adotados no processo.

Neste sentido, além de ser uma garantia ao cidadão regido por aquelas normas, apresenta-se como uma limitação imposta no contrato social, entre povo e governo, ao direito de punir transferido ao Estado, o qual apenas poderá exercer seu *jus puniendi* seguindo regularmente os trâmites processuais, elegendo os caminhos possíveis previstos na legislação em acordo com o fim maior, qual seja, da pacificação social, e não utilizando-se do processo como um fim em si mesmo.

Relevante se faz destacar que existem três sistemas penais, o inquisitorial, acusatório e o misto. O primeiro pode ser resumido, basicamente, como a reunião em uma só pessoa, magistrado, as funções de acusar, defender e julgar. A segunda, garante que a acusação será feita em pé de igualdade com a defesa, estando as funções de acusar, defender e julgar postas em pessoas diferentes. E, ao fim, a terceira, em que se divide a persecução penal em duas fases: pre-processual, o inquérito policial onde é incurso o sistema inquisitorial, e a processual na qual é regulado pelo sistema acusatório.

Percebe-se que em verdade, apenas há dois sistemas – inquisitorial e acusatório -, sendo o terceiro apenas uma mistura dos outros dois, para que se inclua a fase do inquérito policial no conceito de persecução penal.

Na fase processual, que seja da instauração da ação penal, apresenta-se o sistema acusatório, contudo com os princípios da identidade física do juiz para acompanhar a instrução e sentenciar, e o princípio da busca da verdade real com amplos poderes para buscar e perquirir como de fato aconteceu o fato, independentemente de requerimento das partes e de terceiros, aparenta um imbróglio no seu funcionamento e, por conseguinte gerando conflitos nebulosos entre o direito de garantia do devido processo com o direito amplo do juiz em perseguir a verdade do fato, sempre de modo imparcial a lide.

2.2 Evolução dos sistemas penais

2.2.1 Pré-História

Na antiguidade, período compreendido entre o surgimento da raça humana até por volta de 3.500 a.c, e que foi marca das idades da pedra lascada, pedra polida e dos metais, não

havia a composição da civilização, apenas organizações sociais por necessidade cooperação a sobrevivência daqueles próximos (Moraes, 2009). Vê-se, inicialmente, a inexistência da formação de grupos e, apenas como o passar do tempo, os homens foram sentindo a necessidade de agrupamento, fase em que se inicia a agricultura, domesticação de animais.

Nesta etapa do desenvolvimento, incipiente da noção de justiça, esta era realizada a partir da força, na qual quem mandava eram os mais fortes, conforme Miguel Reale *apud* Cavalcante (2002, p.1): “Pode-se mesmo dizer que o progresso da cultura humana, que anda *pari passu* com o da vida jurídica, obedece a esta lei fundamental: verifica-se uma passagem gradual na solução dos conflitos, do plano da força bruta para o plano da força jurídica”.

Cavalcante (2002) afirma que os tempos primitivos a vingança era a forma de punir por conduta contrária a crença, prevalecendo à força física do indivíduo ou da tribo a que pertencia.

Segundo Souza (2009), nesta época não havia codificações, prevalecendo as tradições para a resolução dos conflitos eram as tradições, imersas em influências de crença e religião, as quais davam alicerce para a resolução dos litígios penais. Nesta aplicação, havia a supremacia da força física, e o restabelecimento do indivíduo ao estado inicial anterior ao dano até a vingança com a morte.

Neste caminhar, as organizações sociais evoluíam, até se poder codificar as normas que eram seguidas pelos semelhantes e abrandar as penalidades impostas aos atores de fatos criminosos. Vislumbra-se que nessa fase da história da civilização humana sequer existia a lei penal escrita, especificando quais condutas eram proibidas ou permitidas, ficando a cargo da crença e religião de cada organização, tampouco se pode afirmar a existência de um sistema processual punitivo.

Ciente das condutas vedadas pela religião, pela crença e pelos costumes, inobstante não escritas e tipificadas, verifica-se a presença incipiente do Direito, pois a partir do momento que a organização social engendrava situações repudiadas pelo conjunto, aponta-se neste cenário o surgimento de regras de condutas e de justiça. Nesse sentido é a voz de Moraes (2009), onde embora fosse desconhecida as leis na Pré-história, o direito existia, e seria exercido pela força, sendo a noção de justiça transvestida nesta.

2.2.2 Da Idade Antiga a Idade Media

Com o transcurso do tempo, e evolução das comunidades organizadas informalmente, passou a construir grandes civilizações, inventando a escrita como forma de dominação. A idade Antiga compreende o período de 3.500 a.C. até 476 d.C, conforme Arruda (1999, p.11) Já o período da Idade Média perdurou entre os anos de 476 d.C.(século V) até o ano de 1473 d.C. (século XV), início do período da grandes navegações, marco da primeira singela globalização, conforme Arruda (1999, p.98).

Este período histórico foi marcado por aparecimento de grandes civilizações e culminou com a queda do Império Romano do Ocidente.

Na Grécia Antiga havia dentro do conceito de crime duas espécies, o público e o privado. A punição do crime privado dependia substancialmente da atuação da vítima no seu processo punitivo, já os crimes públicos a coletividade participava do processamento de sanção ao ator do fato delitivo, sob fundamento de que a coletividade era ofendida nestes crimes, logo o agente do crime não poderia ficar imune após ofender a coletividade (Souza, 2009).

Relembra Tourinho Filho *apud* Souza (2009, p.18) que o processo penal em Atenas caracteriza-se pela participação do povo na acusação: “Entre os atenienses, o Processo Penal se caracterizava ‘pela participação direta dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição, e pela oralidade e publicidade dos debates”.

Souza (2009) ainda informa que à época o juiz era imparcial, não interferindo de forma direta no processamento penal, exceto quando expressamente provocado, estando o sistema acusatório próximo do processo penal implantado na Grécia Antiga. Nesse diapasão cenário da atuação do magistrado no curso processual era sempre de maneira imparcial, característica principal do princípio acusatório.

Em Roma, havia, outrossim, a divisão em crimes públicos e crimes privados, e por consequência divisão em processo penal público e privado. O Estado era representado pelo juiz o qual detinha competência de solucionar os litígios, possuindo atribuição de iniciar, instruir e deliberar, sem delongas e sem partes, ou seja, abarcava o poder da persecução criminal estatal (Souza, 2009). Nota-se, neste tempo da história romana a aproximação do sistema inquisitório, pois o representante do Estado reúne as atribuições, sem qualquer meio de defesa ao réu.

No desenvolvimento do Estado Romano, passou-se a separar as funções de acusação e julgamento, em que qualquer cidadão, exceto o juiz, mulher, menores, e pessoas sem garantia

de probidade, poderiam acusar outrem, e o julgamento ficaria a cargo do tribunal popular, com algumas garantias ao acusado, como oralidade, contraditório e publicidade (Souza, 2009). Percebe-se que este modelo possui algumas características do sistema acusatório.

À vista da possibilidade de qualquer cidadão acusar penalmente qualquer outro, engendrou-se problemas para que responsabilizasse as pessoas que caluniavam, momento em que o Estado recolheu a prerrogativa para si a prerrogativa da acusação, instituindo o procedimento *cognitio extra ordinem* (conhecimento fora de ordem). Todavia esta medida não foi eficaz a vista das falhas cometidas pelos agentes públicos designados, forçando o Estado repassar o poder de acusação ao juiz (2009).

Em análise, visualiza-se que o sistema inquisitivo iniciou-se por volta do século V, na Roma Antiga, quando foi o fim do período da Idade Antiga, contudo de forma incipiente.

Já no Direito Canônico, até o século XII, afirma-se que em regra o sistema acusatório era o predominante, já que o julgamento dos integrantes da Igreja Católica possuía uma acusação escrita fundado em lastro probatório, apresentando-os ao Bispo ou quem estivesse no encargo de decidir e aplicar a lei *in casu* (SOUZA, 2009).

No mesmo sentido, é o que aponta Lago (2000, p.10), quando afirma que até o século XII havia a separação da função de acusar e julgar, e que não havia juízo sem acusação, logo o “processo era de tipo acusatório”. Predominava, neste momento, o sistema acusatório.

Com a vinda do século XIII, robusteceram-se os movimentos de indisciplina dos membros do Clero, baseado pela corrupção intrínseca que estava instaurada na Igreja, e ameaça, por conseguinte, do poder do Papa. Este, com o intento de se manter no poder, afastaram-se as garantias antes dadas a todos na processualística penal, como a oralidade, contraditório, e acusação, passando a acusação como atribuição de ofício do juiz, avolumando-se em decorrência disto as denúncias anônimas (SOUZA, 2009).

Assim reverbera Lago o qual aponta o sistema inquisitivo como forma de solução do problema de ameaça ao poder do Papa e da indisciplina a época:

Todavia, do século XIII em diante, o sistema acusatório passou a ser desprezado pelo Direito Canônico, estabelecendo-se o Sistema Processual Inquisitivo, e isto, em decorrência da indisciplina de parte do clero e da corrupção, que confrontavam o poder do Papa, abolindo-se portando as regras do sistema acusatório, desprezando a necessidade de acusação, deixando de observar o contraditório, a oralidade, instituindo a iniciativa ex officio da acusação, não se dando nenhum direito de defesa aos acusados, estes que passaram a ser vistos meramente como objetos do processo, imperando no mais das vezes a tortura, como forma de obtenção da confissão, esta considerada a maior das provas (2000, p.10).

Advém, que o sistema inquisitivo desenvolveu-se como forma de limitação de garantias ao povo, aos acusados, servindo de instrumento para manutenção do poder, favorecendo as arbitrariedades, abusos de poder e desvio de finalidade do processo, afastando as ameaças do soberano.

Prado aponta que o sistema inquisitório é marca do início do conhecimento político justificado pela busca da verdade:

Michel Foucault irá anotar aí o dado marcante que está como na base ou essência dos procedimentos inquisitoriais: a “busca da verdade” que substituirá os desafios ou provas a que se submetiam as pessoas, nos reinos bárbaros, para o que nos interessa configurou o início da “história política do conhecimento”, ou, de acordo com nosso ponto de vista, o emprego político do conhecimento que é fabricado e servirá para definir relações de luta e poder (2005, p.138).

Conforme Tourinho Filho *apud* Souza (2009) o procedimento inquisitorial era marcado pelo segredo, torturas, depoimentos secretos, entre outras práticas:

A acusação fora abolida nos crimes de ação pública. Abolida, também, fora a publicidade do processo. O Juiz procedia *ex officio* e em segredo. Os depoimentos das testemunhas eram tomados secretamente. O interrogatório do imputado era precedido ou seguido de torturas. Regulamentou-se a tortura: ‘deve cessar quando o imputado expresse a vontade de confessar. Se confessa durante os tormentos e, para que a confissão seja válida, deve ser confirmada no dia seguinte (2009).

Do transcrito acima, vislumbra-se que a regulamentação da tortura foi efetivada pelo Direito Canônico, de modo a tornar legítimo ato cruel, violento e aterrorizante.

Vê-se que os acusados eram objetos processuais, e não sujeito de direitos, ficando livre, por esta via de interpretação, quaisquer atos e medidas aptas a buscar os fatos ensejadores de uma punição, e máxima a confissão, intitulada de rainha das provas.

Em 1215, foi realizado o IV Concílio de Latrão, gerido pelo Papa Inocêncio III, que apontou definitivamente para o procedimento inquisitorial, e ratificado pelos Papas Bonifácio VIII, Clemente V e João XXII (PRADO,2005).

Nesta toada da história, em 1231, no Concílio de Toulouse, liderado pelo papa Gregório IX, foi instituído o Tribunal da Inquisição do Santo Ofício, através do qual o ente buscava punir qualquer pessoa que atentasse contra as leis divinas, intitulados de hereges (Souza, 2009).

Dessarte, o fado foi espriar a reputação da Igreja Católica em seus julgamentos, e ganhando repercussão positiva nos Estados Soberanos, os quais passaram a adotar o referido sistema.

João Bernardino Gonzada *apud* Lago menciona outro viés de percepção dos acontecimentos apontando-o como produto do contexto social à época:

Sucedem porém que esse fenômeno foi produto de sua época, inserido num clima religioso e em certas condições de vida, submetido à força dos costumes e de toda uma formação cultural e mental, fatores que forçosamente tiveram de moldar o seu comportamento (2000, p.11).

Esse átimo apontamento, desenvolve que inobstante a desdita de implementação do sistema inquisitorial, este foi decorrência dos fatores do meio que se encontravam naquele momento temporal, eclodindo nesta tessitura de cultura, formação, ideais e ideias, o dito sistema processual penal.

Reforça esse entendimento Franco Cordero *apud* Prado (2005, p.139), quando afirma que o sistema inquisitorial satisfaz dois mundos, o eclesiástico, assombrado pela heresia, e o civil a qual assistia a expansão da criminalidade.

2.2.3 Da Idade Moderna

A Idade Moderna compreende o período entre os séculos XV e XVIII, com o fim na data da Revolução Francesa em 1789. Este período é marcado pela colonização dos povos e pelas revoluções industriais, conforme Arruda (2009, p.161).

No início do século XV, fase de transformação do sistema denominado medieval, adveio o movimento cultural, político, filosófico e econômico através do qual transforma a visão mística, religiosa, em uma antropocêntrica, racional, conferindo à razão o mais alto grau de saber e de domínio. Deste modo, a razão é o principal meio de obter, transformar e adaptar conhecimentos. É o movimento Racionalista, no meio cível, que rompe com as consagradas práticas do sistema acusatório, passando-se a adotar o sistema inquisitivo do direito canônico, inobstante elas estejam espalhadas por toda a Europa Ocidental.

Prado giza o contraponto de que se hoje o sistema inquisitório não é bem quisto, e à época apresentava-se como um sistema que racionaliza a via punitiva:

Embora hoje a Inquisição seja vista com todas as reservas, cumpre remarcar que na sua época o discurso dominante a apresentava como produto da racionalidade, confrontada com a suposta irracionalidade das ordálias ou juízos de Deus, que substituiu, enquanto sistema de perseguição da verdade, pela busca da reconstituição histórica, procurando, tanto quanto possível, reduzir os privilégios que frutificavam na justiça feudal, fundada quase exclusivamente na força e no poder de opressão dos senhores feudais sobre os demais, pessoas que a rigor estavam sujeitas a medidas punitivas discricionárias, impostas pelos mencionados senhores feudais (2005, p.140).

Segundo Neves, os reis absolutistas cresceram e se fortaleceram, reduzindo a influência da Igreja no governo do Estado, passando a prevalecer o fórum *delicti commissi* (o foro é o lugar onde o ilícito aconteceu), ou seja, a jurisdição do monarca e não a jurisdição da Igreja.

Percebe-se que os juízes detinham muito poder, pois eram nomeados pelo Rei, a fim de operar investigações, sem qualquer distinção de quem fosse, quando até a nobreza poderia ser investigada. Maier *apud* Prado afirma que como forma de controle deste poder, houve a instituição da valoração das provas pelo magistrado, não podendo decidir pela vontade interior, guiando-se pelas condições exigidas em lei:

El juzgador no fundaba su fallo en su convicción, apelando al valor de verdad que la prueba recibida transmitía en el caso concreto, sino que verificaba o no verificaba las condiciones que la ley le exigía para decidir de una u otra manera. Claro es que las condiciones impuestas por la ley estaban referidas a la verdad histórica, de manera que representaban condiciones que, normalmente, por experiencia, fundaban una convicción racional, pero, en realidad, el acierto del juicio no dependía de su coincidencia con la verdad, sino de la observancia de las reglas jurídicas previstas, por lo que su control en apelación se asemeja más a un examen jurídico, a un control sobre el recto ejercicio del poder delegado al juzgador (2005, p.143).

O poder de decidir posto ao julgador, não estava totalmente livre, tinha que avaliar a compatibilidade com os requisitos da lei, exercendo-se, assim, um controle sobre o julgador.

A inquisição ingressa no direito germânico através de dois instrumentos jurídicos: o *Constitutio Criminalis Banbergensis* de 1507 e o *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, inobstante reconhecer que algumas práticas permitidas no sistema inquisitivo são vedadas no ordenamento jurídico germânico, a exemplo da tortura (NEVES, 2014).

Como dito alhures, no império romano predominava o sistema acusatório, contudo em virtude de algumas falhas, passou a introduzir o sistema inquisitorial, deste modo é que se pode vislumbrar a junção do Império Romano ao governo germânico, conforme Neves ressalta: “Em verdade ocorreu a junção do Império Romano-Germânico, mantendo-se hígido alguns poucos institutos acusatórios, devido as suas realidades históricas” (NEVES, 2014, p.4).

Prado corrobora com a junção entre o direito romano e o germânico, influenciando a entrada de elementos do sistema inquisitório ao processo vigente no local:

Como ficou registrado, os povos germânicos não só influenciaram o direito do restante do continente europeu, inclusive e principalmente a área antes dominada pelo Império Romano, chagando a Portugal e Espanha, como sofreram a influência da cultura e do Direito romanos, de sorte que, do seu sistema predominantemente

acusatório, passaram, lenta mas vigorosamente, à recepção e assimilação do Direito Romano-Canônico e à introdução da Inquisição (2003, p. 137).

Percebe-se que a dominação imposta pelos dominantes aos germânicos, foram suficientes para alterar o sistema vigente no local, modificando-o.

Prado (2005) glosa que o sistema inquisitorial adentrou na Espanha com a revogação formal da legislação visigótica (Fuero Juzgo), pela Lei das Sete Partidas, de Alfonso X, século XIII, expandindo-se com o Ordenamento de Alcalá (1348), até ser governado por Reis católicos. Junto à justiça comum instaurou-se o Santo Ofício, considerado como um dos mais severos à época, e que só foi extinto em 1834.

No país originário do direito anglo-saxão, a Inglaterra, o desenvolvimento do sistema inquisitorial não se desenvolvia em proximidade com o do restante da Europa ocidental. No direito inglês houve forte influência do direito germânico, máxime, após as invasões dos anglos, saxões, e dos dinamarqueses. No século XII, houve uma novel acepção do direito, redirecionando-o para os costumes como fonte, dividindo-se em costumes locais, das novas cidades e dos mercadores. Através, destes, houve a imposição da autoridade do Rei, desenvolvendo sua própria jurisdição, em prejuízo das jurisdições locais e senhoriais (PRADO, 2005).

Prado (2005, p.150). ressalta que na Inglaterra o sistema inquisitório não influenciou, pois os mecanismos de resolução dos conflitos adotado “afastou o direito inglês do modelo romano-canônico imperante no resto da Europa” e ao contrário, o processo era dotado de juízes profissionais os quais introduziram até mecanismos de precedentes, referente a casos já julgados:

Nesta via, o sistema inglês de processo penal era o acusatório, o qual possuía juízes imparciais e equidistantes das partes, garantido até mesmo a segurança jurídica ao implantar o instrumento dos precedentes para as decisões.

2.2.4 Da Idade Contemporânea

A Idade Contemporânea compreende do ano 1789 (Revolução Francesa, século XVIII) até os dias atuais. Nesta fase da história, o movimento racionalista, modificou-se, ansiando outros horizontes, conduzindo ao momento histórico o Iluminismo conforme Arruda (1999, p. 251).

A revolução Francesa desenvolveu-se e foi estigmatizada pelo lema: liberdade, fraternidade e igualdade. Sob este insigne emblema, fortificou-se o uso da razão, com a

diferença do racionalismo, que antes se fazia como instrumento de poder, agora como mecanismo de libertação do povo que estava abaixo da nobreza, os burgueses e os pensadores.

A sublevação do domínio anterior, dos regimes absolutistas, provocou o Iluminismo a rezingar o mercantilismo, o absolutismo, e o excessivo poder eclesiástico, defendendo a ciência, a razão, a liberdade econômica, os burgueses e pensadores.

Neste período, houve a transformação e evolução do sistema inquisitorial, para um processo readaptado as exigências das mais novas classes populares, que começaram a possuir poderes. Desta forma é que, em algumas monarquias com receio e temor de perda do poder, se adiantaram e remodelaram seus sistemas de gestão política, passando-se a se chamar déspotas esclarecidos.

Roxin *apud* Prado afirma que as principais mudanças foram a adoção da oralidade, publicidade, participação dos leigos e do ministério público:

Oralidad, publicidad, participación de los legos en la administración de justicia y la introducción del ministerio público— ésas fueron, en el ámbito del proceso penal, las exigencias reformistas decisivas del siglo XIX en oposición a la justicia de gabinete y a la manipulación arbitraria del poder penal (2005, p.153-154).

Neste caminhar, o processo penal passou a evoluir, repulsando algumas práticas arbitrárias praticados no sistema inquisitivo. Relevante frisar e reforçar que durante o curso da idade contemporânea houve o desenvolvimento de poderes políticos totalitários, regime no qual impunha novamente a força como modo de domínio, reativando e reavivando o sistema inquisitivo.

Na França, houve a implantação de um novo Código de Processo Penal em 1808, e consolidado em 1959, desenvolvendo um sistema misto, dividido em três fases: a fase da Polícia Judiciária, a da Instrução e a do Julgamento (SOUZA, 2009).

A instrução era comandada pelo juiz, o qual de ofício e secretamente, sem possibilidade de contraditório e ampla defesa, procedia as investigações preliminares. Já a fase de Julgamento aplicava-se as regras do sistema acusatório, principalmente a oralidade, contraditório, ampla defesa e publicidade. Em 1897, a Lei Constans extinguiu a inquisitorialidade da instrução, passando a ser contraditória, e em 1933, reformou-se o sistema, voltando a ser misto, permanecendo assim até os dias atuais (SOUZA, 2009).

O sistema misto ou acusatório formal é comentado por Navarrete *apud* Prado como a junção dos dois modelos com prevalência do sistema acusatório no âmbito judicial:

La prevalente práctica del sistema inquisitivo justificó históricamente la urgente necesidad de neutralizar sus consecuencias perversas, evidenciadas a partir de la labor de los revolucionarios franceses. Surge así la “tercera vía” que, sin ser inquisitiva ni acusatoria, es, en cambio, los dos modelos a la vez. Se trata del modelo mixto o acusatorio formal, que se caracteriza porque recoge, como no podía ser menos, elementos técnicos del inquisitivo e del acusatorio con indudable prevalencia hacia este último en la fase más importante de esse modelo: el juicio (2005, p. 155).

Logo, diante de tais mudanças valoriza-se o sistema misto no sentido de que pode um sistema mais adequado à época, implementando mecanismos dois outros dois, em um.

No direito germânico, houve a Declaração dos Direitos Fundamentais em 1848, no qual se optou por um sistema em que vigorasse as características da publicidade e oralidade, e ao povo fosse atribuído o poder de julgar, assim como a acusação era realizada por interessados (agentes do governo), perfazendo a descentralização das funções de acusar, defender e julgar (SOUZA, 2009).

Havia três módulos temporais, o primeiro presidido pelo Ministério Público, o qual realizava a acusação, em procedimento sigiloso respeitado os direitos do acusado. A acusação poderia ser oferecida ou arquivada, e sendo oferecida, passa-se ao módulo da investigação das provas de materialidade do delito. Quando, após possuir provas, adentra-se no terceiro módulo, quando a acusação era admitida no Tribunal em que o processo se desenvolvia, dividindo-se as funções. Havia neste módulo, publicidade e liberdade para obtenção dos meios de prova necessários à solução da lide (SOUZA, 2009).

Na Espanha, o Tribunal da Inquisição do Santo Ofício perdurou até 1834, até sua extirpação. A lei espanhola de 1882 previa, outrossim, três fases do processo, sendo a primeira a investigação, de rito sumário, comandada pelo juiz da instrução, escrita e secreta, com mínima participação da defesa, predominando o sistema inquisitivo. A segunda fase estava caracterizada pela aceitação da acusação. E ao fim a terceira fase, de instrução, procedida em juízo, assemelhando-se ao sistema acusatório, caracterizada por oralidade, publicidade e contraditório. Na Espanha, perdura o sistema misto (SOUZA, 2009).

Na Inglaterra, perdura até hoje o sistema acusatório, preconizado desde a época moderna. Assevera, assim, Prado (2005, p.168): “Sobre a Inglaterra, pátria do Common Law, averbe-se que até hoje predomina o sistema de acusação privada, deflagrada por qualquer cidadão, e julgada, a rigor, pelo Júri, imparcial e inerte”.

Percebe-se que na época moderna houve modificações nos códigos processuais penais vigentes na maior parte da Europa, sempre se apontando para a direção de introjetar o sistema acusatório como estrutura regente do processo.

2.3 Sistemas processuais penais no Brasil

Os sistemas processuais penais implantados no Brasil devem ser analisados não a partir da colonização, idos de 1500, com o descobrimento e ocupação das terras por Portugal, todavia deve-se deter a análise de resolução dos conflitos pelos povos existentes.

Denominada de República dos Guaranis, por Prado (2005), caracterizou-se pela adoção de aspectos igualitários da ordem econômica indígena, pulsando o princípio da fraternidade. Segundo Clovis Lugon *apud* Prado, à época, os casos de punição eram estudados a fundo, e não eram aplicadas medidas preliminares sem qualquer definição acerca do caso:

um homem presumivelmente culpado era conduzido ao juiz, sem correntes nem algemas de espécie alguma, por muito grave que fosse o delito. Nenhuma pena era aplicada arbitrariamente ou sem prévio inquérito. Cada caso, mesmo pouco importante, era conscienciosamente estudado. As testemunhas eram ouvidas e acareadas (2005, p. 264).

Dessarte percebe-se que a crueldade posta e existente no mundo europeu não se fazia constar em terras indígenas, inobstante haver punições leves e cruéis conforme o delito praticado. Vislumbra-se um processo mais humanizado, com fulcro e foco em resolução do conflito gerado na comunidade local de forma pacífica, e deixando cientes da perfeita possibilidade de punição, dando “garantias” de confrontação e defesa.

Em meio à descoberta do Brasil, e desenvolvimento dos laços de aproximação dos povos, Portugal com sua estrutura de organização e poder bélico passou a impor como mecanismo de resolução das lides penais a sua legislação, denominada de Ordenações Afonsinas.

Em 1521, as Ordenações Afonsinas foi sepultada quando do estabelecimento das Ordenações Manuelinas, contudo com o espírito da primeira (SOUZA, 2009). E ao cabo, no reinado de Felipe II, foi derrocada a segunda e instalada as Ordenações Filipinas, em 1603, contudo mantendo-se o sistema inquisitivo de processamento presente nas três ordenações (SOUZA, 2009). Essa Ordenação última manteve-se até a promulgação do 1º Código de Processo Penal.

Souza (2009), alerta que quando do processo o juiz estava encarregado de decidir conforme o que constava no processo, e em decorrência do sistema inquisitivo permitia-se, pautado na busca da verdade, os tormentos, tortura, e quais quer meios necessários para se obtê-la, contudo esse sistema não se aplica aos nobres, cavaleiros e doutores, exceto excepcionalmente.

A doutrina é pacífica no sentido de que o início do processo penal brasileiro foi quase simultâneo a independência política, e em 1824 com a outorga da Constituição foram proclamados alguns direitos políticos e civis dos cidadãos brasileiros (PRADO, 2005).

Em 1832 foi promulgado e publicado o primeiro Código de Processo Penal (Lei de 29 de novembro de 1832) brasileiro, e houve intensa concentração de atribuições aos juízes, municipais e de paz, a exemplo de deflagrarem, de ofício, o processo penal condenatório, por crime público, iniciarem e concluírem a inquirição de testemunhas (sumário da culpa), iniciar e formar o corpo de delito, entre outras (PRADO, 2005).

Mais tarde, a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, editou o novo Código de Processo Penal, e que na opinião de Prado (2005, p.265) “veio a tornar mais rigoroso o procedimento, entre outros motivos, pelo deslocamento das funções jurisdicionais dos juízes municipais e de paz para o chefe de polícia e seus delegados”.

A partir de 1871 houve um clima de reforma do então Código vigente, associado ao prévio movimento político já existente, culminando com a proclamação da República em 1889, momento o qual foi promulgada uma nova e primeira Constituição da República de 1891. Nesta houve o estabelecimento de competência legislativa de processo penal aos estados-membros (PRADO, 2005).

Segundo Frederico Marques *apud* Prado (2005, p. 267), em virtude da federalização das leis processuais houveram diversos ritos, contudo pode-se afirmar que de maneira geral os trâmites processuais perseguiram oralidade, contraditório pleno no julgamento e restrito no sumário da culpa, inquérito policial como instrumento da denúncia, contudo a diversidade de sistema “prejudicou a aplicação da lei penal”.

Novamente, com o passar do tempo e com a instabilidade mundial decorrente da 1ª Guerra mundial entre 1914 a 1918, houve ventos no sentido de mudança política, resultando em 1934 com a promulgação de uma nova Constituição, e em seguida, 1937, Golpe de Poder outorgando outra Constituição.

No decurso do Estado Novo, retornou-se a concentração na competência legislativa na edição de leis processuais, e editou-se o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o novo Código de Processo Penal brasileiro à época, o qual é produto dos estudiosos Cândido Mendes de Almeida, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz, Florêncio de Abreu, Roberto Lyra e Nelson Hungria (Exposição de motivos, 1941), e vigora ainda hoje, com essenciais alterações.

No sentido de investigar em saber em qual sistema processual nosso atual Código Processual Penal se enquadra, diverge-se a doutrina como bem aponta Baldissera (2014,

p.10): “Há diversas posições acerca do sistema adotado pelo Brasil, entre a Constituição Federal e Código Processual Penal”.

A Constituição Federal de 1988, editada após o Código de Processo Penal, o recepcionou, em sua integralidade, contudo impôs algumas modificações de interpretações a vista da ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais, desde direitos subjetivos até os adjetivos, se imiscuindo profundamente na legislação processual, máxime a penal.

À guisa de exemplo, temos o juiz natural, proibição de tribunal de exceção, o promotor natural, proibição da tortura, entre diversas manifestações que adjetivaram a processualística, a fim de torna-la mais humanizada.

2.4 Etimologia do Sistema Processual

Tão precioso é o estudo histórico dos sistemas processuais penais, quanto a análise da sua origem. Frise-se que, a partir destes elementos salientados nestes discursos, pode-se passar a identificar com certeza científica a presença de determinado modelo em curso nas legislações.

Assim expõe Marteleto (2009, p.3): “A pesquisa sobre os sistemas processuais só parece válida e útil se voltada a desvelar o caráter ideológico das normas processuais penais, bem como de determinados posicionamentos doutrinários tradicionais, máxime em níveis manualísticos”. Perquirir acerca da ideologia que rege o sistema é de extrema relevância, haja vista servir como fonte de interpretação e aplicação de normas que navegam em seu derredor.

Neste caminhar, busca-se inicialmente saber em que meios o Código de Processo Penal foi editado. Como dito alhures, este adveio junto com o Estado Novo, caracterizado pelo totalitarismo, ditatorial, imposto por Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937 e que perdurou até 29 de outubro de 1945.

Deste modo, não poderia ser diferente na edição do CPP, o qual deve estar relacionado com a forma de governo, e assim giza Pascuale Fiori *apud* Moreira (2002): "las leyes son e deben ser la expresión más exacta de las necesidades actuales del pueblo, habida consideración del conjunto de las contingencias históricas, en medio de las cuales fueron promulgadas"

Confirma, por este modo, que as leis devem seguir o regime vigente no governo, o qual a época era ditatorial, o que por conclusão leva o CPP ser mais rigoroso, e aproximar-se do sistema inquisitivo.

Em conformidade com o que consta no delineamento histórico desenvolvido linhas atrás, leva-se a ilação que quando se há um governo tolerante, mais humanizado, próximo à democracia ou na própria democracia, pulula o sistema acusatório, todavia quando se está diante de uma liderança anti - populista, antidemocrática, ditatorial, impõe-se o sistema inquisitivo no processo penal, como mecanismo de controle social.

Frederico Marques *apud* Moreira (2002) leciona que o CPP foi editado sobre um conjunto de arcaicos procedimentos, e máxime, olvidou-se do objetivo maior de garantia de direitos aos acusados:

continuamos presos, na esfera do processo penal, aos arcaicos princípios procedimentalistas do sistema escrito (...) O resultado de trabalho legislativo tão defeituoso e arcaico está na crise tremenda por que atravessa hoje a Justiça Criminal, em todos os Estados Brasileiros.(...) A exemplo do que se fizera na Itália fascista, esqueceram os nossos legisladores do papel relevante das formas procedimentais no processo penal e, sob o pretexto de por cobro a formalismos prejudiciais, estruturou as nulidades sob princípios não condizentes com as garantias necessárias ao acusado, além de o ter feito com um lamentável confucionismo e absoluta falta de técnica. (2002).

As críticas ao CPP são presentes em comentários de toda a doutrina, contudo de maneira conjunta a ritualística, ressaltando a um sistema atrasado.

Moreira (2002) expõe trecho da Exposição de Motivos do Projeto de Código Processual Penal-Tipo para Ibero-América, em que se assevera a falta de controle social acerca do processo assim como os desrespeitos a alguns direitos como dignidade da pessoa humana, segredo, falta de imediação, entre outros:

Em nossos países, geralmente, a justiça penal tem funcionado como uma 'caixa-preta', afastada do controle popular e da transparência democrática. O apego aos rituais antigos; As fórmulas inquisitivas, que na cultura universal já constituem curiosidades históricas; a falta de respeito à dignidade humana; a delegação das funções judiciais; o segredo; a falta de imediação; enfim, um atraso político e cultural já insuportável, tornam imperioso começar um profundo movimento de reforma em todo o continente (2002).

Os comentários são dignos de nota, contudo grande parte da legislação já sofreu melhorias, evoluindo o sistema, e vale salientar que esses apontamentos são referidos de modo genérico a todas as legislações dos Estados da América Latina.

Maier e Struensee *apud* Moreira (2002), destaca a necessidade de reforma dos códigos editados à épocas passadas, seja da colonização seja de qualquer regime que não seja do Estado de Direito:

el Derecho procesal penal de los países latino americanos, observado como conjunto, ingresó, a partir de la década del '80, en un período de reformas totales, que, para el lector europeo, puede compararse con la transformación que sufrió el Derecho procesal penal de Europa continental durante el siglo XIX. No se trata, así, de modificaciones parciales a un sistema ya adquirido y vigente, sino, por lo contrario, de una modificación del sistema según otra concepción del proceso penal. Descrito sintéticamente, se puede decir que este proceso de reformas consiste en derogar los códigos antiguos, todavía tributarios de los últimos ejemplos de la Inquisición – recibida con la conquista y la colonización del continente -, para sancionar, en más o en menos, leyes procesales penales conformes al Estado de Derecho, con la aspiración de recibir en ellas la elaboración cumplida en la materia durante el siglo XX (2002).

Destarte, vários autores defendem via de regra que haja a reforma processual penal para que seja adaptada o seu espírito e trâmites ao regime democrático e de direito que hodiernamente se instalou e se está amadurecendo no território brasileiro. Observa-se, outrossim, que o CPP atual possui resquícios do sistema inquisitivo, haja vista suas práticas procedimentais estabelecidas na lei.

Nesse diapasão, Marteleto Filho explica que o instrumento processual se externa no exercício da jurisdição e do *jus puniendi*, e deve ser assim compreendido:

O processo, portanto, enquanto instrumento necessário para a atuação da jurisdição e do próprio exercício legítimo do jus puniendi, deve ser encarado, essencialmente, como um instrumento de limitação do poder de punir do Estado e de garantia dos direitos fundamentais do réu (instrumentalidade constitucional do processo), e não como um instrumento de produção da inatingível verdade real (2009, p.3).

A função do processo penal reflete, sobremaneira, a sua origem. O autor alerta que a função do processo penal não é a descoberta da verdade real, pois se assim for, o reduz a um instrumento de poder, a justificar as atitudes processuais tomadas, máxime quando se sabe que a verdade real se confunde com a verdade oficial. Marteleto Filho explica:

somente em um sistema verdadeiramente acusatório – onde a preocupação central é voltada para a legitimidade dos meios e não para os fins – é possível resguardar a imparcialidade do órgão jurisdicional (garantia da jurisdição) e o respeito à dignidade do acusado, fundada esta no princípio da presunção de inocência (2009, p.3).

Evidencia-se manifestamente que por mais que tenha havido um transformação e evolução no estado de direito, adotando-se o regime democrático no Brasil, ainda há uma grande carga de interesse processual repressivo e punitivo, afastando-se, no âmago, a imparcialidade da jurisdição e efetivação das garantias dos réus ou investigados.

Quiçá, esses esforços de manter vivo o sistema inquisitivo, transvestido de palavras e atos mais moderados e diferentes dos de outrora, são por falta de garantias institucionais e

higidez das entidades públicas posta à defesa dos direitos e garantias fundamentais postos, expressos e decorrentes da Constituição da República.

Dessarte se está impingindo a real natureza processual em face de omissões, lacunas e inefetividades advindas, refletidas e respingadas de outros setores governamentais, recaindo sobre o povo, o prejuízo de direitos, a par da falta de eficácia e eficiência dos atos públicos de setores do Estado brasileiro.

Ao fim, cabe explicitar a exposição de motivos da elaboração do CPP por Francisco Campos que reflete a necessidade de eficiência repressiva do Estado aos que delinquem, contudo assevera que os acusados possuem uma cartilha de direitos expressa em leis:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código (1941, p.1).

Percebe-se que a inspiração do Código foi garantir a efetividade na repressão dos delitos, extirpando qualquer possibilidade de direitos fundamentais, os quais se presumem que foram prescindidos pelo indivíduo transgressor da lei penal. Marteleto (2009, p.5) ratifica: “Vê-se, pois, já de início, que a opção de nosso legislador ordinário pelo sistema inquisitivo foi escancarada”.

Evidente que a entrada da Constituição Federal de 1988, provocou um deslocamento do eixo, passando ao sistema acusatório. Contudo, em face da recepção da legislação ordinária, qual seja o CPP, há alguns institutos, que permanecem como do sistema inquisitivo e que necessitam de uma reinterpretação à luz das normas constitucionais, a fim de legitimar sua prática ou exclusão do sistema, caso necessário.

2.5 Das características do sistema processual penal brasileiro

Com efeito, da realização de um esboço do panorama das características do sistema processual brasileiro, inicia-se pela propositura da ação.

Pela leitura da Constituição Federal, norma jurídica máxima, da qual se deve se interpretar todo o restante do arcabouço jurídico-normativo brasileiro, depreende-se que a ação penal é de propositura privativa do Ministério Público, sendo excepcional a atuação do ofendido ou seu representante, conforme art. 129 c/c art. 5º, LIX, ambos da CF/88 e art. 24 e 29 do CPP.

Visualiza-se que a Constituição Federal e o CPP atribuíram a função acusatória a um órgão externo e até mesmo, em excepcionalidade, ao ofendido ou seu representante. À vista dessa explicação, a doutrina pátria divide a propositura da ação penal em dois gêneros: pública e privada; a primeira de competência do Ministério Público, podendo ser exclusiva, mediante representação e mediante requisição; já a segunda, é subdividida em exclusiva e subsidiária da pública.

O que se deve salientar é que a função acusatória foi atribuída a outro sujeito processual que não o julgador.

Segundo ponto de destaque é que a CF trouxe como pilar básico da República Federativa do Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana, encartado no art. 1º, inciso III.

Em análise a este princípio, decorre que hodiernamente, após a minirreforma operada em 2008, pela Lei nº 11.719/2008, exige-se a presença da justa causa para interposição da ação penal. A justa causa é interpretada como conjunto probatório mínimo através do qual se extraem indícios de materialidade do fato ilícito e autoria criminosa, e sem a qual o julgador deve rejeitar a denúncia e não abrir a fase processual, conforme consta no art. 41 do CPP.

Outrora, não se exigia a justa causa, conforme se pode interpretar do antigo art. 399: “O Ministério Público ou o querelante, ao ser oferecida a denúncia ou a queixa, e a defesa, no prazo do art. 395, poderão requerer as diligências que julgarem convenientes”. Ou seja, inobstante não possuir provas suficientes contra determinada pessoa, poder-se-ia interpor uma ação penal contra aquela.

Prado explica que a justa causa é obrigatória contudo há diversos meios de se atingir o seu conteúdo, como inquérito policial:

Em realidade, a investigação criminal não é obrigatória, desde que o autor da ação penal apresente ao juiz indícios de autoria e da infração penal, o que poderá ser feito por meio de documentos particulares, nos casos de ação penal privada. Todavia, a forma mais comum de pesquisar o suporte probatório mínimo e demonstrar a existência de justa causa tende a ser a investigação criminal e entre as suas espécies predomina o inquérito policial (2005, p. 270).

No que toca ao inquérito policial, este é um procedimento administrativo gerido pelo delegado de polícia civil ou federal, e que possui algumas características, a exemplo do sigilo, escrito até ser documentado, não contraditório, pode ser instalado de ofício, ou mediante requisição do juiz e do Ministério Público, em casos de ação pública incondicionada, e ainda mediante representação quando o crime for do tipo público condicionadas a representação ou requisição do Ministro da Justiça, e ainda quando for ação privada, necessário o requerimento pelo ofendido ou quem possa representá-lo.

Desta forma, o inquérito policial não é exercido imerso a função jurisdicional, ao revés, o magistrado é que possui, quando provocado, o dever de garantir a regularidade procedimental e garantias dos investigados e indiciados.

Frise-se que o inquérito policial, ao finalizar deve ser encaminhado à autoridade judiciária, conforme o art.10, § 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente. Vale frisar que o juiz poderá ordenar de ofício o arquivamento do inquérito, ou enviar ao *parquet* para que este decida, em requerer novas diligências imprescindíveis, ou o arquivamento, ou formular a denúncia, conforme art. 18 e art. 28, ambos do CPP.

Pondera-se que o juiz está imerso a todo instante nas investigações, autorizando quebra de sigilo telefônico, permitindo escutas ambientais, busca e apreensão de documentos, entre outros, situações nas quais sempre terá de analisar os pleitos, a fim de deferir ou não, determinadas investigações, se imiscuindo na atividade investigativa, à guisa de exemplo no CPP, o art. 13, inciso II, art. 16, art. 23 etc.

Verbera-se a atuação do magistrado, no sentido de controle do princípio da obrigatoriedade do Ministério Público, através do qual fica obrigado a atuar sempre que houver o seu cabimento. Deste modo, quando for o caso de o membro do *parquet* opinar pelo arquivamento do feito, e o julgador receber o pleito, este pode invocar o art. 28 do CPP, para remeter ao Procurador-Geral de Justiça os autos a fim de que este formule denúncia, indique outro membro da entidade ministerial para propor a denúncia, ou ratificar o pedido do arquivamento, quando só então o juiz está obrigado a seguir o solicitado.

Dessarte, em alguns pontos o juiz apresenta-se reverberante no momento pré-processual do inquérito policial, devendo ser mitigada a sua atuação em face da proteção do sistema acusatório. O *Parquet* é entidade essencial à justiça, conforme determina o caput do art. 127 da CF/88: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Não se pode olvidar que possui autonomia funcional, e possui as mesmas prerrogativas, garantias e vedações do magistrado. Logo, não há que haver qualquer resquício de desconfiança na atuação ministerial, já que a esta é atribuída à defesa da ordem jurídica, sempre devendo atuar de forma a preservá-la. No mais, não se pode considerar a atuação da autoridade jurisdicional superior a dos membros do Ministério Público, pois estão no mesmo patamar, apenas com competências e atribuições díspares, contudo integrando a mesma justiça.

Cabe alertar que ao afirmar que integram a mesma justiça, não se está incluindo o Ministério Público como órgão do Poder Judiciário, os quais estão devidamente especificados no art. 95 da CF/88, prega-se, em verdade, que é uma instituição com o fulcro de preservar a Justiça, como observância do ordenamento jurídico, respeitando os valores sociais, morais, éticos e legais, que devem estar presentes em todas as sociedades estereotipadas como civilizadas, sendo o mesmo objetivo dos integrantes do Poder Judiciário.

Nesta toada é que os autores pátrios defendem a cláusulas de reserva jurisdicional, nas quais apenas os investidos da jurisdição (maioria dos órgãos do Poder Judiciário, exceto o Conselho Nacional de Justiça) possuem competência constitucional de decidirem sobre restrições de alguns direitos, tais como liberdade em face da prisão, privacidade em face da interceptação telefônica, domicílio como auxílio inviolável em face da escuta ambiental, entre outras medidas constritivas necessárias para que haja o prosseguimento das investigações criminais.

Ressalta-se que essas medidas cautelares específicas devem ser requisitadas durante a investigação, seja por solicitação da autoridade policial, ministerial ou ofendido, jamais de ofício do magistrado (no sistema puramente acusatório), sob pena de fragilizar o princípio da imparcialidade tão caro ao sistema acusatório. Deste modo, nesta fase cautelar, caracteriza-se pela observância do devido processo legal do cumprimento das medidas constritivas, mas o contraditório é diferido, levado à fase da instrução para discussão.

No que concerne ao poder geral de cautela, depreende-se que apenas pode ser exercido pelo magistrado quando provocado, contudo há vozes destoantes, como Galeno Lacerda *apud* Prado, afirmando que o juiz possui amplo poder de cautela:

a disposição do artigo 797 do Código de Processo Civil, autorizando o juiz a determinar medidas cautelares, sem audiências das partes, em caráter excepcional, configura verdadeira permissão legal, excepcional, de provimento cautelar ex officio, ao contrário da regra instituída no artigo 2º do mesmo diploma e da posição adotada por muitos tribunais (RT 607/57) (2005, p.281).

E não por acaso o art. 311 do CPP estabelece que poderá haver prisão preventiva decretada pelo magistrado de ofício, expressando uma medida de cautela pelo juiz:

Vislumbra-se claramente, em alguns pontos um ranço da inquisitória no sistema. Todavia, em harmonia com o princípio acusatório, se as medidas cautelares, em regra, não podem ser postas de ofício pelo juiz, este poderá, em face do sistema garantista, conceder medidas liberatórias de ofício, como liberdade provisória, relaxamento de prisão ilegal e habeas corpus.

Nas vias processuais, percebe-se que seja na denúncia ou na queixa, o acusador deverá articular a narração dos fatos, com indicação das provas, e capitulação legal de enquadramento fático. Contudo, o magistrado não está adstrito ao conteúdo acusatório, pois a ele cabe o conhecimento da norma legal - *jura novit cúria* - e ao réu a defesa dos fatos a ele imputado, deste modo há previsão normativa de mecanismo próprio para se readequar a capitulação legal seja pela *emendatio libelli* seja pela *mutatio libelli*.

Até mesmo antes da sentença pelo instituto da *emendatio libelli* o juiz pode alterar a delimitação objetiva da demanda, caso seja para beneficiar ao réu, alterar a competência e fixar o rito processual, contudo não poderá alterar para prejudicá-lo:

Assim, alude a precedente do STJ, registrando que, na hipótese de erro de capitulação na peça inicial, pode o magistrado proceder à correção e adequação da tipificação, atribuindo aos fatos definição jurídica diversa, ainda que tenha que aplicar pena mais grave; nessa situação, em que não há a superveniência de fato novo, não existe a necessidade de impor aditamento da denúncia - tal como ocorre com a *mutatio libelli*, regulada no art. 384 do CPP - e, conseqüentemente, de abrir prazo para a defesa se manifestar, indicando, inclusive, novas testemunhas. APn 472-ES, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgada em 1º/6/2011. (informativo 475-STJ)

não se pode admitir que, no ato em que é analisada a própria viabilidade da persecução criminal, o magistrado se manifeste sobre a adequação típica da conduta imputada ao réu, o que, evidentemente, configura indevida antecipação de juízo de valor acerca do mérito da ação penal. Dessa forma, havendo erro na correta tipificação dos fatos descritos pelo órgão ministerial, ou dúvida quanto ao exato enquadramento jurídico a eles dado, cumpre ao magistrado receber a denúncia tal como proposta, para que, no momento em que for prolatar a sentença, proceda às correções necessárias. Ressalte-se que a doutrina e a jurisprudência têm admitido em determinados casos a correção do enquadramento típico logo no ato de recebimento da exordial acusatória, mas somente para beneficiar o réu ou para permitir a correta fixação da competência ou do procedimento a ser adotado. Por outro lado, não se pode admitir que o magistrado, em prejuízo ao réu e sem que exista erro grosseiro por parte do membro do Parquet, atue de modo a alterar os parâmetros da denúncia formulada, o que configura violação ao princípio dispositivo, desrespeito à titularidade da ação penal e antecipação do julgamento do mérito do processo. RHC 27.628-GO, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 13/11/2012. (Informativo 509 -STJ)

Observa-se que pelos informativos acima destacados, a jurisprudência, consigna prudência ao julgador para que este possa alterar a qualificação legal proposta na denúncia ou

queixa, apenas na sentença, independente de intimação das partes, mesmo quando prejudique o acusado, todavia desde que não se tenha a alteração fundada na modificação dos fatos narrados. Por outra banda, permite-se a modificação, desde o recebimento da peça acusatória, apenas, e exclusivamente, em situações para beneficiar o réu, deslocamento da competência ou adequação ao rito correto.

Resta consignado na jurisprudência, de forma pacífica, a possibilidade de atuação do juiz quando para beneficiar o réu.

No que tange à produção de prova, o que não pode ser matéria de oblição, adverte-se que a prescrição do CPP é claro quando afirma que nos arts. 156 e 209, que o juiz poderá produzir provas, quando necessário.

A indicação da norma legal é clara e causa uma obliteração parcial no ônus da prova das partes, ao passo que impõe ao juiz a produção de prova de ofício, imputando-o a função investigativa ao deslinde do litígio, quando na fase do inquérito, apenas no caso do inciso I art. 156.

Em julgamento digno de nota, o STJ decidiu, com maestria, que para o caso em questão, o juiz agiu de forma inquisitiva, produzindo prova ainda na fase investigativa sob argumento de que a causa era complexa, e por conseguinte declarou nulo todo o processo:

Na espécie, ainda na fase de investigação preliminar, antes que fosse oferecida a denúncia, o juiz, por entender que a causa era complexa, iniciou a realização do interrogatório de alguns réus. O referido procedimento não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, o que **torna nulos não apenas os atos decisórios, mas todo o processo. O juiz não pode realizar as funções do órgão acusatório ou de Polícia Judiciária, fazendo a gestão da prova, pois seria retornar ao sistema inquisitivo.** Assim, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para declarar a nulidade de todo o processo, não apenas dos atos decisórios, bem como dos atos praticados pelo juiz durante a fase das investigações preliminares, determinando que os interrogatórios por ele realizados nesse período sejam desentranhados dos autos, de forma que não influenciem a *opinio delicti* do órgão acusatório na propositura da nova denúncia. RHC 23.945-RJ, Rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 5/2/2009. (grifo nosso)

Obtempera-se pela mitigação desse poder probatório atribuído ao juiz, para que não macule o sistema acusatório. Por outra via, está assente que há o entendimento jurisprudencial que o Brasil adota em sua processualística penal é o sistema acusatório.

Na exposição de motivos relata o Ministro Francisco Campos a necessidade de ter uma juiz que possa produzir provas de ofício quando lhe pareçam necessárias à verdade:

Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas

que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet* (1941, p.4).

A ideologia do CPP em conferir ao julgador a gestão da prova, o pôs em obrigação de praticar todas as condutas legítimas a fim de extirpar quaisquer dúvidas razoáveis ao julgamento, ampliando por consequência seu campo de atuação jurisdicional, todavia sem ferir as garantias fundamentais do acusado.

Outro ponto bastante considerável na fase de conhecimento do processo penal é o recurso de ofício, o qual está regulamentado pelos artigos 574 a 620 do CPP.

Destaca-se que o inciso II foi tacitamente revogado quando da edição da Lei nº 11.689/2008, modificando o teor do art. 411 e transformando-o em art. 415, e editando o art. 416, a seguir transcrito: “art. 416. Contra a sentença de impronúncia ou de absolvição sumária caberá apelação”. Percebe-se que caso haja a hipótese do revogado inciso II, caberá apelação (recurso voluntário).

Ainda no CPP, prevê-se que: “art. 746. Da decisão que conceder a reabilitação haverá recurso de ofício”. Nesta toada, caso o juiz conceda a reabilitação do condenado, a fim de que ele readquirira seus direitos tolhidos com a sentença condenatória, haverá o exame pelo Tribunal de Justiça, a fim de ratificação.

Recorda-se que o art. 7º da Lei nº 1.521/51, prescreve a obrigatoriedade do recurso de ofício no caso de absolvição em crime contra a economia popular ou à saúde pública: “Os juízes recorrerão de ofício sempre que absolverem os acusados em processo por crime contra a economia popular ou contra a saúde pública, ou quando determinarem o arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial”.

Hodiernamente, estes são as três hipóteses as quais se deve haver o recurso de ofício como condição de eficácia da sentença.

E Prado aponta que a medida do recurso necessário confunde-se com os interesses de defesa social, de repressão social prestigiando a tutela coletiva:

Não há como disfarçar que o interesse público (estatal?) protegido mediante a atual conformação do duplo grau confunde-se com os interesses de defesa social que são perceptíveis a partir da consideração da repressão penal como vetor de uma ordem social que prestigia tal tutela prioritariamente (2005, p.293).

O Código Processual está firme no sentido de que o recurso necessário é constitucional e, como expressamente previsto no ordenamento pátrio deve ser cumprido sob de peche na eficácia e validade da sentença.

Por fim, apresenta-se o aresto de magnitude insofismável para a execução penal, qual seja no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, em que o STF decidiu, na voz do Relator Ministro Teori Zavascki que: “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência”. Entre seus fundamentos apresentou-se a busca do equilíbrio entre o princípio da inocência e da efetividade da função jurisdicional penal, e salientou a necessidade de resgatar o direito de punir intrínseco ao Estado:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (2016, p.1)

Nesse quadro, cumpre ao Poder Judiciário e, sobretudo, ao Supremo Tribunal Federal, garantir que o processo - único meio de efetivação *do jus puniendi* estatal -, resgate essa sua inafastável função institucional. A retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado. Não se mostra arbitrária, mas inteiramente justificável, a possibilidade de o julgador determinar o imediato início do cumprimento da pena, inclusive com restrição da liberdade do condenado, após firmada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias. (2016, p.15)

Percebe-se que, a função do dever de repressão social ainda pulula de modo insone e firme no pulso dos julgadores. E através desse julgamento, possibilita-se a execução provisória das penas privativas de liberdade, quando há uma ratificação em grau de recurso de uma decisão proferida por um juiz singular na primeira instância. Fere-se expressamente a Constituição da República em seu art. 5º, inciso LVII, assim como o art. 283 do CPP, com redação dada pela lei recentemente em 2011.

Vislumbra-se por esta via que ao STF, afirmar e lançar este precedente, inicializar-se-á uma corrida à punição daqueles que estão condenados em grau de recurso por meio de uma decisão ratificadora da de primeira instância, assim como haverá um alinhamento no sentido de investigar-se cautelosamente e eficazmente para que não paire qualquer dúvida em qualquer instância quanto a análise das provas e fatos ao pleito do caso concreto.

2.6 Escorço sobre as características dos sistemas processuais

Os sistemas processuais podem ser classificados em três subespécies como já destacado alhures, contudo, traçam-se as características doutrinariamente pacíficas acerca deles.

2.6.1 O sistema acusatório

A par da anterior apresentação das características do sistema acusatório, fulcrado no princípio acusatório, apresenta-se as seguintes características ensinadas por Marcos Alexandre Coelho Zilli, como a imparcialidade, acusação, julgamento e defesa em pessoas diferentes, acusado como sujeito de direitos, procedimento publico, oral, contínuo e contraditório, sistema do livre convencimento, e sentença é produto de votação dos julgadores:

1 – A jurisdição penal é exercida, essencialmente, por tribunais populares, posicionando-se o julgador como um árbitro imparcial entre acusador e acusado; 2 – A persecução penal é exercida por uma pessoa física que não possui qualquer vínculo com os órgãos oficiais de persecução; 3 – O acusado é considerado como um sujeito de direitos estando, pois, em posição de igualdade frente ao acusador; 4 – O procedimento desenvolve-se mediante um debate público, oral, contínuo e contraditório; 5 – Na valoração da prova, impera o sistema do livre convencimento, não estando os juízes subordinados a regras específicas e rígidas quanto à valoração das provas apresentadas; 6 – A sentença é o resultado de uma votação, que pode tomar por base a vontade expressa pela maioria ou pela unanimidade dos julgadores (2003, p. 38).

Transparece que o processo acusatório está bem próximo ao procedimento do tribunal do júri do processo penal brasileiro.

Giovani Conso *apud* Coelho Zilli, aponta as como características a pessoas distintas em acusar e julgar, processo publico, oral, paridade de direitos e poderes, liberdade do acusado sem sentença, e exclusão do juiz na prova:

a) necessità di un' acusa proposta e sostenuta da persona distinta dal giudice; b) pubblicità de tutto il procedimento; c) sua conseguente oralità; d) pirità assoluta di diritti e di poteri fra accusatore ed imputato; e) esclusione di qualsiasi libertà del giudice nella raccolta delle prove da parte dell'accusatore e dell'imputato; g) libertà personale dell'accusato sino alla sentenza irrevocabile (2003, p.39).

Destaca-se que as características são próximas e semelhantes no direito interno e no direito internacional. Constando a separação de funções de acusação e julgamento,

imparcialidade, passividade, contraditório, publicidade, oralidade como as principais características.

Verifica-se neste caminhar que o princípio regente do sistema processual penal brasileiro é o acusatório, pois se encaixa em sua plenitude com as características já abordadas alhures e cotejadas com as do presente tópico.

Decerto que há elementos inscritos no CPP, que marcam os traços do sistema inquisitorial, todavia são pontuais, e à vista da CF, esta se perfilha perfeitamente as exigências dos caracteres básicos daquele tipo de sistema, não havendo espaço para vigorar o sistema inquisitorial.

Pela conformidade da existência do sistema acusatório se expressa a própria jurisprudência do STF e TJPB no processo nº 20117802120148150000:

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. (HC 115.015, rel. min. Teori Zavascki, 2ª T, DJE de 12-9-2013). O sistema jurídico vigente no Brasil— tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático — impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado reato societário, a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa. (HC 84.580, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, DJE de 18-9-2009).

Ademais, cabe ao órgão julgador na aplicação do CPP, a efetivação da interpretação conforme a CF e nesse sentido, praticar os atos conducentes do processo de maneira que seja adequada ao sistema acusatório, não cabendo mais, na atualidade, a interpretação e aplicação literal da lei sem haver a conformidade com o ordenamento jurídico, máxime com a CF.

2.6.2 O sistema inquisitório

Ao sistema inquisitório, podem-se identificar as seguintes características apresentadas pelo eminente Coelho Zilli (2003, p.40), tais como, monarca ser o depositário da jurisdição, acusação e julgamento feito pelo mesmo órgão, acusado é objeto de persecução, processo secreto, escrito, descontínuo, sistema de provas legais, recurso julgado pelo monarca sendo-lhe devolvida inteiramente a matéria do processo em julgamento.

No mesmo sentido, Nagima sustenta as seguintes características, tais como, acusação e julgamento no mesmo órgão, processo sigiloso, acusado é objeto de direito, confissão é rainha das provas, existência da presunção da culpa:

a) reunião das funções: o juiz julga, acusa e defende; b) não existem partes – o réu é mero objeto do processo penal e não sujeito de direitos; c) o processo é sigiloso, isto é, é praticado longe “aos olhos do povo”; d) inexistem garantias constitucionais, pois se o investigado é objeto, não há que se falar em contraditório, ampla defesa, devido processo legal etc.; e) a confissão é a rainha das provas (prova legal e tarifação das provas); e f) existência de presunção de culpa? O réu é culpado até que se prove o contrário (2011, p.1-2).

Nessa senda, percebe-se as semelhanças das características, podendo-se resumir em: parcialidade, ativismo, sigilo, contraditório diferido ou inexistente, tarifação de provas, entre outras.

Verifica-se que este sistema não vigora no Brasil, e é considerado por alguns doutrinadores como fato histórico, antepassado que não circunvizinha mais o mundo civilizado calcado no Estado de Direito.

2.6.3 Sistema misto

Coelho Zelli (2003, p.41), apresenta ainda outros sinônimos do sistema misto, como inquisitório reformado ou napoleônico, e ainda apresenta as seguintes características do sistema, obtemperando-se que poderá haver variações de ordenamento para ordenamento jurídico, quais sejam, jurisdição exercida por tribunais, tendo juízes leigos e profissionais, acusação e julgador são pessoas diferentes, acusado é sujeito de direitos, decisões são recorríveis, há a presunção da inocência a favor do acusado, adoção do sistema do livre convencimento.

Por outra via, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, traz a baila outra visão, que o sistema é uma soma de elementos dos dois sistemas, e considera que o sistema do Brasil é inquisitório com adereços do princípio acusatório, e explana que a grande diferença entre um e outro se passa pela gestão da prova:

Desde uma visão mais adequada, os sistemas são mistos não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou, em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema inquisitório, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano. Neste passo, porém, ainda não se tem uma diferença concreta entre os sistemas mistos, como se pode perceber. E ela (a diferença) não se dá em razão do arcabouço filosófico colocado à disposição, muito menos pelas regras jurídicas que podem reger a matéria. Na realidade – e em compatibilidade com o que se pode ler dos fundamentos históricos dos dois sistemas – a opção, no caso, é política, seja por um ou por outro sistema.

Ora, faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis por que todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um e de outros, tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros. Daí que a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado (2009, p.7).

Ao fim, percebe-se que no sistema misto há elementos dos dois sistemas, inquisitorial e acusatório, e parte da doutrina, outrossim, se filia a este. O grande mister desse sistema, é que caracteriza o inquérito policial como um sistema inquisitivo, imputando-o como parte do exercício da jurisdição. Ocorre que a investigação preliminar não é jurisdicional, entretanto é exercida pelo Estado-administração, conforme afirma Afonso Silva Jardim

Como se sabe, o inquérito policial tem natureza administrativa, sendo atividade investigatória do Estado-Administração, destinada a dar lastro probatório mínimo a eventual pretensão punitiva. Se tal é a natureza do procedimento policial, outra não pode ser a natureza dos diversos atos que o compõem. (...) Mesmo os atos praticados pelo Juiz no curso do inquérito tem a natureza administrativa, sendo, por isso, chamados pelo Professor Fernando da Costa Tourinho Filho de anômalos, tendo em vista o sistema acusatório. Não são jurisdicionais, pois sem ação não há jurisdição (2001, p.225).

Desta forma, conclui-se que o sistema misto não integra o processo penal brasileiro, sendo a fase do inquérito policial mera atividade administrativa dirigida pelo Delegado de Polícia, com o controle do Ministério Público, e sob o auspicioso o garantismo da atuação do Juiz.

3. Discussão da imparcialidade dos princípios da identidade física do juiz e da busca da verdade

O sistema acusatório é integralizado por diversas características, dentre as quais se aponta a oralidade nos procedimentos, dentre outros princípios que lhe regem tanto ao olhar do legislador ao editar normas jurídicas quanto aos sujeitos do processo que atuam incisivamente, efetivando as regras processuais, e, outrossim, para a sociedade que pode controlar externamente a atuação de todos.

3.1 Considerações em torno da identidade física do juiz

O princípio da identidade física do juiz nasce a partir de um corolário do princípio da oralidade. Assim, entende o mestre Júlio Frabbrini Mirabete *apud* Ivone da Silva Barro, demonstrando que desenvolve-se em imediatidade, identidade física do juiz e concentração:

Pelo princípio da oralidade as declarações perante os juízes e tribunais só possuem eficácia quando formuladas através da palavra oral, ao contrário do procedimento escrito. Como consequência desse princípio se compreende a necessidade da **concentração**, que consiste em realizar todo o julgamento em uma ou poucas audiências a curtos intervalos, como ocorre, por exemplo, em parte, no julgamento perante o Tribunal do Júri ou nas Cortes de 2º e 3º grau. Outro corolário da oralidade é a **imediatidade** (ou imediação), consistente na obrigação de o juiz ficar em contato direto com as partes e as provas, recebendo assim, também de maneira direta, o material e elementos de convicção em que se baseará o julgamento. Por fim, para que se estabeleça o que se denomina genericamente de “procedimento oral”, requer-se a **identidade física do juiz**, que é a vinculação do magistrado aos processos cuja instrução iniciou (2008, p. 64).

Do mesmo modo, Neves:

Por fim, mas não menos importante, percebe-se a oralidade e a publicidade como características do sistema acusatório moderno. Oralidade esta que significa: “(i) a predominância da palavra falada; (ii) a imediatidade da relação do juiz com as partes e com os meios de prova; (iii) a identidade física do órgão julgante em todo decorrer do processo; (iv) a concentração da causa no tempo (2014, p.15).

Verifica-se que o princípio da identidade física do juiz é um dos pilares do sistema acusatório, devendo-se nos procedimentos previstos pela lei processual constar a sua presença.

Assim, defendia Marteleto Filho (2009, p.17) antes da edição da referida lei: “Urge, portanto, propugnar por reforma legislativa, de modo a que se adote, no âmbito do processo

penal, o princípio da *identidade física* do juiz, como instrumento necessário para a efetivação da oralidade, inerente ao sistema acusatório”.

E essa precisão de incluir o princípio em estudo no CPP clarifica-se como mecanismo de garantir ao final do procedimento a garantia da oralidade, assim explica Marteleto Filho:

O contato imediato do juiz com as provas e o diálogo constante e direto do julgador com as partes compõem a essência da garantia da *oralidade*. Na medida em que os atos processuais são reduzidos a *termos escritos*, e que o juiz a quem competirá proferir a sentença pode ser outro que não participou da instrução, não há como sustentar que a oralidade surtiu seus efeitos principais (2009, p.16).

Desse modo, foi o que o legislador em 2008, através da Lei nº 11.719/2008, fez alterando o art. 399 do CPP, expressando: Art. 399, § 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

No projeto de lei houve como justificativa para adoção desta revisão no CPP:

São estas, em síntese, as modificações constantes do projeto. Visam, em conjunto, a modernizar o processo penal, dando-lhe celeridade compatível com as exigências da acusação e da defesa. Não suprime um só ato ou termo que interesse efetivamente à eficácia do desempenho de uma ou outra. Em suma, simplifica, atualiza, consagra no texto a lição da doutrina, já há tanto tempo convencida de que a economia de esforços e recursos adotada no projeto constitui segura contribuição para o melhor desempenho da Justiça Criminal.

Essa justificativa, outrossim, válida ao princípio em comento, demonstra que há muito, a doutrina já estava filiada a adoção deste princípio como mecanismo de se aproximar os sistema processual vigente no CPP ao sistema acusatório, adotando garantias ao acusado.

Assim comenta Neves afirmando que o sistema acusatório é mal compreendido:

importante alertar que o sistema acusatório (moderno) apresentado sofre mitigações ou é mal compreendido (e mal utilizado) em diversos países, especialmente na realidade jurídica brasileira, detentor de um Código de Processo Penal formulado em 1941, eivado de diversos mecanismos nitidamente inquisitorial (2014, p.14).

Reverbera-se deste modo a relevância deste princípio, já que através dele o juiz obterá maior propriedade no seu sentido de julgar. Nesse sentido filia-se Altavila apud Barros que afirma que quem julga deve sentir clinicamente o acusado quanto a sua percepção do fato:

O importante é que quem julga compreenda aquilo que o acusado diz, e saiba apreciar as suas mudanças de cor, as suas perplexidades as suas contradições, se preconceitos, sem lei fixas, mas caso por caso, com o auxílio de uma cultura psicológica que lhe torne possível, em cada delito, estudar um homem com se fosse um caso clínico digno de ser atentamente examinado (2008, p.166).

No mesmo sentir está Pedro Henrique Demerciam apus Barros (2008, p.167) defendendo que o princípio está favorecendo o acusado, máxima na penalização individual:

A vinculação do juiz ao processo constitui uma autêntica garantia do acusado. Para todo e qualquer juízo de mérito e, principalmente, para a plena satisfação do princípio constitucional da individualização da pena (CF, art 5º, XLVI), é indispensável a prolação da sentença pelo juiz que manteve contato direto com os protagonistas do processo.

Anota-se que a identidade física do juiz é extremamente importante no julgamento. Conforme Coutinho o juiz ao expressar o *sentire* une tudo o que foi produzido até então no processo, reconstituindo o fato preterido com elementos presentes:

Os sistemas processuais penais, por tal vereda, vão pensados assim e, por isso, relacionados ao fim último do processo (*dicere ius ou iuris dictio*), expressão do *sentire* (sentença) do órgão jurisdicional. Para decidir/sentenciar, todavia, precisa-se de conhecimento e, para tanto, faz-se mister, como se sabe, da prova: tudo aquilo que é produzido (introduzido) no processo com o objetivo de tornar conhecido fatos, pessoas ou coisas. Neste momento, ganha grande significado o conceito de processo aventado por Canuto Mendes de Almeida, isto é, algo como a reconstituição histórica de um fato pretérito que é o crime (2009).

O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, assim como se procede com todas as normas principiológicas, sendo tomadas como diretriz para atuação e regramentos posteriores. Em meio ao CPP não se determina expressamente as exceções, contudo reconhece-se que há a lacuna. Diante da problemática, aplica-se como mecanismo de solução a analogia, através do art. 3º do CPP cumulado com o art. 132, *in fine*, do Código de Processo Civil.

Deste modo, a colmatação existe dentro do ordenamento jurídico relativizando a efetividade do princípio do em análise, para os casos de licenciamento, promoção, aposentadoria ou qualquer afastamento de qualquer natureza.

E assim entende o STF quando afirma que nesses casos previstos legalmente, não há que se questionar a legitimidade da decisão, havendo de considera-la válida e não nula.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTURAL E FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS (ARTIGOS 184, § 2º E 273, § 1º-B, INCISO I, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ DIVERSO DO QUE PRESIDIU A INSTRUÇÃO DO FEITO. **PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA. HIPÓTESE QUE SE ENQUADRA NAS EXCEÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 132 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MAGISTRADO QUE ATUOU NA FASE INSTRUTÓRIA EM GOZO DE FÉRIAS NA DATA EM QUE CONCLUSOS OS AUTOS PARA SENTENÇA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. (...) O princípio da**

identidade física do juiz (art. 399, § 2º, do CPP) deve ser aplicado com temperamentos, de modo que a sentença só deverá ser anulada nos casos em que houver um prejuízo flagrante para o réu ou uma incompatibilidade entre aquilo que foi colhido na instrução e o que foi decidido. Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao analisar o Habeas Corpus (n. 0056257-94.2013.8.26.0000/SP), teceu as seguintes considerações: “Entretanto cabe aqui ressaltar que **tal princípio não tem caráter absoluto, devendo aplicar-se, no âmbito do Direito Processual Penal, as exceções previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil.** (STF - HC: 121624 SP, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 23/05/2014, Data de Publicação: DJe-101 DIVULG 27/05/2014 PUBLIC 28/05/2014) (grifo nosso)

Salienta-se que, inobstante estar inserto no CPC/73, no novel CPC/2015, não mais há o princípio da identidade física do juiz expressamente, o que irá gerar polêmicas quando de sua aplicação, porque uma vez revogado o CPC/73 pelo CPC/2015, passa-se a não mais haver as circunstâncias excludentes acima referidas.

3.2 Imparcialidade do julgador perante a identidade física do juiz

A imparcialidade do julgador é sobrexaltada no sistema acusatório, já que neste requer-se um juiz imparcial equidistante das partes, a exercer a jurisdição de maneira escoreita, atribuindo-se o direito a quem realmente demonstrou cabalmente no processo a certeza de possuí-lo.

Na leitura no art. 399, § 2º do CPP, obtempera-se pelo que se denomina a presidência da instrução. Sabe-se que pelo art.400 do CPP são produzidos vários atos processuais, contudo o mais importante é o último, qual seja, o interrogatório do acusado, haja vista ser neste que o juiz deve deter maior atenção e empenhar maior análise. Leciona, outrossim, na mesma senda Ferreira (2010, p.205): “Entendimento adequado seria no sentido de o juiz que presidiu a instrução deve ser considerado o que realizou o interrogatório do acusado, na medida em que este ato é o mais importante da instrução”.

Nesta senda o juiz ao presidir a instrução, máxime o interrogatório, deve ficar atento para que possa analisar fielmente as proposições da acusação e da defesa, através de uma consciente e mediata opção entre as alternativas existentes, seja pela condenação seja pela absolvição, deliberando de forma escoreita acerca do caso. O magistrado passa a ponderar os fatos levados aos autos até aquele momento, a fim de extrair suas conclusões, cotejando-se com as palavras do réu.

Ao assim proceder, o julgador está aplicando o mais profundo contraditório, e laborando de forma mais imparcial possível, haja vista, oportunizar ao réu a vantagem de no

último momento processual conseguir descaracterizar todo o emaranhado cênico desenvolvido pela acusação, influenciando profundamente o juiz na tomada de sua decisão.

Conforme Afrânio Jardim que comenta acerca do contraditório quando afirma que o réu passa a ser sujeito de direitos, promovendo a dialeticidade: “atende à estrutura dialética do processo penal acusatório e decorre da concepção liberal de que as partes são sujeitos da relação processual, titulares de direitos, deveres, poderes, sujeições e ônus” (2003, p.40)

O princípio da identidade física gera por um lado a oportunidade processual de que o acusado expresse de uma forma definitiva sua autodefesa, perfazendo esclarecimentos, expondo a sua versão dos fatos, espraçando dúvidas sobre sua atividade ilícita, ou pondo, cabalmente, a certeza de sua licitude, finalizando questionamentos na sua orbe, seja através do interrogatório seja por outros atos processuais do iter instrutório que podem ser praticados como forma de ampla defesa.

Por outra via, discute-se na doutrina, se no sistema acusatório a imparcialidade do julgador é afetada pela sua atividade probatória. Há quem sustente que a gestão da prova pelo magistrado, e sua atuação durante a fase de instrução, acarreta a parcialidade do julgador. Assim, Pedro Henrique Chaib Sidi entende que o juiz deve permanecer inerte na produção de provas, apenas garantindo a equivalência de direitos às partes:

Sendo assim, com o objetivo de preservar a sua imparcialidade, o juiz deve permanecer alheio a atividade de produção das provas. Cabe tão somente as partes a gestão das provas, ao magistrado resta o papel de garante das regras do jogo, atentando para possíveis violações aos direitos e liberdades fundamentais agasalhados pela Carta Magna (2012).

José Laurinho de Souza Netto defende, outrossim, a equidistância do juiz às partes, tendo a função de garantir as regras do processo para ambos, sem qualquer interferência no mundo das provas:

No sistema acusatório, o juiz que preside o processo é uma entidade supra partes, conhece das razões de quem acusa e quem se defende e depois decide como um árbitro. Esse tipo de estrutura implica que a pessoa acusada tenha a possibilidade de se defender desde o início; essa estrutura exige também, por isso mesmo, que quem acusa seja uma entidade diferente de quem julga, isto é, a entidade que decide há de ser uma entidade a quem a acusação é trazida por outra entidade. Nesse sentido, a sua imparcialidade está assegurada (2003, p.24).

Em sentido contrário, José Roberto dos Santos Bedaque defende a ideia de que o magistrado deve possuir o poder probatório, pois o individualismo político e filosófico já está ultrapassado, e não atende a realidade socioeconômica do Estado moderno:

Aquilo que se convencionou chamar de processo acusatório, em que os poderes de iniciativa das partes são levados a extremos, resulta de um individualismo político e filosófico já ultrapassado, pois não atende à realidade socioeconômica do Estado moderno, cuja atividade é toda voltada para o social (2001, p.110).

Defende esta corrente, Ada Pellegrini Grinover (1999, p.73) quando afirma: “Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário”.

Contudo, a corrente da não possibilidade de atuação do juiz na fase de instrução é tida como majoritária, conforme Baldissera:

O que prevalece é justamente a iniciativa das partes no andamento processual como certo e a exclusão da iniciativa cada vez mais avançada do juiz no processo, ficando apenas com a incumbência de proferir sentença e analisar de maneira imparcial o processo (2014, p.7).

Inobstante ser majoritária a primeira corrente esposada, crê-se que, em verdade a imparcialidade não é afetada quando da atuação do juiz na fase instrutória.

Seria um contrassenso afirmar que no sistema acusatório exige-se o cumprimento do princípio da oralidade, do qual se extrai o princípio da imediatidade, da concentração e da identidade física do juiz, e ao mesmo tempo afirmar que impede a atuação probatória do magistrado na colheita de provas.

A produção de provas no processo se perfaz em quatro etapas: a promoção, admissão, produção e valoração, conforme Gomes Filho (1997, p.44). Na fase da promoção a qual é tomada pelo iniciador, solicitador da diligência, não há atuação do juiz, já que este não cabe propor a prova. Contudo na etapa da admissão, o julgador deverá decidir se é adequado, pertinente, eficaz e legítima determinada produção de prova, o que neste exato momento já o tornaria suspeito, pois passaria a se supor que qualquer decisão, permitindo ou vedando, implicaria que o juiz estivesse atuando de modo parcial, mesmo que justificasse o veredito. Esse sentido é imaginável porque a prova seria crucial e decisiva na futura sentença.

Neste mesmo caminho, outrossim, o juiz pode verificar a legitimidade e licitude das provas de ofício, já que é matéria de ordem pública, pois está nas garantias fundamentais do cidadão, art. 5º, inciso LVI da CF/88. Deste modo, o julgador, ao receber o conjunto probatório pode passar a excluir determinadas provas, justificando-se por falha na colheita da prova, e resultar na parcialidade do julgamento definitivo, mesmo que passe pelo crivo do contraditório, conforme Fidalgo (2013).

Nesta esteira, não se pode apontar a possibilidade de mitigação da presunção de imparcialidade do magistrado tão só pela gestão da prova, pois de um passo ou de outro, o

magistrado está umbilicalmente ligado à produção de prova, não atuando apenas na última etapa qual seja a valoração, todavia em todo o *iter* probatório.

Compreende-se a baila do exposto, que a identidade física do juiz, garante a este, a participação na instrução, em toda em todas as etapas, incurso fase processual, o que não é proibido nem incompatível pelo sistema acusatório, ou por seu princípio regente acusatório.

Assim, leciona Zilli que a produção probatória é perfeitamente possível no âmbito do sistema acusatório:

Do exposto, vê-se que o reconhecimento de uma iniciativa instrutória do julgador, nos moldes aqui delineados, não é incompatível com um sistema processual penal de índole acusatória, desde que seja este caracterizado, apenas, pela outorga das funções de julgar e acusar a diferentes órgãos (2003, p. 124).

Nesta esteira, o juiz pode ao admitir as provas, produzir outras que estejam em seu meio, realizando perguntas a testemunhas não realizadas a contento pelo Parquet ou pela defesa, solicitando esclarecimento do réu, do perito, da vítima, entre outros atos procedimentais. Visa, assim, ao final, juntar e valorar o conjunto probatório para que seja deliberado por um caminho mais escorreito, condizente com as provas apresentadas.

Ao assim agir, não age com parcialidade, mas tão somente perde a neutralidade. Aquela é diferente desta, no passo, que a imparcialidade impõe ao julgador estar equidistante das partes, não estando subjetivamente e objetivamente comprometido com a solução do caso. Já a neutralidade, sugere um juiz ativo, comprometido com o Estado de Direito e Democrático, com a realização da justiça, aplicando a melhor solução jurídica no deslinde do caso, reafirmando o compromisso social de manter e buscar, sempre, a pacificação social, através da boa e justa resolução dos litígios.

Conforme expressa Bedaque, que a neutralidade é diferente da imparcialidade, e corre-se o perigo de ser um juiz neutro e parcial:

Aliás, neutralidade e imparcialidade são fenômenos distintos, pois nada impede seja o juiz neutro e parcial. Basta que essa neutralidade, essa omissão, quanto ao exercício de poderes processuais beneficie a parte que pretenda obter, desse comportamento, vantagens indevidas (2011, p.124).

Baldissera comenta que a imparcialidade e a neutralidade são díspares, e o que se almeja é a imparcialidade, e não a neutralidade, pois esta ocorrendo acarretaria a violação de garantias constitucionais:

Porém, imparcialidade e neutralidade não andam juntas. Se o magistrado optar por um julgamento neutro, o mesmo tomará parte no processo, deixando as garantias

constitucionais violadas. No entanto, se o juízo optar por um julgamento imparcial, postura correta a ser seguida, o processo continuará com um julgamento justo com as três funções devidamente distintas entre si (2014, p.32).

À guisa de pensamento, Leonardo Marques segue o entendimento de que a atividade probatória do juiz é saudável, e ele deve ser ativo na participação do processo, reconhecendo que o juiz interage com a realidade, não ficando adstrito ao mundo dos autos:

A atividade probatória do Juiz é extremamente saudável e se difere essencialmente da proposição da prova. Sua participação ativa na instrução não revela incompatibilidade com o princípio da separação de poderes e com o princípio acusatório, ao contrário deriva de uma leitura constitucionalmente adequada e do reconhecimento de que o Juiz, como sujeito de conhecimento, interage com a realidade (2009, p.151).

Camila Perpetuo de Oliveira (2011, p.42-43) verifica que “o princípio da identidade física do juiz tem como fundamento a facilidade no entendimento e a autenticidade de impressões de quem escuta e em seguida é chamado para decidir”. Logo, a vista de todo o conjunto probatório já carreado aos autos o magistrado irá autenticar, conferir validade das provas a partir do interrogatório, momento o qual o réu apresenta-se perante o juiz, cumprindo com a função do princípio da imediatidade.

Mesmo entendimento acerca da autenticidade das provas é seguido por Duclerc, quando posto em contraditório, oralidade, publicidade:

Por outro lado, o embate direto e ao vivo entre o juiz e essas *fontes de prova* faz do processo um caso único de *experimento histórico*, o que confere autenticidade às provas judiciais, desde que sejam satisfeitas certas garantias, como o contraditório, a oralidade, a imediação e a publicidade (2003, p.117).

Salienta-se que além de não ferir a imparcialidade, o princípio da identidade física do juiz põe em eficácia o princípio da dignidade da pessoa humana, a qual é fundamento da República Brasileira, expressamente ditada no art. 1º, inciso III, da CF.

Ao cabo, Alberton (1991, p.77) afirma que a identidade física do juiz proporciona “uma visão mais clara dos fatos que geraram a demanda, valorando a prova de forma mais livre, ampliando o campo de investigação”.

Camila Perpetuo de Oliveira ressalta que o princípio da identidade física do juiz proporciona aos magistrados meios mais robustos para individualizar a pena do condenado, caso seja, seja no *quantum* da pena, seja, no regime de cumprimento, seja, nas medidas aplicáveis para substituição ou suspensão da pena:

o reflexo do princípio da identidade física do juiz quando o magistrado ao sentenciar o caso, avalia pelas provas dos autos e principalmente pelo interrogatório do réu, a individualização da pena para estabelecer ao acusado a pena condizendo com sua pessoa e o crime cometido (2011, p.58).

Cumpra-se assim com o previsto para a dignidade da pessoa humana, reforçando a importância do princípio da identidade física do juiz no processo penal, seja na fase processual seja na fase executória, esta com reflexos da instrução.

Ao fim, cumpre destacar que a CF garante em seu art. 5º, inciso LIII, que ninguém será sentenciado pela autoridade competente. A par da existência do princípio da identidade física do juiz, confere-se ilação para que seja estendido o conceito de juiz natural para o juiz que preside a instrução, porque este é o mais adequado, conforme explanado em linhas anteriores, para a deliberação acerca da melhor solução jurídica ao caso concreto.

Marques ensina que o princípio do juiz natural da CF possui dois sentidos, o de investido na jurisdição e o de juiz legal:

De duas maneiras deve ser entendida e interpretada a expressão constitucional "autoridade competente", usada no texto aludido. Em primeiro lugar, o que se destaca na expressão constitucional - é a determinação indeclinável de que somente poderá processar e sentenciar a autoridade investida de jurisdição. [...] Em segundo lugar, a expressão "autoridade competente" equivale às de juiz natural, ou juiz legal, que em outras legislações vêm usadas (2000, p. 67-68).

Contudo, Tortato (2014, p.2) ressalta que o legislador ao estabelecer o princípio da identidade física do juiz alargou o entendimento acerca do juiz natural, criando a identidade do juiz: "Era preciso garantir-lhe expressamente que o juiz da instrução, ou seja, o juiz responsável pela coleta da prova oral deveria ficar vinculado ao processo para promover-lhe o julgamento, tratando-se este do princípio da identidade física do juiz". Passaram a adotar, ao juiz natural, três expressões, quais sejam: autoridade com jurisdição, juiz legal e juiz da instrução:

Assim, em qualquer tentativa de fraudar o princípio da identidade física do juiz, haverá o possível ferimento por ricochete ao do juiz natural, e assim, também, a Carta Magna, a qual sempre deve ser cumprida fielmente, à vista da sua indiscutível força normativa.

Contudo, a vista do entendimento pátrio de que a sentença apenas pode vir a ser anulada nos casos de infração do juiz natural quando houver a demonstração do prejuízo do julgamento para o réu, conforme HC: 121624, constante no texto alhures, percebe-se a fragilidade do cumprimento pelos tribunais pátrios do princípio em questão.

3.3 O princípio da busca da verdade

No sistema inquisitorial estuda-se que havia uma necessidade enorme de que durante o processamento penal ocorresse o meio de prova da confissão, e que apenas através desta haveria o descobrimento daqueles que realmente participaram na atividade ilícita e de que modo.

Verifica-se, outrossim, o sistema de prova era tarifado em sua valoração, e que a confissão era estereotipada como a rainha das provas, possuindo, destarte, o mais alto grau de valor, caracterizando-se por ser a mais importante de todas.

Todavia, hodiernamente, no sistema processual brasileiro, tipificam-se diversos meios de prova, como exame de corpo de delito, perícias, interrogatório do acusado, confissão, documentos, depoimentos de testemunhas, oitiva do ofendido, acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e legitimam-se outros não tipificados, desde que se reconheça e exercite os direitos do acusado, a exemplo do contraditório, ampla defesa, publicidade, motivação da decisão, entre outros.

Nesse diapasão, os meios de prova apresentados acima, não possuem preponderância, e nem relevância de um para o outro, sendo valorado dos mesmos modos, isto posto, impera no Brasil o sistema de prova do livre convencimento motivado, conforme art. 93, inciso IX, da CF.

Gomes Filho ensina que neste sistema de provas adotados no Brasil, não oferece ao juiz liberdade para que profira decisões sem justificativas legítimas, todavia apresenta-se como mecanismo de controle judicial do juiz, ao passo que, possibilita ao juiz o estabelecimento da verdade judicial:

A liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável (2008, p.249).

O autor apresenta que através deste sistema o juiz não é arbitrário, porque precisa legitimar sua decisão com base em provas constantes nos autos, produzidas legitimamente, e que não atrai para sua fundamentação o estado subjetivo do psicológico, não se deixando levar pela parcialidade.

Imerso a esse sistema do livre convencimento, encontra-se o princípio da busca da verdade real.

A verdade real, alcunhada de material ou substancial, era válida no processo penal enquanto que no processo civil vigia a verdade formal, e que aquela era justificada, em sua existência, pela ameaça a liberdade de locomoção do acusado, servindo-se assim para justificar arbitrariedades e violações de direitos, conforme glosa Lima:

A descoberta da verdade, obtida a qualquer preço, era a premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado. Essa busca da verdade material era, assim, utilizada como justificativa para a prática de arbitrariedades e violações de direitos, transformando-se, assim, num valor mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual (2014, p.71).

No curso do desenvolvimento processual, a dicotomia entre as verdades foi superada, estando assente que, o que de fato há é, conforme Lima (2014, p. 71), uma “aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos”, e completa “a verdade absoluta, coincidente com os fatos ocorridos, é um ideal, porém inatingível”.

Gomes Filho (1997, p.54) esclarece uma sentença justa parte-se da apreciação dos fatos conforme a verdade. No mesmo sentido Nestor Távora (2009, p.48) ensina: “o magistrado pauta o seu trabalho na reconstrução da verdade dos fatos, superando eventual desídia das partes a colheita probatória, como forma de exarar um provimento jurisdicional mais próximo do ideal de justiça”.

Nesse sentir, o poder probatório é a fim de verificar a realidade dos fatos, objetiva produzir ao juiz, um arcabouço de elementos probatórios que justifiquem uma tomada de posição dentro do processo, de forma que ela seja justa para as partes envolvidas, máxime ao réu, e para a paz social, maior projeto de efetividade do Estado, estando essas orientações nos art. 3º e 4º da CF.

Neste ponto, com a pacificação doutrinária da impossibilidade de descobrimento da verdade real, passou-se a apontar para o juízo de certeza, como forma mais escoreita de decidir. É o que clarifica Zilli (2003, p.115) defendendo que a certeza é “um estado subjetivo da verdade de um conhecimento”, e a probabilidade é a aproximação de um resultado, e a dúvida é o “fracasso em conhecer a verdade”:

Já Cândido Rangel Dinamarco citado por Lima (2014) giza que a certeza e verdade são impossíveis de alcançar, contudo nas decisões o que se fundamenta é um alto grau de probabilidade de acontecimento dos fatos imputados, pois a verdade e a certeza são conceitos absolutos, obtendo, no máximo, alto grau de probabilidade, de fato ou norma.

Percebe-se que a convergência é no mesmo sentido, divergindo-se apenas no sentido conceitual e alcance do termo da certeza, deste modo encontra-se fulgurante o quão

necessário é a investigação probatória, já que a sentença fundamentar-se-á em probabilidade em alto grau ou certeza, sempre com elementos pinçados dos fatos ocorridos.

A doutrina pátria está consentânea no sentido de que o princípio vigente é o da busca da verdade. Lima apresenta outras denominações:

Esse princípio também é conhecido como princípio da livre investigação da prova no interior do pedido e princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova, bem como de princípio da investigação, princípio inquisitivo ou princípio da investigação judicial da prova (2014, p.72).

Resta verificado que o princípio da busca da verdade é um fim desejado pelo sujeito cognoscente (juiz) para que possa proferir uma decisão de cunho condenatório ou absolutório, aplicando a justiça ao caso em debate.

Através do princípio da busca da verdade, o magistrado coteja o conteúdo das provas carreadas ao caderno processual, tencionando construir um relato histórico a partir de pontuais informações, que inclusive é exigência do art. 381, inciso III, do CPP, e ao fim qualifica sua decisão em dos possíveis resultados presentes no art. 386 e 387 do CPP.

3.4 A imparcialidade do julgador e sua atuação probatória na busca da verdade

Decerto que na sociedade existem muitos acontecimentos, fatos, classificados como naturais, humanos e jurídicos. A partir destes, tem-se que os fatos praticados por seres humanos, são assim classificados, e se há repercussão jurídica, são enquadrados em tal classe.

Na mesma senda, são os atos ilícitos, praticados por humanos e com repercussão jurídica, e no caso de ilicitude penal, será aplicado a seara penalista. Não cabendo discutir a existência do direito penal mínimo e máximo, tem-se que na doutrina predomina que o direito penal deve-se pautar pela *ultima ratio* atuando o princípio da intervenção mínima.

A intervenção mínima calcada em duas características, a fragmentariedade e o subsidiário. Segundo Cunha essas duas características são condicionantes da esfera penal:

O Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle (caráter subsidiário), observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter fragmentário) (2014, p.71).

A partir do entendimento posto como elemento pressuposto, o direito do Estado punir surge quando uma pessoa comete ato ilícito, que seja uma conduta vedada pelo ordenamento jurídico penal. Zilli (2003, p.109) apresenta justamente essa perspectiva, afirmando que “o *ius*

puniendi, ou o poder-dever de punir de titularidade do Estado, é posto em prática quando, no plano material, for verificado um fato que preencha os requisitos necessários para a configuração de uma conduta como delituosa”.

Deste modo, como afirmado alhures, o processo penal surge como mecanismo garantidor de que o Estado efetive o poder-dever de punir ao mesmo tempo em que garante regras a serem seguidas pelos sujeitos do processo, garantido, os direitos e garantias do acusado.

Nesta esteira, Rogério Lauria Tucci citado por Zilli afirma a necessidade da jurisdição, apontado o nascimento do Estado-Administração e Estado-juiz:

sendo exclusivos do Estado o *poder-dever de punir* e o *poder-dever de tutela jurídica processual*, torna-se necessário o desdobramento em *Estado-Administração*, como titular do *interesse punitivo*, e em *Estado-jurisdição*, ou mais simplesmente, *Estado-juiz* como titular da *potestade-encargo jurisdicional* (2003, p.111).

Neste ínterim percebe-se que o Estado é o maior interessado, tanto no sentido punitivo quanto no sentido garantidor dos direitos processuais a todas as partes processuais, e máxime, os fundamentais formalizados na CF ou em textos esparsos pelo ordenamento jurídico.

Ao vislumbrar esse interesse, percebe-se que o princípio publicístico está intrínseco ao processo penal. Para Rogério Lauria Tucci citado por Zilli (2003, p.112) o princípio publicístico pode ser visualizado sob dois aspectos, ou seja, “para tornar efetiva a aplicação das normas de direito material”, e “precipualemente, para impedi-las todas, referentemente a quem não tenha praticado a infração penal que se lhe quer imputar”.

De seu turno, demonstra-se a relevância deste princípio norteador das regras processuais, e nesse passo, de todos os atores participantes no processo. Estabelece-se por esta via, que as partes possuem o dever de cooperação para que tornem efetiva a penalização por quem de direito, como forma de cumprir a função do *ius puniendi*.

Por outro lado, a CF em seu art. 5º, incisos LIV, LV, LVI e LVII rogam garantias e direitos, como a necessidade de um devido processo legal, o contraditório, ampla defesa, possibilidade recursal, inadmissibilidade de provas ilícitas, presunção da inocência, entre outros.

Deste modo, aos acusados devem-se ter garantidos os seus direitos, e quem deve garanti-los é o Estado-juiz. Como assinala Baldissera (2014, p.27) “O juiz, como garantidor do processo penal, tem, portanto, o dever de manter a paz processual, deixando para cada órgão a sua função. O juiz tem também o dever de garantir ao cidadão os seus direitos constitucionais de ampla defesa e contraditório”.

Inobstante a função do magistrado em preservar e garantir o cumprimento e eficácia dos direitos dos cidadãos dentro do processo, não se pode perder de vista a sua função de efetivar a punição daqueles autores de condutas ilícitas criminalmente.

Nesse diapasão, deve-se permear em um caminho que abranja as duas situações acima explanadas, e não apenas uma, pois se assim fizer estar-se-á deixando a desejar no seu funcionamento, o que poderá provocar, decerto, um desequilíbrio social. Tenciona-se que o juiz haja na imparcialidade sempre, e cumprindo com as suas funções, sem desrespeitar a CF, já que se está em um Estado de Direito, perfazendo assim o maior objetivo da jurisdição, qual seja pacificar a sociedade.

Nessa trilha é que se desenvolve o princípio da publicidade como mecanismo de controle social da atuação jurisdicional. Lima explica que este princípio gera um controle interno e um controle externo, o primeiro pelas partes e o segundo pela sociedade, garantindo uma postura democrática no processo:

A garantia do acesso de todo e qualquer cidadão aos atos praticados no curso do processo revela uma clara postura democrática, e tem como objetivo precípua assegurar a transparência da atividade jurisdicional, oportunizando sua fiscalização não só pelas partes, como por toda a comunidade (2014, p.67).

A publicidade no processo é fundamental haja vista ser através dela que se irá garantir decisões motivadas imparcialmente, aplicação do princípio do contraditório, garantia do ônus da prova, efetividade da ampla defesa, entre outros, que somados, garante ao final, a justeza da decisão.

Outrossim, grande parte da doutrina defende que a imparcialidade é conseguida pela independência, conforme Soares (2007, p.18) o qual defende que “a imparcialidade, contudo, pressupõe a independência do magistrado”. Sabe-se que a independência do magistrado é corolário do apresentado desde já na CF em seu art. 95, incisos I, II e III, respectivamente, a vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade do subsídio.

No mesmo sentido, o legislador ordinário estabeleceu claramente situações objetivas e subjetivas em que houve a afetação da imparcialidade do juiz, estas constantes no art. 112 e 3º, ambos do CPP, e art. 144 e 145, ambos do CPC/15.

Destarte, o legislador definiu criteriosamente quando há prejuízo à imparcialidade.

O exercício da jurisdição não pode ser afetado haja vista ser uma função essencial da República brasileira, tanto é que o poder constituinte originário designou o art. 3º, e arts. 92 a 126, todos da CF, a estabelecerem expressamente o Poder Judiciário e suas competências, regras, entre outros com vista à solução dos conflitos.

Neste caminhar cabe tão somente o exercício da jurisdição, ao menos em âmbito penal, já que há discussões doutrinárias acerca se o árbitro no processo civil exerce a jurisdição ou não, e que a este trabalho não se cuida.

Durante o exercício da jurisdição, o julgador lança mão de diversos mecanismos com vista ao desenvolvimento do processo de maneira segura, independente, transparente, equilibrada, justa, tal como o poder de polícia. Não se pode afirmar que ao exercer o poder diretivo do processo o juiz estar-se-á fragilizando a imparcialidade, já que no iter procedimental há situações que o magistrado deve decidir, e que não há previsão específica em lei ou resolução.

No mesmo sentido, compreende-se o exercício do poder probatório, situação na qual o juiz irá perquirir na jornada processual o cenário fático posto em análise, a fim de aplicar da melhor forma possível o direito material, subjetivo. Para Zilli (2003, p.117) o escopo do poder probatório é o melhor “acertamento fático” quanto ao delineamento firmado na inicial acusatória, e deve expressar uma atuação esporádica.

Decerto, que o ônus probatório na seara penal é do acusador, Ministério Público (nas ações públicas) ou vítima (nas ações privadas), conforme art. 156 do CPP, primeira parte do *caput* cumulado com o art. 5º, inciso LVII, da CF, princípio da presunção de inocência.

Os legisladores assim como a jurisprudência pátria caminham no sentido da inexistência do perigo de mitigação da imparcialidade, quando da produção de prova. Fato que se demonstra com o art. 366 do CPP, ao autorizar a produção de prova antecipada até mesmo quando o acusado foi citado por edital e não respondeu à citação a fim de efetivar a sua defesa. Calcada neste artigo, e no art. 93, inciso IX, da CF, o Superior Tribunal de Justiça emitiu enunciado de súmula nº 455, “a decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo”.

A decisão de produção probatória pode existir desde que seja fundamentada em fatos concretos que possam inutilizar a persecução penal posterior, quando o acusado aparecer no processo. Salienta-se nesse sentido a relevância do acertamento fático, objeto do édito decisório quando de sua lavratura. Não enseja qualquer abrandamento da imparcialidade, objetiva ou subjetiva.

O Superior Tribunal Federal, outrossim, compreende que a imparcialidade está umbilicalmente ligada ao art. 5º, inciso LXI, e art. 93, inciso IX, parte inicial, ambos da CF, e desde que obedecidos, fica, desde já, aquela garantida.

No caso, tenho por desatendido o dever jurisdicional de fundamentação real das decisões. É que a ordem constritiva está assentada, tão somente, na reprodução de algumas das expressões do art. 312 do CPP. Pelo que não se enxerga no decreto de prisão o conteúdo mínimo da garantia da fundamentação real das decisões judiciais. Garantia constitucional que se lê na segunda parte do inciso LXI do art. 5º e na parte inicial do inciso IX do art. 93 da Constituição e sem a qual não se viabiliza a ampla defesa nem se afere o dever do juiz de se manter equidistante das partes processuais em litígio. Noutra falar: garantia processual que junte o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido.” (HC 98.006, rel. min. Ayres Britto, 1ª T, DJE de 5-2-2010.)

Em outro aresto, o STF reverberou que o juiz que atua na fase de inquérito não fica proibido de atuar na ação penal, pois a sua atuação é meramente como administrador, e não emergindo nenhum juízo de valor, em orbe do fato ou da norma aplicada ao fato, não compromete a imparcialidade do julgamento final, conforme julgamento abaixo

Atuação do magistrado: preside o inquérito, apenas como um administrador, um supervisor, um coordenador, no que concerne à montagem do acervo probatório e às providências acautelatórias, agindo sempre por provocação, jamais de ofício. Não exteriorização de qualquer juízo de valor acerca dos fatos ou das questões de direito emergentes na fase preliminar que o impeça de atuar com imparcialidade no curso da ação penal.” (HC 97.553, rel. min. Dias Toffoli, 1ª T, DJE de 10-9-2010.)

Ora, se o inquérito, é a fase mais crítica, na qual há produção de elementos acusatórios, em sua grande maioria sem contraditório, e máxime, sob sigilo, quiçá na fase instrutória da ação penal, onde todos os atos são precedidos de fundamentação, e postos sob o crivo do contraditório, e que apenas podem ser considerados em fundamentação na sentença caso haja discussão nos autos acerca do conteúdo colhido.

Ao cabo, vislumbra-se que a tão só atuação do juiz na fase probatória não o induz ao ferimento da imparcialidade, garantia tão cara dos acusados, assim como de observância obrigatória para o exercício da jurisdição. Demonstra-se que tanto a lei quanto a jurisprudência estão consentâneas em permitir a atuação probatória do magistrado.

Dessarte, o ônus probatório continua sendo do órgão acusador, e a este torna-se imprescindível a caracterização da culpabilidade do réu, independentemente deste exercer uma defesa ativa ou passiva. No mesmo caminhar, vai caber ao órgão acusador efetivar e oportunizar o exercício, através do processo, de todos os direitos e garantias, legais, supralegais e constitucionais.

Ao assim proceder em sua atividade, atuará sempre de maneira imparcial, mesmo que tuteie na fase probatória, haja vista que nesta não se visa a punição do acusado, todavia é o esclarecimento fático, suplementar às provas carreadas aos autos objetivo maior desta esta, para que ao fim, o juiz sentenciante possa efetivar a jurisdição, aplicando a melhor justiça.

Ademais, não se questiona o ônus probatório, o qual pertence integralmente ao *Parquet*, órgão acusatório por excelência, e por mandado constitucional. Contudo, não se pode permitir que ao juiz passe ao largo deste momento processual, tão valioso na obtenção do grau de certeza do julgamento.

O magistrado deve buscar elementos probatórios que estejam, a seu exame, faltando. Apenas nessas situações estaria permitido a colher elementos de prova, ao assim decidir deve por em contraditório às partes, para que seja dada oportunidade de que alguma destas demonstrem a sua desnecessidade ou já existência.

O sistema investigativo predominante atualmente é o policial, a par do promotor investigador, e de outros mecanismos, como as comissões parlamentares de inquérito. Contudo, estes elementos, servem para municiar o *dominus litis*, de subsídios para denunciar ou não o indiciado ou investigado, conforme art. 16 do CPP.

Nesse caminhar, deve-se compreender que as provas produzidas na *persecutio criminis in iudicio*, servem para municiar o estado de certeza do julgador, para que ao fim, prolate uma decisão. Não seria justo com o acusado, e tão pouco com a vítima, e de longe com a sociedade, que o juiz se abstenha de colmatar lacunas de elementos probatórios, tão só pelo princípio do *in dubio pro reo*, pondo este em caráter absoluto a frente dos outros.

O julgador, representante do Estado, deve cumprir com a sua função social de Estado de pacificar a sociedade ao tempo em que pune aqueles que infringem a ordem jurídica. A justiça tornar-se-ia prejudicada se o Ministério Público ao colher elementos probatórios, e por um fato qualquer, após trâmite processual, requeresse em suas alegações finais a absolvição, quando, em verdade, estava claro, para aquele julgador e para os demais participantes do litígio, que o réu era culpado.

A par da situação acima proposta, onde ficaria o sistema do livre convencimento motivado? E o princípio da congruência que “dentre os seus vetores, indica que o acusado defende-se dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação jurídica nela estabelecida” (RHC 119962 SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, Publicação 16-06-2014) E o princípio do *iura novit curia*, o qual confere ao juiz conhecer a norma e aplica-la por sua autoridade?

Dessarte, infirma-se qualquer alegação de mitigação da imparcialidade do julgador ao azo que este profere decisões necessárias com fulcro em obter elementos probatórios para o deslinde do caso, máxime no procedimento judicial que está sob o império cogente do princípio do contraditório, do duplo grau de jurisdição e da publicidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No curso da história constatou-se que houve três sistemas processuais penais, o inquisitório, acusatório e misto. Na pré-história não havia sistema jurídico, imperando a lei do mais forte. Na Idade Antiga, vigia na Grécia Antiga o sistema acusatório, já na Roma Antiga vigia o sistema inquisitório, transmudando posteriormente ao acusatório.

Na idade moderna, século XIII, o Direito Canônico, o qual abarcava o sistema acusatório, contudo em virtude de instabilidade política papal, adotou-se o inquisitório, como mecanismo de poder para sua manutenção. Espalhou-se o sistema inquisitório por todos os estados-nações existentes, estes passando a adotá-lo como mecanismo de garantia do poder. Neste idos, houve a aproximação do direito romano-canônico com o germânico, o que resultou no direito romano-germânico influenciador das ordens jurídicas por quase toda a Europa, calcados no movimento do Racionalismo.

Na idade contemporânea houve o Iluminismo o qual passou a revolver os sistemas jurídicos, adotando garantias aos acusados e ao povo, e mitigando os poderes dos reis. A partir de então, desenvolveu-se na França, um sistema denominado misto o qual aglutinava características dos sistemas inquisitorial e acusatório. Com o surgimento deste novel modelo, os Estados passaram a reformular os seus procedimentos punitivos para que se adequassem a realidade vigente.

No Brasil não foi dispare, o primeiro sistema a predominar oficialmente de maneira generalizada e regulamentada foi o inquisitivo o qual desembarcado por Portugal nas Ordenações. Contudo com a independência política houve a promulgação do primeiro CPP em 1832, ainda vigendo o sistema inquisitorial.

Apenas em 1941 houve a edição do CPP atualmente vigente, e que abarcava o sistema misto, contudo com a promulgação da CF/88 passou ao sistema acusatório, imposto pela Lei Maior, e o CPP que figura com regras ainda tidas por traços do antigo regime, deve-se ser reinterpretado para adequação e harmonização do ordenamento jurídico. O entendimento de qual sistema é seguido no Brasil não é pacífica em os doutrinadores pátrios, entretanto afigura-se bastante cristalino o funcionamento do sistema acusatório.

Após as análises realizadas percebe-se que a etimologia do sistema adotado em cada Estado soberano depende, sempre, do regime político adotado, pois deve-se coadunar as várias formas de atuação estatal.

Dentre as várias características do sistema acusatório há o princípio da oralidade a qual se desdobra em outros três: a concentração, imediatidade e a identidade física do juiz.

Este último, tônica do estudo, foi oficialmente implantado dentro do sistema brasileiro em 2008, com a reforma do CPP. Através dela, estabeleceu-se que o juiz que presidiu a instrução, deverá julgar o litígio.

Afora as exceções de não aplicabilidade da identidade física, tais como convocação, substituição, férias, aposentadoria, todos os magistrados deve-se pautar em sua função de julgador ao princípio em comento, porque através dele efetiva-se a dignidade da pessoa humana, já que se demonstra alhures que quem presidiu o último ato, o interrogatório do réu, deve julgar a lide.

Verifica-se também que é através da efetivação deste princípio que garante o contraditório, ampla defesa, direito fundamental perseguido sempre pelos acusados. Por outra banda, parte da doutrina, majoritária, defende que ao juiz é vedado a gestão da prova, e a minoritária entende que é permitido, filiando-se este trabalho pela minoritária.

Nessa toada, o juiz poderá verificar a legitimidade e licitude das provas, até de ofício, por ser matéria de ordem pública, inquirir testemunhas referidas pelas partes e por outras testemunhas, reperguntar questões ainda não esclarecidas, entre outro atos, desde que haja necessidade. Constata-se que a doutrina requer um juiz imparcial, contudo esta imparcialidade não impede de que o julgador seja ativo no processo. Contudo conforme consta no CPP apenas deve interferir na gestão probatória acaso seja necessário, e isto significa a última medida para que seja justo, atinja o princípio do juiz natural e acerte na dignidade da pessoa humana.

Já no tocante à busca da verdade real, concretizou-se que hodiernamente não se requer a verdade dos fatos fidedignos aos acontecimentos, já que ficou comprovado que não há como reconstituir a verdade do fato. Conquanto, o que se requer inserindo a possibilidade do magistrado buscar a verdade é a certeza do acerto fático no sentido de obter elementos suficientes, se é que já não apresentados pela acusação e pela defesa, e acostados aos autos, para que se possa proferir uma decisão justa.

Através deste, não se fere o pilar da imparcialidade do julgador, pois este necessita fundamentar concretamente e legalmente seus atos, não podendo se basear em conjecturas ou estados de espírito pessoal, contudo o que consta nos autos. Outrossim, deve haver a publicação de toda e qualquer decisão, sendo em situações excepcionais a possibilidade de restrição, contudo ainda assim ficará disponível às partes, para que efetive o contraditório e ampla defesa, entre outros direito fundamentais, ao passo que o juiz serve como garantidor dessas garantias expostas na CF, nas leis de caráter supra legal e nas leis ordinárias.

REFERÊNCIAS

Alberton, Genacéia da Silva. **Considerações sobre o Princípio do Dispositivo e o Princípio da Oralidade segundo Cappelletti**. Estudos Jurídicos. São Leopoldo-RS. v. 24, nº 60, Jan./Abr. 1991.

Andrade, Octacílio de Oliveira. **Lições de direito processual penal**. São Paulo. Ed. Cultura. Paulista, 2002.

Arruda, José Jobson de A. Piletti, Nelson. **Toda a história**. 9ª ed. São Paulo. Editora Ática. 1999.

Baldissera, Rafaela dos Reis. **O juiz como garantidor do processo penal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49131&seo=1>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

Barros, Ivone da Silva. **A Identidade Física do Juiz no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo, 2008: Dissertação de mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062694.pdf>, acesso em <15 de março de 2016>.

Bedaque, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5ª Ed. Rev. E Atual., e Ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Bedê Júnior, Américo e Senna, Gustavo. **Princípios do Processo Penal**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2009.

Câmara dos Deputados. **Projeto de lei nº 4.207, de 2001. mensagem nº 213/01 . relator ibrahim abi-ackel**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D5CE4071E4F6E518FC09DF85FAF1B21E.proposicoesWeb1?codteor=19605&filename=Tramitacao-PL+4207/2001, acesso em 15 de março de 2015.

Campos, Francisco. **Exposição de motivos do código de processo penal**. 1941. Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf, acesso em <09 de março de 2016>.

Cavalcante, Karla Karênina Andrade Carlos. **Evolução histórica do direito penal**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, III, n. 11, nov 2002. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&

artigo_id=4756>. Acesso em mar 2016.

Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado.** 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>, acesso em <11 de março de 2016>.

Cunha, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal.** Ed. Juspodivm, 2ª edição, volume único. Salvador, 2014.

Duclerc, Elmir. **Prova Penal e Garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

Ferreira, Wanessa Carneiro Molinaro. **Recentes Alterações do Código de Processo Penal: Novo Rito do Procedimento Comum Ordinário.** Revista SJRJ. Rio de Janeiro. V.17.n. 29.2010.

Fidalgo, Amanda Cabral. **Provas ilícitas.** Belo Horizonte. 2013. Disponível em: http://www.iunib.com/revista_juridica/2013/08/05/provas-ilicitas/, acesso em 16 de março de 2016.

Gomes Filho, Antônio Magalhães. **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma.** Coordenação Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2008.

Gomes Filho, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Jardim, Afrânio Silva. **Direito processual penal.** 11. ed. rev. e atual. Forense. Rio de Janeiro, 2003.

_____, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** Ed. 10ª. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2001.

Lago, Cristiano Álvares Valladares do. **Sistemas processuais penais.** Disponível em: http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/doc_view/5569-sistemas-processuais-penais.html, acesso em < 08 de março de 2016>.

Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. ed. Juspodivm, 2ª edição, volume único. Salvador, 2014.

Marques, José Frederico apud NOGUEIRA, Sandro D'Amato. **Da competência em matéria penal**. Campinas: Millenium, 2000. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site>. Acesso em: 19 março 2016

Marques, Leonardo Augusto Marinho. **A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz: Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 183 julho./set. 2009. P. 141-153.

Marteleteo Filho, Wagner. **Sistema Acusatório e Garantismo – uma breve análise das violações do sistema acusatório no código de processo penal**. 2009. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/139>, acesso em <09 de março de 2016>.

Moraes, Alcemir Da Silva. **Direito e justiça: da pré-história à contemporaneidade**. 2009. Disponível em< <http://www.webartigos.com/artigos/direito-e-justica-da-pre-historia-a-contemporaneidade/28704/>> , acesso em 08 de março de 2016.

Moreira, Rômulo de Andrade. **A reforma do Código de Processo Penal**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2572>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

Nagima, Irving Marc Shikasho. **Sistemas Processuais Penais**. 2011. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6193/Sistemas-Processuais-Penais>, acesso em <11 de março de 2016>.

Netto de Souza, José Laurinho. **Processo Penal, Sistemas e Princípios**.Ed. Juruá. Curitiba. 2003.

Neves, Luiz Gabriel Batista. **Sistemas processuais penais**. Direito UNIFACS–Debate Virtual, n. 163, 2014. Disponível em: [http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2924/2116](http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/File/2924/2116), acesso em <07 de março de 2016>.

Prado, Geraldo. **A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Ed. Lumen Juris. 3ª edição. Rio de Janeiro, 2005.

Sidi, Pedro Henrique Chaib. **Inconstitucionalidade do Art. 156, I do CPP**. Atualidades do Direito. São Paulo: 2012. Disponível em: http://atualidadesdodireito.com.br/pedrohenriquechaib/2012/11/08/inconstitucionalidade-do-art-156-i-do-cpp/#_ftn2. Acessado em: 18/03/2016

Soares, Clara Dias. **Princípios norteadores do processo penal brasileiro**. 2007. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13593-13594-1-PB.pdf>, acesso em: <19 de março de 2016>.

SOUZA, André Pereira de. **O sistema acusatório e a possibilidade de produção de provas pelo juiz na fase pré-processual, conforme o art. 156, I, Código de Processo Penal: aspectos legais e constitucionais**. 2009. 74f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – FAPRO – Faculdade Projeção, Taguatinga, DF, 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,o-sistema-acusatorio-e-a-possibilidade-de-producao-de-provas-pelo-juiz-na-fase-pre-processual-conforme-o-art-1,25530.html>, acesso em <07 de março de 2016>.

Superior Tribunal de Justiça. **Informativos 475 e 509**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=emendatio&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>, acesso em <10 de março de 2016>.

Supremo Tribunal Federal. **Julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160217-10.pdf>, acesso em <11 de março de 2016>.

Supremo Tribunal Federal. **Decisão de Habeas Corpus 121624/SP**. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25096207/habeas-corpus-hc-121624-sp-stf>, acesso em <16 de março de 2016>.

TÁVORA, Nestor. ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm: 2009.