

UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ

CURSO DE DIREITO

GILMARO GERALDINO DA SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROVA *EX OFFICIO* NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A IMPARCIALIDADE DO JUIZ**

CAMPINA GRANDE - PB

2010

GILMARO GERALDINO DA SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROVA *EX OFFICIO* NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A IMPARCIALIDADE DO JUIZ**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba - UEPB como um dos requisitos básicos para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

Orientador:

Professor Dr. FÉLIX ARAÚJO NETO

CAMPINA GRANDE - PB

2010

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

S586i Silva, Gilmaro Geraldino da.
A inconstitucionalidade da prova "ex officio" no processo penal brasileiro [manuscrito]: a imparcialidade do juiz / Gilmaro Geraldino da Silva.– 2010.
53 f.
Digitado.
Trabalho Acadêmico Orientado (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2010.
“Orientação: Prof. Dr. Félix Araújo Neto, Departamento de Direito Público”.

1. Processo penal 2. Inconstitucionalidade I. Título.

21. ed. CDD 345.05

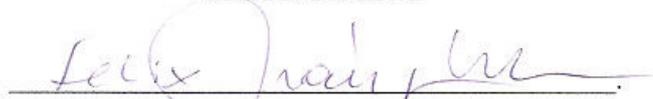
GILMARO GERALDINO DA SILVA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROVA EX OFFICIO NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO: A IMPARCIALIDADE DO JUIZ**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba - UEPB como um dos requisitos básicos para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

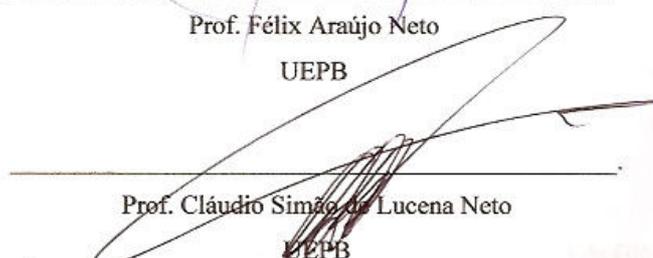
Aprovada em 06 / 12 / 2010.

Banca Examinadora



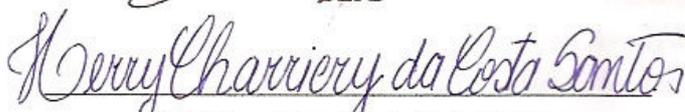
Prof. Félix Araújo Neto

UEPB



Prof. Cláudio Simão de Lucena Neto

UEPB



Prof. Herry Charriery da Costa Santos

UEPB

Ao meu Senhor e Soberano, O Rei da Glória, Jesus Cristo;
ao meu amigo e irmão em Cristo Jesus, Pedro Batista Neto;
aos meus queridos irmãos, Givaldo, Janecléide e Janecláudia;
ao meu estimado pai, Geraldino, e à minha querida mãe, **Dona Duda**;
à minha companheira, meu amor e minha incentivadora, **Cida Morais**;
à todos os meus amigos e irmãos em Cristo que fizeram parte da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Esta é, sem dúvida, a parte mais complexa deste trabalho: descobrir a quem devo agradecer pela possibilidade de estar fazendo um estudo de conclusão de curso. Na certa, devo agradecer primeiramente a Deus, pela vida, pela salvação, e às palavras de Cristo Jesus que por tantas vezes me serviram de consolo e orientação.

Com certeza também reconheço em minha mãe e meu pai as pessoas que mais me acompanharam nesta jornada, sempre demonstrando afeto e compreensão, apoio nos momentos difíceis e alegria para os momentos bons que desfrutei nestes anos que passei a fio na batalha pelo diploma.

Da mesma maneira, à minha companheira de todas as horas que, apesar de ter entrado na minha vida na metade desse caminho, nunca me deixou desistir nem refutar de meus objetivos, sendo sempre um conforto para os meus sonhos e sossego para minha felicidade, para que todos estes anos passassem mais depressa, e, assim, à Cida Moraes, agradeço, pela dedicação, pelo respeito, pela insistência, pela paciência, carinho e cuidado comigo e com meus estudos.

Igualmente sou grato aos meus familiares que estiveram juntamente conosco nesta caminhada, e sempre com muito respeito, ensinando o caminho certo e representando bons exemplos de vida a serem seguidos, a todos estes dirijo meu afetuoso agradecimento por terem possibilitado, das mais diversas formas, que concluísse esta jornada universitária.

Considero-me, também, privilegiado, pelos amigos que fiz neste curso, podendo ter travado interessantes debates e curiosas conversas, tendo me divertido e aprendido muito com companheiros e companheiras de estudo, que sempre tornaram as agruras da Ciência do Direito, mais fáceis de serem suportadas. No mesmo instante, agradeço pela vida e companhia de amigos que apareceram em meu caminho e terminaram sendo irmãos, presentes nas horas difíceis, especialmente Francisco de Moraes, Joseph Lenin, Guilherme Miranda, João Martins, Lazimir Lira “O Monstro”, Joab Braga, Hugo Gondim, José de Anchieta, Ronildo, Felipe Moura, os três Andrés, Mariclécio Alves, Vinícius Lúcio, os dois Diegos, Danilo Alves, Dulcinéia, Laodicéia Araújo, Milena Silva, Monique Moraes, Maria Agricélia, Jaciara Rivero, Daniel Pereira, Caroline Mendes, Philipe “Galego”, Rodrigo “Sapo”, Alexandre Cordeiro, Dra. Gabriele Bulcão dentre outros, que o convívio acadêmico me ensinou a respeitar e admirar.

Aos Mestres que muito contribuíram para despertar a nossa curiosidade acadêmica e a busca pelo conhecimento. Agradeço, também, à compreensão e a atenção do Professor

Cláudio Lucena e do Professor Herry Charriery pela aceitação em participar da banca examinadora. Por fim, sou extremamente grato e feliz por ter trabalhado com o Professor e amigo, Dr. Félix Araújo Neto, principalmente, pela maneira acessível e compreensiva como lidou com os meus estudos e possibilitou que este trabalho monográfico fosse, enfim, realizado.

Agradeço, também, aos funcionários da Faculdade de Direito da UEPB, especialmente ao Seu Jadir e Lena, que muito me ajudaram na Cantina do Jadir, Seu Djalma e Marquinhos, Luiz, Naldo, Yang e a todos, sem exceção, que com certeza, tiveram parcela importante de contribuição na vitória que ora comemoramos.

Não poderia esquecer todos os amigos que, nas viagens entre Santa Cruz do Capibaribe-PE e Campina Grande-PB, fizeram nossa companhia, compartilhando o doce e o amargo, as alegrias e as tristezas, as decepções, as lutas pelo “repasse”, as brigas e fofocas, enfim, todos os momentos bons e ruins, especialmente aos nossos queridos motoristas, Preto, Jubileu e Mário.

Inesquecíveis, todos os amigos de Santa Cruz, a quem devo o meu sincero agradecimento, especialmente, Pedro Batista Neto, amigo de todos os momentos; Sidalvana Ramos; Seu Biu Zuza e Dona Inácia; Antonio Marcos Aleixo; Alexandre Liliu; Ivanildo Queiroz; Adérito Júnior e Tia Bibi; Dra. Tiara; Edimauro Torres; Everaldo Santos; Luis Carlos; Uziel Aragão e Débora Quetti; Fábio Barboza Alexandrino; Eduardo e Rommel Patriota; Alexsandro Pereira (*in memorian*).

A todas estas pessoas, e até a outras que não me recordo neste momento, mas que participaram da minha trajetória de um jeito ou de outro, eu agradeço de todo o meu coração, e espero sinceramente que possam encontrar na vida o mesmo que encontrei nelas: felicidade.

RESUMO

A escolha do presente tema foi determinada em razão da modificação do artigo 156 do Código de Processo Penal feita pela Lei 11.690/2008 que permitiu ao magistrado, na fase administrativa do inquérito e no curso da instrução processual, requerer prova de ofício, sem a devida provocação das partes. Para tanto, analisam-se os principais sistemas processuais penais, (acusatório, inquisitório e misto), trazendo as suas razões históricas e características principais, fazendo, ainda, estudo detalhado do sistema acusatório que implicitamente foi adotado pela Constituição Federal de 1988. Em um segundo momento, estuda-se, brevemente, os principais aspectos das provas no processo penal brasileiro, com referência aos seus princípios, sistemas de avaliação e espécies probatórias, dando ênfase à conceituação da prova *ex officio*. Desenvolvendo, de uma maneira mais profunda, antes de abordar a inconstitucionalidade da prova *ex officio judicis*, faz-se breves considerações sobre o controle de constitucionalidade dos atos normativos, seqüenciado da apresentação da previsão legal no CPP da possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício, seguido dos argumentos a favor da referida previsão. Por fim, desenvolve-se a crítica à iniciativa probatória do juiz no processo penal, trazendo os argumentos contrários a tal procedimento, como: a incompatibilidade desta previsão legal com o sistema processual penal adotado pelo atual ordenamento jurídico e com as regras e princípios previstos na Carta Magna, terminando-se, então, com a constatação da parcialidade do juiz na instrução probatória que exerce de ofício e a conseqüente inconstitucionalidade do dispositivo em estudo.

Palavras – chave: Processo Penal, Provas, Constituição Federal, Princípios e direito.

ABSTRACT

The choice of this subject was determined due to the amendment of Article 156 of the Code of Criminal Procedure made by Act 11.690/2008 allowing the magistrate, during the course of administrative and legal procedure, requiring proof of the office, without proper provocation of parties. Because of this, we examine the major systems of criminal procedure, libelous, inquisitorial and mixed, bringing then the historical reasons and the main characteristics of each one, making also detailed study of the adversarial system, implicitly adopted by the Federal Constitution 1988. Moreover, we study the main aspects of evidence in criminal proceedings in Brazil, with reference to its principles, metrics and species of evidence, emphasizing the concept of evidence *ex officio*. However, these are evidence of unconstitutional *ex officio judicis*, and, for this, after some brief remarks about the control of constitutionality of normative acts, presents the possibility of legal provision for the court to determine the production of evidence in the letter criminal proceedings and the arguments bandied about to support that prediction. Finally, it develops a critique of the initiative of the judge evidence in criminal proceedings to prove the incompatibility of this legal provision with the criminal justice system adopted by our legal system and the rules and principles laid down in the Constitution, ending with a finding of bias judge's instruction on evidence of holding office and the consequent unconstitutionality of the device under study.

Keywords: Criminal Procedure, Evidence, Federal Constitution, Principles and right.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	13
2.1. Considerações iniciais	13
2.2. Antecedentes históricos	14
2.3. Sistema acusatório	14
2.3.1. Processo acusatório privado	14
2.3.2. Processo acusatório público	15
2.4. Sistema inquisitivo	16
2.5. Sistema misto.....	18
2.6. Sistema antropológico	19
2.7. Sistema adotado no Brasil	19
3. DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	23
3.1. Considerações iniciais	23
3.2. Princípios relativos às provas	26
3.3. Sistemas de avaliação de provas.....	26
3.4. Espécies probatórias	27
3.5. Provas Ilícitas	29
3.6. A prova <i>ex officio</i>	30
4. INCOSTITUCIONALIDADE DA PROVA <i>EX OFFICIO</i>	31
4.1. Considerações sobre o controle de constitucionalidade	31
4.1.1. Controle de constitucionalidade na CF/1988.....	33
4.2. Inconstitucionalidade do artigo 156 do CPP	35
4.2.1. Considerações iniciais e previsão legal	35
4.2.2. Argumentos a favor da prova <i>ex officio</i>	37
4.2.3. Incompatibilidade com o sistema acusatório.....	40
4.2.4. Princípios constitucionais violados	41
4.2.5. Interpretação conforme a constituição do artigo 156 do CPP	44
4.2.6. Precedente jurisprudencial de inconstitucionalidade.....	46

5. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ.....	48
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a mostrar a inconstitucionalidade da prova *ex officio* no processo penal brasileiro e a imparcialidade que o juiz exerce ao determiná-la, antes e durante o processo. Nossa pretensão não será a de esgotar por completo o presente tema, o que seria muita pretensão para um trabalho acadêmico em sede de graduação, portanto, quase impossível, além, do pouco tempo para uma pesquisa mais sólida, ademais, o fato de estarmos lhe dando com um tema tão vasto, e ainda, relativamente novo e não muito aprofundado pela nossa doutrina, haja vista também a quantidade de institutos de direito que lhes são conexos.

Na realidade o tema não é tão novo assim, pois, como veremos, são resquícios de um processo inquisitório, em tempos, predominante na maioria dos sistemas processuais da antiguidade, idade média e modernidade e que essa pequena reforma do Código de Processo Penal tenta ressuscitar, sendo, na verdade, como veremos, um retrocesso dentro do processo penal brasileiro.

A atual feição que o processo toma na maioria dos Estados ocidentais tem um aspecto mais constitucionalizado, haja vista a ascensão dos direitos de terceira e quarta gerações à categoria de normas constitucionais e cujas constituições têm incorporado no seu texto, direitos que se propõem mais voltados para os direitos fundamentais e humanos, sendo, portanto, o processo, um dos instrumentos de efetivação da cidadania em sentido amplo.

Portanto, com esse estudo, tentamos demonstrar que o sistema acusatório utilizado pelo Estado brasileiro não pode sofrer tamanha afronta, devendo repelir normas editadas ao arrepio dos princípios e normas constitucionais, pois, a segurança jurídica deve ser um pressuposto inarredável na garantia de um devido processo legal, sendo, a dialética processual, um direito inafastável das partes, na instrução e no processo.

Então, a modificação do artigo 156 do Código de Processo Penal feita pela Lei 11.690/2008 permitiu ao magistrado, antes ou no curso da instrução processual, requerer prova de ofício, sem a devida provocação das partes ou do Ministério Público.

Na realidade essa aparente simplicidade de o juiz requerer de ofício as provas que instruirão o processo e que deverão fundamentar sua decisão, fere de morte alguns princípios constitucionais e infraconstitucionais diretamente ligados ao processo, bem como, abre margem para que um processo mais inquisitório seja instituído no âmbito da processualística penal pátria, relativizando, pois, o sistema processual penal acusatório, implicitamente adotado pela tradição processual penal brasileira, na nossa Carta Magna. Tal medida enseja,

sem dúvida, um controle de constitucionalidade difuso e/ou concentrado para garantir que o processo seja consonante com a Constituição Federal de 1988.

Na realidade, vê-se que a norma de processo penal do recente artigo 156 do CPP, foi um retrocesso do ponto de vista da atual feição de constitucionalização que o direito vem passando, e, não somente por trazer à atualidade resquícios de um processo mais inquisitório sob o argumento de busca de uma verdade real pelo juiz, mas, por afrontar princípios constitucionais norteadores da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

O juiz deve ser no processo, o sujeito que o dirige, guiando as partes na instrução processual, figurando, assim, como elemento eqüidistante àquelas, sujeito imparcial, e não como sujeito processual ativo e parcial diretamente interessado no *mérito causae*, pois, para tanto, já são legitimados o Ministério Público e o querelante, respectivamente, nas ações penais de natureza públicas e de natureza privada.

Portanto, veremos que o devido processo legal, que encontra seu fundamento maior na Constituição Federal e sua consubstanciação e concretização no processo que possui princípios próprios explícitos e implícitos na Lei Maior, o princípio acusatório deve sempre prevalecer na dinâmica processual, com as partes atuando no pleno exercício do contraditório, não cabendo, pois, ao juiz usurpar a função de quem já garantido constitucionalmente, o Ministério Público (*dominus litis*) e o ofendido (substituto processual), como legitimados para exercer, respectivamente, *a persecutio criminis* estatal e o direito de queixa e, conseqüentemente, de produzir provas em juízo.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

2.1. Considerações iniciais

Cabe-nos, inicialmente, uma breve definição do que seja jurisdição. No dizer dos mestres Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco, observam que a atividade jurisdicional: “é uma das funções do Estado, mediante a qual, este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”.¹

Para o doutrinador Guilherme de Souza Nucci: “é o poder atribuído, constitucionalmente, ao Estado para aplicar a lei ao caso concreto, compondo litígios e resolvendo conflitos”.²

Enfim, a atividade jurisdicional consiste em aplicar o Direito ao caso concreto. No caso do Direito Penal, que é de coação indireta, sua concretização só pode se realizar através do Direito Processual Penal.

Nesse sentido, observamos atentamente a lição do professor Mirabete:

A finalidade mediata do processo penal confunde-se com a do direito penal, ou seja, é a proteção da sociedade, a paz social, a defesa dos interesses jurídicos, a convivência harmônica das pessoas no território da nação. O fim do direito, imediato, é conseguir, mediante a intervenção do juiz, a realização da pretensão punitiva do Estado derivada da prática de uma infração penal, em suma, a realização do direito penal objetivo. Incidindo sobre uma situação concreta, o Estado no processo penal, torna efetiva, através dos órgãos judiciários, a ordem normativa do Direito Penal, com o que assegura a aplicação de suas regras e preceitos. Para solucionar com exatidão o litígio penal, o juiz, no processo, deve apurar a verdade dos fatos a fim de aplicar, com justiça, a lei penal.³

Historicamente essa aplicação se configurou de formas diversas, denominadas sistemas processuais penais, dos quais, o sistema inquisitório e o acusatório foram predominantes, de acordo com o contexto histórico vigente. Portanto, é nesse sentido que trataremos, a seguir, um breve estudo dos principais sistemas processuais penais.

2.2. Antecedentes históricos

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros. (pag. 139).

² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008. (pag. 246).

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 10ª ed., 2000. p.21.

Nas sociedades primitivas aonde a organização social ainda era muito rudimentar, a forma de compor os litígios se dava pela autodefesa, o próprio sujeito através da força própria, “vingança privada”, exercia a justiça. Nesse período, o próprio lesado, seus ascendentes ou descendentes, ou mesmo a tribo, eram encarregados de exercer a justiça.

A autocomposição surgiu com o aperfeiçoamento da pretensão punitiva, sendo, pois, a evolução do sistema de autodefesa para uma forma de resolver conflitos em que as partes litigantes chegassem a um acordo com o fim de pôr fim à disputa, sem o embate físico.

Entretanto, com o desenvolvimento das formas de organização social, essas duas formas de resolução de conflitos se mostraram insuficientes e antiquadas para apaziguar os litígios surgidos, momento em que o Estado toma para si o dever e o poder de aplicar à lei aos casos concretos e resolver os conflitos existentes na sociedade.

Portanto, para Chiovenda⁴, “a função do estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.

Portanto, os sistemas processuais foram instituídos na história da humanidade quando os homens perceberam que nem a vingança privada, nem a autocomposição eram mais suficientes para resolver os conflitos existentes, ocasião em que certo processo legal começou a germinar e ter raízes, tomando, então, um caráter de substitutividade às partes em conflito no interesse da preservação da vida e da paz social.

2.3.Sistema acusatório

2.3.1. Processo acusatório privado

Esse sistema foi predominante na Antiguidade Clássica, sobretudo na Grécia e na Roma republicana e foi caracterizado pela existência de um pressuposto de que só poderia ser levado a juízo quem tivesse uma acusação. É nesse período que surge também uma distribuição das atribuições em juízo, conferindo-se as funções de julgar, acusar e defender a diferentes pessoas, constituindo, pois, uma relativa feição de uma relação processual.

⁴ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Volume 1, p. 8.

Nessa primeira fase do processo acusatório o procedimento adotado é pautado pelo princípio dispositivo, pois, as partes poderiam dispor do processo, deixar de oferecer a ação penal privada, desistir do processo, sendo o processo “coisa das partes”.

Na produção das provas apesar de vigorar o princípio da persuasão racional e de o juiz poder livremente valorar as provas, sua produção era feita exclusivamente pelas partes, pois competia a estas produzir as provas que acharem convenientes à fundamentação do seu direito.

No que diz respeito às garantias processuais, os princípios da paridade de armas, do contraditório, da publicidade, da simplicidade, oralidade, imparcialidade, presunção de inocência e ampla defesa eram observadas, existindo, pois relativa garantia dos direitos do acusado.

Esse modelo de processo é típico de sociedades mais democráticas, tendo tomado contorno maior na Roma republicana. O caráter privatista dessa primeira fase do processo acusatório foi exatamente seu ponto mais fraco, haja vista os imensos problemas advindos de um processo em que as partes é que deviam conduzir o processo, até mesmo uma possível execução, o que era quase sempre improvável, considerando a exposição de quem tentasse processar, por exemplo, um patrício, com uma possibilidade grande de, por meio de um suborno, pedir a retirada da imputação.

2.3.2. Processo acusatório público

O sistema acusatório público guarda similitude com o sistema ou processo acusatório privado, no entanto, vem com um elemento até então inexistente naquele, a saber: o Ministério Público. No sistema acusatório privado a ação penal era privada e, portanto, disponível, já no sistema acusatório público, em regra, a ação penal é pública, vigorando, então, o princípio da indisponibilidade, da obrigatoriedade da ação penal e da legalidade. No Brasil, implicitamente, esse sistema vigora e admite a ação penal privada pura e a ação penal privada subsidiária da pública, mas em todo caso, age o ofendido como substituto processual do órgão acusador, titular da ação penal, que mesmo nestes casos age como *custus legis*.

Ao contrário, nos Estados Unidos da América a acusação pelo Ministério Público é uma faculdade, exercida através de um juízo de conveniência denominado *plea bargaining*, no qual o *parquet* negocia com o acusado uma situação mais favorável àquele, à conta do reconhecimento da culpabilidade (*guilty plea*). Claramente vê-se que aqui vigora o princípio

da oportunidade da ação penal, sendo uma faculdade ao Ministério Público ou ao ofendido representar ou não.

A ação penal privada continua a existir tal qual no primeiro estágio e, por exceção, a ação penal popular, nos casos expressamente previstos em lei. No Brasil, a ação penal popular é prevista em duas hipóteses: nos crimes de responsabilidade de agentes políticos, (Lei nº. 1.079/50, arts. 14 e 41), em que a ação pode ser proposta por qualquer cidadão e no caso do habeas corpus que pode ser ajuizado por qualquer pessoa (CPP artigo 654).

Como característica a investigação criminal passou a acontecer em fase anterior ao processo penal, a saber, o inquérito policial; além do que a prisão preventiva continua sendo admitida, porém excepcionalmente; a publicidade do processo é restabelecida, no entanto, com sigilo admitido em casos excepcionais; aqui a confissão não é um elemento essencial à acusação, sendo apenas mais um elemento de prova, pois, cabe a acusação provar todos os fatos contra o acusado levantados, mesmo aqueles considerados incontroversos.

2.4. Sistema inquisitivo

O processo inquisitivo surge como uma superação do sistema acusatório privado e como uma resposta aos problemas por este trazidos. Sua característica, diferentemente do acusatório, era exatamente cumular as funções de julgar, acusar e defender em uma única pessoa.

O procedimento nesse processo está atrelado a um formalismo maior, além de os juízes serem permanentes, estes não poderiam ser recusados, uma vez que, por si só, produzia provas e, num primeiro momento investigava a materialidade do crime e num segundo, a autoria, sendo um procedimento sigiloso em que o público, e até mesmo as partes, não tinham acesso aos autos do processo. Admitia ainda a possibilidade de denúncias anônimas.

A atividade probatória era exercida de ofício pelo juiz que tinha total liberdade para produzi-las, admiti-las e valorá-las, sendo predominante aqui o princípio da verdade real ou material, existindo ainda, as provas tarifadas, ou seja, provas com valorações diferentes e com diferentes graus de credibilidade, sendo a confissão, a rainha das provas e a prova testemunhal a prostituta das provas, além do mais, admitia-se aqui a tortura como meio hábil de produção de prova.

No que tange as garantias processuais nesse procedimento, quase não existem, pois, o réu é considerado simples objeto da *persecutio criminis* do Estado, o direito de defesa praticamente inexistente e a dialética processual não é estabelecida, além de defesa e acusação se

confundirem na pessoa do juiz. A prisão preventiva acontecia na maioria das vezes e, excepcionalmente, se concedia liberdade provisória, no caso aqui, mediante caução ou fiança.

Entretanto, fica óbvio que esse sistema é típico de um Estado e de uma sociedade autoritária a exemplo da Roma imperial, onde esse processo foi predominante, e ainda vigorou durante toda a idade média na Europa, concretizado no Direito Canônico medieval, sendo que, finalmente, entrou em decadência com o advento da doutrina Iluminista em meados do Século XVIII.

Na América Latina muitos dos códigos de processo penal trouxeram e ainda trazem resquícios do sistema inquisitivo, principalmente pela influência dos Estados fascistas europeus da primeira metade do Século XX. Esses Estados, apesar da tradição democrática, são terrenos propícios ao desenvolvimento de processos mais inquisitórios, principalmente pela instabilidade social que os acometem, bem como pelas fracas instituições que tendem a endurecer o sistema político e suprimir as garantias dos cidadãos, tendo num processo penal rígido e na criminalização de condutas a “solução” para seus problemas estruturais.

No Brasil, ainda existe muitos resquícios do sistema inquisitivo, pois, apesar de a Constituição Federal de 1988 ter recepcionado o Código de Processo Penal, que é de 1941, alguns dispositivos estão estanques dentro desse diploma legal.

Dos resquícios do sistema inquisitivo podemos destacar o inquérito policial como sendo um dos principais resquícios de um processo autoritário, pois, é um procedimento administrativo sigiloso, nele não cabe contraditório, e agora após a reforma da Lei 11.690/2008, o juiz pode participar desse procedimento, tornando-o psicologicamente vinculado às provas aqui produzidas e ao resultado final da decisão, senão, vejamos: Art. 156. “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, **facultado ao juiz de ofício**”: “I- ordenar, **mesmo antes de iniciada a ação penal**, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”; (negrito nosso).

Além do retrocesso acima descrito, de um processo que devia avançar para a adoção de um sistema acusatório público que observasse as garantias constitucionais expressas, são mantidos outros dispositivos legais do CPP flagrantemente inconstitucionais, como por exemplo: “Art. 5º enuncia que “nos crimes de ação penal pública o inquérito policial será iniciado: II – mediante requisição da autoridade judiciária...”.

Portanto, vemos aqui, o magistrado claramente atuando como acusador, pois, dificilmente este rejeitará uma denúncia feita com fundamento em um inquérito requisitado pelo próprio juiz.

O Art. 10, § 1º do CPP determina que, ao final do inquérito, a autoridade policial realize "minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará os autos ao juiz competente". Ora, se o inquérito policial tem por objetivo subsidiar a denúncia ou a queixa, não é o juiz que deve recebê-lo, mas o promotor ou o querelante.

Então, estes, dentre outros dispositivos estão, a nosso entender, em dissonância com a atual sistemática constitucional, como defenderemos mais adiante, bem como, representam resquícios do sistema inquisitivo que, em uma interpretação constitucional, não caberiam no ordenamento jurídico atual.

2.5. Sistema misto

O sistema misto como o próprio nome diz é a mistura de elementos do sistema acusatório com o sistema inquisitivo, nesse sentido Hélio Tornaghi, assim bem o define: "É a encruzilhada entre as necessidades de repressão e as garantias individuais. O processo tem de ser suficientemente enérgico para evitar a impunidade e bastante dúctil para impedir a perseguição e condenação dos inocentes".⁵

Caracteriza-se por dividir o processo em três fases: a investigação criminal; a instrução preparatória e inicial que é secreta e inquisitiva, portanto, a cargo do juiz; finalmente se procede ao julgamento com as garantias do processo acusatório.

Esse foi o sistema adotado no Brasil no Código de Processo Criminal do Império em 1832. Na atualidade, porém, mesmo existindo resquícios do sistema inquisitivo na investigação criminal, no caso o inquérito policial, este não é ligado diretamente ao processo, uma vez que a polícia é quem conduz as investigações, portanto, não pode o sistema brasileiro atual ser taxado de misto.

Dos inúmeros defeitos desse sistema, o principal foi a adoção, na sua primeira fase, de elementos do sistema inquisitivo, desde o sigilo nos procedimentos, passando pela diminuição das garantias do acusado, corroborando na imparcialidade dos juízes em suas decisões e, por fim, um processo eivado de vícios. No entanto, no Século XIX, com a evolução da ideologia liberal e a necessidade de um processo que tivesse mais elementos de garantias individuais, fez aumentar a necessidade de transição para um sistema mais garantista e puramente acusatório.

⁵ TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. São Paulo (pag. 17).

2.6. Sistema antropológico

O sistema penal antropológico, surgido na Itália, nasceu sob forte influência do positivismo de Augusto Comte no Século XIX. Essa escola positivista criminológica propunha-se através da experiência científica dar uma explicação ao crime e aos perfis criminosos, ou seja, estes poderiam ser explicados através do fenômeno biológico, psicológico, antropológico e sociológico. Os grandes nomes fundadores dessa corrente foram Lombroso, Garofalo e Ferri.⁶

Esse sistema se mostrou, na prática, inaplicável, haja vista a total desconexão com os sistemas anteriores, pois propunha, por exemplo, a ausência de magistrados juristas no processo, além do que, os juízes deveriam ter formação em sociologia, psicologia e antropologia criminal; não haveria ação penal privada, pois, a pena era uma necessidade social; o contraditório é reduzido, pois este somente poderá ser observado quanto ao valor das provas do fato, e aos antecedentes pessoais ou sinais antropológicos do acusado; “o clímax da instrução processual se concretiza com o exame antropológico que determinará se o acusado é criminoso nato ou um doente mental, caso em que poderá ser, respectivamente, apenado com a morte ou internado em manicômio.”⁷

Tal determinação é, sem dúvida, exagerada, mas ressalte-se que as ciências auxiliares ao processo penal (como criminalística, sociologia e psicologia forense) têm importância extraordinária na justa aplicação da lei.

2.7. Sistema adotado no Brasil

O sistema adotado no Brasil é o acusatório de natureza pública. Apesar de não ser previsto explicitamente na Constituição Federal de 1988, entendemos estar implicitamente reconhecido em vários dos seus dispositivos, como a seguir veremos.

A acusação é facultada ao ofendido ou aos seus parentes nos casos de ação penal de natureza privada, no entanto, torna-se obrigatória, ao Ministério Público, nos crimes de ação penal pública, quando houver indícios do cometimento de algum crime de natureza pública.

Senão vejamos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, op. cit, p. 92.

⁷ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. O Processo Criminal Brasileiro (sic), pp. 252-253.

(...)

Art. 5º. (...)

LIX – será admitida ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.

Ainda assegura a igualdade das partes, substrato básico do princípio do equilíbrio de situações no processo ou da paridade de armas. Vejamos, então:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança, e à propriedade, nos seguintes termos: (negrito nosso).

O contraditório e a ampla defesa são estabelecidos, *in verbis*:

Art. 5º. (...)

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusado em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A defesa é assegurada inclusive àqueles que forem pobres na forma da lei: (...)

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O processo é público:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Existe a presunção de inocência:

Art. 5º. (...)

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

O inquérito é uma fase anterior ao processo e feito por um órgão específico, a polícia:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

(...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

(...)

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Da análise desses dispositivos constitucionais, pode-se afirmar que a Constituição adotou o sistema acusatório, porém de forma implícita.

Esse sistema, nas lições de Jacinto Coutinho,

(...) da maneira como foi estruturado não deixa muito espaço para que o juiz desenvolva aquilo que Cordero, com razão, chamou de 'quadro mental paranóico', em face de não ser, por excelência, o gestor da prova, pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a 'sua' versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade de crença no imaginário, a qual toma como verdadeiro.⁸

Então, para que haja um sistema acusatório, as funções de acusar, julgar e defender devem ser atribuídas a sujeitos distintos, estando, dessa forma, preservada a imparcialidade daquele a quem compete o julgamento.

Entende-se que a essência do sistema acusatório está na gestão da prova e não apenas na previsão de separação das funções aludidas acima.

A separação de tais funções de forma inicial, antes de instaurado o processo, não é suficiente, devendo a mesma ser mantida no curso de todo o processo penal para que a imparcialidade do juiz seja preservada. De nada adianta a Constituição ter separado as funções de acusar e julgar e o nosso Código de Processo Penal prever a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício, atividade que cabe às partes.

Portanto, vimos claramente que a Constituição Federal de 1988, adota e exige o sistema acusatório público. Porém, boa parte da legislação brasileira adota, de forma claramente inconstitucional, elementos do sistema inquisitivo. Tais elementos têm sido eliminados gradativamente, mostrando uma transição entre um sistema misto (acusatório e inquisitório) e um sistema acusatório puro.

⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. Net, mai. 1998. Disponível em: <www.direitosfundamentais.com.br>. Acesso em 23 mai. 2006, p. 32. **in:** SANT'ANNA, Giselle Maria Santos Pombal. Crítica à iniciativa probatória do juiz no processo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1755, 21 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11155>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

Porém, cumpre observar que tramita um projeto de lei no Congresso Nacional⁹, que traz explicitamente a opção pelo sistema acusatório. Senão vejamos:

O projeto define o processo penal de tipo acusatório, onde os papéis dos sujeitos processuais são mais bem definidos, com a proibição de o juiz substituir o Ministério Público na função de acusar e de levantar provas que corroborem os fatos narrados na denúncia, sem prejuízo da realização de diligências para esclarecimento de dúvidas. A medida deixa clara a responsabilidade do Ministério Público em relação à formação da prova e, ao mesmo tempo, impede que o juiz se distancie do seu compromisso com a imparcialidade.¹⁰

O projeto prevê ainda a figura do juiz de garantias, algo muito semelhante aos juízes de instrução do sistema misto, com a ressalva de que o juiz da investigação não será o mesmo que julga como o artigo 156 atualmente dispõe. Vejamos, então:

O novo Código de Processo Penal (CPP) introduz a figura do juiz das garantias, responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos fundamentais do acusado (art. 14).

Atualmente, um mesmo juiz participa da fase de inquérito e profere a sentença, porque foi o primeiro a tomar conhecimento do fato (art. 73, parágrafo único do CPP). Com as mudanças, caberá ao juiz das garantias atuar na fase da investigação e ao juiz do processo julgar o caso - este tendo ampla liberdade em relação ao material colhido na fase de investigação

Portanto, apesar de já previsto implicitamente na Constituição Federal, é muito possível que, se concretizando essa reforma, possamos andar mais alguns passos rumo ao sistema acusatório puro, seguindo a atual tendência de modernização dos sistemas processuais, com fundamento em uma lógica constitucionalizada dos direitos, sobretudo o direito processual penal, afastando, assim, qualquer resquício retrógrado de sistemas inquisitoriais e contrários a dignidade da pessoa humana.

⁹ PLS - PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 156 de 2009.

¹⁰ CASTANHO, Valéria. Agência Senado - Senado Federa. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/quadros/qd_165.html>. Acesso em 30 nov. 2010.

3. DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1. Considerações iniciais

Uma vez provocado o juiz, nasce para este o dever de oficialmente se pronunciar, movendo-se com a marcha do processo, cujo objetivo, é o de concretizar a jurisdição estatal ao interesse do Estado-juiz, e no caso do direito penal, segundo sua livre convicção motivada, responsabilizar penalmente aplicando a sanção àquele que violar os preceitos e tipos legais vigentes. Para chegar a uma decisão consistente, o magistrado, durante a instrução processual, deve analisar cada prova produzida pelas partes, afim de que seu livre convencimento possa ser balizado pelo conjunto probatório trazido ao processo, que depois de proposto, admitido, produzido e valorado, forme, enfim, sua convicção.

No entanto, para chegarmos ao objetivo maior de análise das provas, mais especificamente da prova *ex officio*, cumpre-nos analisar o conceito e a etimologia do termo *prova*.

Conforme entendimento de Fernando Capez, prova vem do latim *probatio*:

É o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo Juiz (CPP, arts. 156, 2ª parte, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., peritos), destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.¹¹

Guilherme de Souza Nucci¹², fazendo um estudo etimológico do termo, explica sua origem no latim - *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação.

Explica o nobre autor que desse termo deriva o verbo *provar* - *probare* -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. Sucintamente, esclarece Nucci que “a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso e seu objeto, em regra, são os fatos que as partes pretendem demonstrar”.¹³

Em consonância com o conceito de provas, o professor Mirabete afirma que:

¹¹ CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 13. ed. rev. e atual, 2006. (p. 164).

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. (p. 293).

¹³ Idem. p. 298.

provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo.¹⁴

Para a doutrinadora Ada Pellegrini Grinover:

A prova tem o intuito de ratificar, na fase de instrução do processo, a veracidade ou falsidade de uma afirmação, assim como a existência ou inexistência de um fato. Portanto, a prova é o instrumento através do qual, as partes irão demonstrar para o juiz a “ocorrência” ou “inocorrência” das alegações declinadas no processo.¹⁵

Dentro do contexto da seara criminal, ensina o ilustre doutrinador que o objeto da prova não abrange apenas o fato criminoso e sua autoria, mas também “as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança”¹⁶, ou seja, tudo aquilo que, de uma forma ou de outra, seja relevante para formar o convencimento do órgão julgador.

Na área criminal, cumpre ao magistrado analisar e questionar todas as provas trazidas à sua aferição, até mesmo os fatos incontroversos devem ser provados, diferentemente do processo civil, uma vez que no processo penal o juiz não está vinculado ao que as partes produzem em sede de provas, podendo então questioná-las, amparado nos princípios da verdade real e da oficialidade, a fim de que o que for incongruente, dúbio ou suspeito, seja desentranhado do processo.

No entanto, ensina Guilherme Nucci¹⁷ que alguns fatos não necessitam ser provados. São eles: os fatos notórios, cujo conhecimento integra a cultura do homem médio, abrangendo aqueles decorrentes das diversas ciências (fatos evidentes) e os decorrentes da experiência e da lógica (fatos intuitivos); os fatos que contêm uma presunção legal absoluta (*juris et de jure*), os quais não admitem prova em contrário; os fatos impossíveis, que, nas palavras do ilustre doutrinador, "causam aversão ao espírito de uma pessoa informada" (ex.: dizer como álibi que o réu estava no planeta Saturno no momento do crime); e, finalmente, os fatos irrelevantes ou impertinentes, assim considerados aqueles que não dizem respeito à solução da causa.

No processo penal, para se provar os fatos alegados em juízo, são admitidos todos os recursos possíveis, sejam diretos ou indiretos, que sejam aptos a trazer a verdade alegada no

¹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p.256.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 8.ed. São Paulo: RT, 2004. (p. 135).

¹⁶ Idem. op cit. p. 257.

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. pp. 298-299.

processo. Para Nucci¹⁸, as provas podem ser lícitas ou ilícitas, legítimas ou ilegítimas. Lícitas e legítimas são as que estão de conformidade com a lei e com a ordem constitucional e legal, previstas nos artigos 158 a 250 do CPP. Ilícitas ou ilegítimas são as que são produzidas sem a observância dos trâmites legais, dos princípios norteadores das provas, sejam infraconstitucionais ou constitucionais. Estes, alerta o citado professor, abrangem não apenas os meios expressamente proibidos por lei, mas também “os imorais, antiéticos, atentatórios á dignidade e á liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito”.¹⁹

No entanto, o conceito de prova não é uníssono e para os professores Grinover, Scarance e Gomes Filho²⁰, podem ser apresentadas em pelo menos três acepções, podem ser distinguidas, portanto, em fontes de prova (os fatos percebidos pelo juiz), meios de prova (instrumentos pelos quais os fatos se apresentam ao juiz) e objetos de prova (os fatos a serem provados).

Fernando Capez²¹ seguindo o mesmo entendimento de Mirabete²² classifica as provas de acordo com alguns critérios. Quanto ao objeto, podem ser diretas, quando se referir direta e imediatamente ao fato a ser provado, ou indiretas, quando se referem a fatos outros ligados ao fato a ser provado. Quanto ao efeito ou valor, as provas podem ser plenas, quando completas, convincentes *prima facie*, com elevado grau de certeza, ou não plenas ou indiciárias - também chamadas semiplenas -, quando há uma probabilidade de procedência da alegação, ou seja, há um juízo de verossimilhança. Relativamente ao sujeito ou a causa, podem as provas ser reais, quando consistirem de coisa ou bem exterior distantes do indivíduo, ou pessoais, aquelas que exprimem o conhecimento atribuído a alguém. No que concerne a sua forma ou aparência, as provas ainda podem ser documentais, testemunhais e materiais (ver tópico 3.5.).

Finalmente, com relação aos momentos processuais a doutrina majoritária elenca quatro momentos das atividades processuais relativas á prova. Primeiramente, as provas são *propostas*, ou seja, são indicadas ou requeridas para o juiz. Depois, manifestando-se sobre sua *admissibilidade*, o órgão jurisdicional pode ou não aceitá-las. Admitidas, as provas necessitam ser introduzidas no processo e, para tanto, deverão ser *produzidas*. Num derradeiro momento, as provas deverão ser *apreciadas*, valoradas pelo juiz.

¹⁸ Idem. op. cit. p 299.

¹⁹ Idem. p. 297.

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. São Paulo: RT, 7ª ed., 2001. pp. 120-1.

²¹ CAPEZ, Fernando. op. cit. pp. 306-307.

²² MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p.258.

3.2. Princípios relativos às provas

Os princípios são os fundamentos jus filosóficos de um sistema jurídico. Para José Afonso da Silva, em direito, os princípios jurídicos “indicam uma ordenação que se irradia e imanta os sistemas de normas, servindo de base para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”.²³

Nesse sentido, à demonstração da verdade dos fatos, além das normas de direito, as provas estão fundadas em princípios implícitos e explícitos, constitucionais e infraconstitucionais.

Traremos então à colação alguns princípios relativos às provas considerados mais importantes pela doutrina.

O professor Mirabete²⁴, seguido no mesmo sentido por Capez²⁵, apontam como princípios que regem as provas os seguintes: **princípio da auto-responsabilidade das partes**, em que estas assumem e suportam as conseqüências de sua inatividade, negligência, erro ou atos intencionais. **Princípio da audiência contraditória**, toda prova admite contraprova, não sendo possível, nas palavras do ilustre doutrinador, a produção de uma delas sem o conhecimento da outra parte. **Princípio da aquisição ou comunhão**, a prova produzida no processo não pertence à parte que a produziu, mas serve a ambos os litigantes e ao interesse da justiça. Pelo **Princípio da oralidade**, deve haver a predominância da palavra falada nas audiências, no entanto, apesar de esse princípio não ser sensível ao nosso direito, é ele que informa o **princípio da concentração** que busca concentrar a produção das provas na audiência. Não menos importante é o **princípio da publicidade** que como ato judicial que é visa cumprir o disposto no artigo 93, inc. IX da CF/88, artigo este que, por fim, trata também do **livre convencimento motivado** do juiz.

3.3. Sistemas de avaliação de provas

Guilherme de Souza Nucci²⁶ elenca os principais sistemas de avaliação de prova que, na sua concepção, são três:

²³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. (p. 85).

²⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. (p.260-261).

²⁵ CAPEZ, Fernando. Op. Cit. (p. 312).

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. pp. 394-397.

a) **livre convicção**, que é o método concernente à valoração livre ou à íntima convicção do magistrado, não necessitando, pois, de motivação para suas decisões; acrescenta ainda ser este o sistema prevalecente no Tribunal do Júri, haja vista a desnecessidade de motivação das suas decisões;

b) **prova legal**, cujo método é ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar. Um dos resquícios desse sistema é visível, por exemplo, no artigo 158 do CPP, onde se exige o exame de corpo de delito para a materialidade nos crimes que deixam vestígio.

c) **persuasão racional**, que é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. É o sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando fundamento na Constituição Federal de 1988, como podemos ver na primeira parte do inciso IX do artigo 93:

Art. 93. (...)

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, (...). (negrito nosso).

Observa-se, portanto, que esse é o fundamento que deve motivar todas as decisões judiciais, para que haja um julgamento coerente e imparcial, para que o juiz possa usar seu livre convencimento para “persuadir as partes e a comunidade em abstrato”.²⁷

3.4. Espécies probatórias

Em razão deste trabalho monográfico não ter o intuito de esgotar todo o assunto referente a provas, mas, por se propor apenas a analisar a constitucionalidade de uma espécie de prova (a prova *ex officio*), não divagaremos sobre todas as espécies existentes no nosso ordenamento jurídico, até mesmo por não existir um rol taxativo limitado e sim exemplificativo de provas, traremos, então, à colação, resumidamente, as principais espécies dispostas nos artigos 158 até 250 do Código de Processo Penal dentro de uma análise genérica e doutrinária, sabendo, igualmente, da existência das provas inominadas que apesar de não

²⁷ Idem. Op. Cit. pp. 395

previstas são permitidas desde que não sejam ilícitas e nem imorais, o que é culminado até pelo art. 5º, LVI da CF/88. Então, trataremos de forma breve das principais espécies de provas existentes no processo penal brasileiro. Observamos, pois, que conforme sua forma ou aparência, as provas podem ser documentais, testemunhais e materiais.

As provas documentais, em concepção mais tradicional, eram aquelas que provavam os fatos através de documentos escritos. Atualmente, em um conceito bem mais avançado e moderno de Nucci: “é toda base material disposta a concentrar e expressar um pensamento uma idéia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que serve para provar fato ou acontecimento juridicamente relevante”.²⁸ Nessa concepção, são documentos, portanto: escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, pen drives, CDs, DVDs, entre outros.

A prova testemunhal consiste nas declarações que alguém afirma ter conhecimento de algo, podendo, pois, confirmar a veracidade de algum fato, agido sob o compromisso de dizer a verdade.

É, portanto, a prova testemunhal um meio de prova ou de defesa, assim como o é o interrogatório, a depender da orientação doutrinária e a posição das partes no pólo da ação. A prova material consiste no meio de prova produzida pelas partes ou, excepcionalmente, pelo juiz, consubstanciado em exames, vistorias, perícias, instrumentos do crime e outros. Sobre as provas inominadas trazemos à colação o seguinte fragmento:

O Código de Processo Penal aponta e indica diversos meios de provas no Título VII, Capítulos I à XI, dos artigos 158 ao 250, que são as chamadas **provas nominadas**. Entretanto, não há limitação dos meios de prova, uma vez que a lei não os esgota, sendo que outros meios probatórios podem ser usados, desde que suscetíveis de obter a certeza no caso concreto. São as chamadas **provas inominadas**, isto é, aquelas que não constam no rol do CPP, tais como o croqui, a fotografia, a filmagem e as interceptações telefônicas.²⁹ (negrito nosso).

Portanto, observamos que a prova inominada dar margem para uma liberdade maior às partes do processo produzir as provas que melhor servirem para provarem a veracidade das suas alegações, por óbvio, desde que sejam legais, ou mesmo moralmente legítimas.

²⁸ Idem. Op. Cit. pp. 497.

²⁹ TOZADORI, André Camargo. Das provas inominadas no Processo Penal brasileiro. Revista Jus Vigilantibus, Sexta-feira, 6 de outubro de 2006.

3.5. Provas Ilícitas

De acordo com a nova redação do artigo 157 dada pela Lei 11. 690/2008, provas ilícitas são “as obtidas em violação às normas ou constitucionais legais”, ou seja, é aquela que fere regra do direito material ou constitucional, no momento de sua produção. Observe-se que o tema prova ilícita está intimamente ligado com os direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna, uma vez que os limites para obtenção de provas é estabelecido pelo Estado e não se pode chegar à verdade real a qualquer custo.

Consideram-se meios ilícitos as várias formas de violação dos preceitos firmados no ordenamento jurídico. Os meios ilícitos ferem a Constituição e à legislação em geral e outras formas ferem ainda as normas infraconstitucionais, dividindo assim as provas ilícitas em ilegítimas e ilegais, ou seja: ilegais quando viola regra do direito penal e ilegítima que atinge as normas processuais penais

Sobre as **provas ilícitas** o artigo 5º, inc. LVI da CF/88 dispõe que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Segundo Capez³⁰, citando Lâmmego Bulos, é uma inovação no ordenamento jurídico atual, uma vez que as constituições anteriores não continham tal preceito. Nesse sentido, o nobre doutrinador acima lembrado, assim se pronuncia: (...) “provas obtidas por meio ilícitos são as contrárias aos requisitos de validade exigidos pelo ordenamento jurídico”.

Os requisitos de validade possuem a natureza formal ou material. “A ilicitude formal ocorrerá quando a prova, no seu momento introdutório, for produzida à luz de um procedimento ilegítimo, mesmo se for lícita a sua origem”.³¹ Já a ilicitude material se concretiza quando, através da emissão de um ato antagônico ao direito e pelo qual se consegue um dado probatório, como por exemplo, nas hipóteses de invasão domiciliar, causa constrangimento físico ou psíquico com o fim de obter confissão ou depoimento de testemunha etc.

Assim, as provas ilegítimas são aquelas que são obtidas através da violação de normas de natureza processual e, por sua vez, a prova ilícita é aquela obtida com violação de normas de direito material.

³⁰ CAPEZ, Fernando. Op. Cit. p. 284.

³¹ Idem. op. Cit. p. 284-285.

3.6. A prova *ex officio*

Essa espécie probatória surgiu como um instituto do sistema inquisitivo, onde o juiz assume o papel de acusador, julgador e, em alguns casos, de defensor. No entanto, em uma concepção mais atual, tal espécie probatória fundamenta-se na busca da verdade real ou material, devendo esta ser o objetivo maior do magistrado quando da análise de um fato ou de fatos concretos em que as partes tentam provar no processo suas alegações.

Entretanto, acreditando que é quase impossível se chegar a uma verdade real através da análise pura e simples dos elementos de prova trazidas ao processo pelas partes, o juiz, na condução do processo, cuida para que as partes possam exercer o contraditório, mas, caso contrário, tem legitimidade para buscar a verdade real, tornando-se, assim, a nosso ver, parte interessada da instrução probatória.

Então, a prova *ex officio* é a prova produzida pelo juiz, ou a requerimento deste, por terceiros, antes ou durante a instrução processual. É o sentido do atual artigo 156 do CPP, incisos I e II, que o requerimento pode se efetivar antes mesmo de iniciada a instrução processual, bem como, por óbvio sob fundamentado no princípio da verdade real, durante a instrução processual, como veremos, detalhadamente, no Capítulo seguinte.

Portanto, pode-se observar a possibilidade da produção da prova de ofício pelo magistrado, antes de iniciada a ação penal, ou seja, na fase de investigação, como também na fase instrutória, onde as partes exercem dialeticamente a ampla defesa e o contraditório. Então, analisa-se detalhadamente as nuances e contradições desse artigo de lei, sobretudo, atacando sua desconformidade com o sistema acusatório e a sistemática constitucional atual.

4. INCOSTITUCIONALIDADE DA PROVA *EX OFFICIO*

4.1. Considerações sobre o controle de constitucionalidade

As normas, oriundas do poder constituinte derivado, devem obediência de conformidade vertical com a norma maior que é a Constituição Federal. Nesse sentido, o professor José Afonso da Silva, assim, fundamenta esta assertiva lógica:

Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.³²

Consubstancia-se, assim, o princípio da supremacia da Constituição e de seus princípios sobre as demais normas de natureza infraconstitucionais, ou mesmo, constitucionais, como, por exemplo, a Emenda à Constituição, previstas no artigo 59, inc. I da CF/88.

Essa desconformidade das normas à Constituição se concretiza de forma positiva ou negativa. Para José Afonso a desconformidade negativa, “verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais”.³³

Portanto, acontece a inconstitucionalidade por omissão, quando o poder legislativo deixa de editar, por exemplo, uma norma de direito fundamental e de aplicabilidade imediata prevista na Constituição Federal, bem como, quando o executivo deixa de cumprir obrigação imposta por norma constitucional, caracterizando, assim, uma omissão na aplicação da lei por parte dos poderes da República.

A conformidade positiva está concretizada em uma ação positiva do poder da República, como por exemplo, editar uma norma em desconformidade com a Constituição Federal ou contra os princípios basilares do Estado brasileiro. Nesse mesmo sentido é o entendimento de José Afonso, quando define que a inconstitucionalidade por ação, “ocorre com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição”.³⁴ Ressalta ainda que essa desconformidade possa ser formal ou material. Formalmente, “quando tais normas formadas por autoridade incompetente ou em desacordo

³² SILVA, José Afonso da. . Op. Cit. pp. 47.

³³ Idem. op. cit. pp. 48.

³⁴ Idem. op. cit. pp. 48.

com os procedimentos estabelecidos pela constituição”.³⁵ Materialmente “quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio constitucional”.³⁶

A doutrina nos trás uma ótima compreensão dos limites à edição de normas incompatíveis com a ordem constitucional. Então, o controle de constitucionalidade das leis é instituto eficiente nesse sentido, uma vez que é técnica adequada para defender a supremacia da Lei Maior.

Nesse caminho a doutrina nos aponta os sistemas de controle de constitucionalidade que são três: o político, o jurisdicional e o misto. *O controle político* é o que confere ao poder legislativo a tarefa revisional de controlar as normas inconstitucionais; foi predominante na Europa no Século XIX.

O controle jurisdicional, que José Afonso afirma ser predominante nos Estados Unidos da América, consistindo em “uma faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade da lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos constitucionais”.³⁷

O controle misto consiste, no dizer de José Afonso³⁸, quando a constituição outorga e submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob o controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.

O sistema e a técnica do controle de constitucionalidade exigem dois métodos ou critérios principais de exercício do controle jurisdicional, a saber: o controle difuso e o controle concentrado.

O critério de controle difuso ou de jurisdição constitucional difusa verifica-se “quando se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário. Já o controle concentrado ou jurisdição constitucional concentrada, só se for deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial.”³⁹

Para se exercer o controle de constitucionalidade é necessária a provocação de uma das partes, diretamente, por iniciativa popular, ou por iniciativa do juiz, de acordo com o critério utilizado pelo sistema constitucional de cada país. José Afonso⁴⁰ aponta três modos de exercício no Direito Constitucional Comparado:

³⁵ Idem. op. cit. pp. 48.

³⁶ Idem. op. cit. pp. 48.

³⁷ Idem. op. cit. pp. 50.

³⁸ Idem. op. cit. pp. 50.

³⁹ Idem. op. cit. pp. 49.

⁴⁰ Idem. op. cit. pp. 49.

- a) por via de exceção, ou incidental, segundo o qual cabe ao demandado argüir a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é, num processo proposto contra ele; por isso, é também chamado de controle concreto;
- b) por via de ação direta de inconstitucionalidade, de iniciativa do interessado, de alguma autoridade, ou instituição ou pessoa do povo (ação popular);
- c) por iniciativa do juiz dentro de um processo de partes. Observa-se desde logo que o controle por via de exceção é peculiar ao controle difuso e os demais, do controle concentrado.

4.2. Controle de constitucionalidade na CF/1988

O sistema adotado pela Constituição Federal de 1988 é o mesmo desde a primeira Constituição Republicana de 1891, sob forte influência do constitucionalismo norte-americano, claramente adotou o critério de controle difuso por via de exceção. Desde então, até uma evolução mais completa do controle de constitucionalidade, as Constituições do Brasil, paulatinamente, foram introduzindo institutos importantes para a sistemática de proteção da Constituição.

José Afonso⁴¹ cita como exemplos a ação de inconstitucionalidade interventiva inserida pela CF de 1937, bem como, a ação direta de inconstitucionalidade genérica, instituída pela CF de 1946, assim também, atribuindo competência originária ao Supremo Tribunal Federal para o processo e o julgamento a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, apresentado pelo Procurador-Geral da República.

Por fim, a promulgação Constituição Federal de 1988 trouxe duas novidades, a saber: “a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e ampliou a legitimidade a proposição da ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão (art. 103)”.⁴²

Entretanto, a legitimidade que era apenas do Procurador-Geral da República se estendeu às mesas da Câmara, do Senado e das mesas das Assembléias Legislativas, ao Presidente da República, à Câmara Legislativa do Distrito Federal, aos governadores dos Estados e do Distrito Federal, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Entretanto, a Emenda Constitucional nº. 03 de 1993

⁴¹ Idem. op. cit. pp. 50-52.

⁴² Idem. op. cit. pp. 51.

inova com uma nova modalidade de ação constitucional: a ação declaratória de constitucionalidade.

Em resumo, no ordenamento jurídico nacional o modelo de controle de constitucionalidade vigente é o controle misto, ou seja, mescla elementos do sistema difuso e do concentrado. Este modelo é o mesmo existente desde a Constituição de 1967 e também adotado na Constituição de 1969.

A Constituição Federal de 1988, portanto, manteve a estrutura do controle de constitucionalidade existente nas Constituições anteriores, mas introduziu em seu corpo normativo o Mandado de Segurança Coletivo e a Ação Civil Pública (que comumente são utilizados para o controle difuso) e, como citado, novos legitimados no controle concentrado, o que conseqüentemente provocou a ampliação dos direitos discutidos (art. 113 da CF). Desta forma, com o advento da Carta de 1988 o controle concentrado no Brasil ganha primazia sobre o difuso.

Em suma, o controle de constitucionalidade brasileiro é jurisdicional, acolhendo o controle difuso por via de exceção, onde cabe ao demandado argüir a inconstitucionalidade, apresentando sua defesa num caso concreto, como observa o Ilustre professor José Afonso da Silva:

em vista da atual constituição, temos a inconstitucionalidade por ação ou omissão; o controle é jurisdicional, combinando os critérios difuso e concentrado, sendo este último de competência do STF. Então, temos o exercício do controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade e ainda a ação declaratória de constitucionalidade; a ação direta de inconstitucionalidade compreende três modalidades: Interventiva, genérica e a supridora de omissão. A constituição mantém a regra segundo a qual somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art. 97).⁴³

Portanto, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dependem da solução sobre a natureza do ato inconstitucional: se é inexistente, nulo ou anulável. A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga, teoricamente a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade (art. 52, X). A declaração na via direta tem efeito diverso, importa suprimir a eficácia e aplicabilidade da lei ou ato.

⁴³ Idem. op. cit. pp. 52.

4.3. Inconstitucionalidade do artigo 156 do CPP

4.3.1. Considerações iniciais e previsão legal

O novo artigo 156 do CPP trazido pela Lei 11.690/2008, ao que parece, nada trouxe de novo ao processo penal brasileiro. Senão, vejamos *in verbis*, a redação atual e a anterior do referido artigo:

Art. 156. **A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:**

I – ordenar, **mesmo antes de iniciada a ação penal**, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, **no curso da instrução, ou antes de proferir sentença**, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Nova redação dada pela lei n. 11.690/2008).

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, **no curso da instrução ou antes de proferir sentença**, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Redação anterior). (negrito nosso).

Em uma análise mais detida do artigo acima, verifica-se, de início, uma aparente, porém nítida contradição. Na primeira parte do *caput*, a afirmação de que a prova da alegação dos fatos imputados como crime caberá a quem as fizer, de início, coloca o juiz em uma situação contraditória no processo, pois, como se sabe, a Constituição Federal outorgou ao Ministério Público a função de acusador e não ao juiz, a quem, por sua vez, caberá decidir a lide, valorando os elementos de provas postos no processo. Tal contradição completa-se com o disposto no inciso II, que praticamente repetiu a redação do artigo anterior à reforma, quando ao juiz é dado produzir provas durante a instrução, antes da sentença. Na prática, está claro que o juiz tem furtado à competência do Ministério Público.

Nesse Sentido foi o julgamento do STF a seguir:

O PODER DE ACUSAR SUPÕE O DEVER ESTATAL DE PROVAR LICITAMENTE A IMPUTAÇÃO PENAL. - A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório.⁴⁴

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal, HC 73338, de 19/12/1996.

A contradição apontada não se restringe apenas ao inciso II do referido artigo, se entende também ao Inciso I, que permite tamanho absurdo jurídico, intervindo na fase administrativa ou inquérito policial, “quando julgar urgente e relevante, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”. Ora, seria possível que o juiz aceitasse uma denúncia contra determinada pessoa com base em inquérito em que ele produziu as provas? Nesse mesmo sentido, também, está o magistrado a usurpar a função constitucional da polícia. Pois então, no mesmo julgado do STF:

Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório.⁴⁵

Nesse mesmo sentido ainda:

Os elementos probatórios colhidos na investigação prévia servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorado como provas; o exercício da jurisdição depende da acusação formulada por órgão diverso do juiz; todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural.⁴⁶

Entretanto, em que pese uma análise histórica do referido dispositivo, sabe-se que o Código de Processo Penal brasileiro, Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, foi imposto por força da influência ditatorial da época (Estado Novo, sob a égide da Constituição Federal de 1937, influenciada pela pelo fascismo italiano), e em diversos momentos em seu texto, como alhures se analisou, exterioriza os ideais inquisitórios que fundamentavam o processo penal da época, apresentando o réu, o acusado, ou indiciado, como mero objeto da acusação e, ao mesmo tempo, concedendo ampla liberdade de atuação às autoridades policial e judiciária, em vários dos seus artigos.

Reforçando esse entendimento:

Precedentes. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal, Idem. op. cit.

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999, p. 3-4. **in:** SANT'ANNA, Gisélle Maria Santos Pombal. **Crítica à iniciativa probatória do juiz no processo penal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1755, 21 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11155>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5).⁴⁷

Talvez, pudéssemos pensar na possibilidade da prova de ofício durante o inquérito para justificar a colheita de prova urgente que pode esvaír-se com o tempo, ou mesmo, para fundamentar uma prisão preventiva. Entretanto, mesmo assim, estaria o magistrado a furtar as funções atribuídas aos entes acima referidos numa violação clara dos princípios constitucionais da presunção de inocência, da imparcialidade, princípio acusatório, da inércia dentre outros

Na realidade, instala-se com esse artigo, um processo mais inquisitório, justificado pelo momento histórico, político, econômico e social por que passava o país, dando-se, então, mais liberdade ao juiz para, querendo, produzisse provas suficientes para se chegar à verdade real em detrimento da verdade formal.

Veja-se, então, que a Exposição de Motivos do referido código deixa clara a intenção do legislador da época. Então vejamos:

O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença. (...) 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* (...) ⁴⁸. (negrito nosso).

Portanto, fica patente a intenção do legislador ordinário da época de que a iniciativa probatória do juiz tem por fundamento básico a busca da verdade real em detrimento da verdade meramente formal dos fatos. Entretanto, observa-se que esse é um resquício nítido do sistema inquisitivo, uma vez que atribui legislativamente ao magistrado a busca de uma verdade que lhe pareça correta, mesmo que seja, no caso, supletiva à atividade probatória das partes.

⁴⁷ Supremo Tribunal Federal, Ibidem.

⁴⁸ Item XVIII, Exposição de Motivos do CPP.

4.3.2. Argumentos a favor da prova “ex officio”

Cumprido, também, nesse momento, trazermos à análise, os principais argumentos em favor da produção de provas de ofício pelo magistrado.

a) a busca da verdade real, informa o processo penal, é entendida esta aqui não em um sentido absoluto, mas como a maior aproximação possível da verdade;

A busca da verdade real, talvez seja o argumento mais forte que a doutrina que defende o ativismo do juiz na produção de provas advoga.

Parcela considerável da doutrina nacional entende total recepção do artigo 156, sendo a atividade probatória levada a efeito pelo julgador como reflexo da regra segundo a qual o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, não restando infração a nenhuma garantia constitucional, uma vez baseada em norma de interesse público, sendo, por isso, indisponível.⁴⁹ Vejamos ainda a esse respeito:

Nota-se aqui o reconhecimento de uma verdade real, inerente ao processo penal, tendo em vista o fato de tal processo versar sobre direitos indisponíveis, contraposta à verdade formal, própria do processo civil. Quanto a essa dicotomia da verdade, cabe ressaltar que a verdade é una, devendo o juiz buscar a maior aproximação possível de tal verdade, dentro de suas limitações, seja no processo penal, seja no processo civil. Há autores os quais, reconhecendo a impossibilidade do alcance da verdade real no processo penal, asseveram que os poderes instrutórios do juiz são necessários para o esclarecimento da verdade, compreendida esta como aquela que pode ser alcançada dentro de um devido processo penal.⁵⁰

Como por exemplo, Guilherme de Souza Nucci, para quem a atuação de ofício pelo juiz "trata-se de decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial". Não deve o magistrado, segundo o autor, "ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão-somente atingir a verdade".⁵¹

Na verdade, o princípio da verdade real é um dos princípios informadores do processo penal e, *mutatis mutandi*, decorre do dever de o magistrado buscar, no processo, a verdade material dos fatos, em detrimento da verdade formal vigente no processo civil, não ficando, portanto, a produção das provas, limitada apenas às partes em litígio, mas, quando da inércia

⁴⁹ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 79 e 83; GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 5/6. In: SANT'ANNA, Gisélle Maria Santos Pombal. Crítica à iniciativa probatória do juiz no processo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1755, 21 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11155>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

⁵⁰ SANT'ANNA, Gisélle Maria Santos Pombal. Crítica à iniciativa probatória do juiz no processo penal. Idem. op cit.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 104-105.

destas, cabe ao juiz, de ofício, dar impulso ao processo, tanto quanto possível, a fim de descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal.

Nucci⁵² ainda diz que o princípio da verdade real significa que “o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente”.

Porém, entendendo de forma diversa, Mirabete⁵³ ressalta que “no processo penal brasileiro o princípio da verdade real não vige em toda a sua inteireza”.

Não seria permitido, portanto, que após uma absolvição transitada em julgado, se permitisse uma ação rescisória, mesmo quando surgissem provas contundentes incriminando o agente, uma vez que nosso sistema proíbe a revisão criminal *pro societate*.

Tal princípio encontra limite ainda na possibilidade de transação nos crimes de ação penal privada com o perdão do ofendido, além do que, a omissão de um dos querelantes na ação penal privada pode provocar a preempção, bem como, outras possibilidades de extinção da punibilidade previstas que podem impedir a descoberta da verdade real. Capez⁵⁴ traz outras exceções ao princípio da verdade real previstas do Código de Processo Penal, como por exemplo: a impossibilidade de juntar documentos na fase do artigo 406 do CPP; a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º., LVI da CF/88); os limites de números de pessoas para depor ou servir de testemunhas (artigo 406 e seus § 6º do CPP); as restrições de natureza civil relativa ao estado das pessoas (artigo 155, parágrafo único do CPP), dentre outras possibilidades.

b) melhor reconstrução histórica dos fatos:

Nesse caminho, o julgamento proferido no processo penal dever refletir, tanto quanto possível, a realidade dos fatos analisados e, para tanto, a pesquisa do que efetivamente aconteceu deve ser plena e ampla, a fim de que a realidade possa se transmitir com absoluta fidelidade aos autos, sendo que, o magistrado tem para formar seu livre convencimento e motivar suas decisões, a atitude probatória dará maior verdade na reconstrução dos fatos.

⁵² Idem. Op. Cit. p. 105.

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p.25

⁵⁴ CAPEZ, Fernando. op. cit. p. 28-29.

c) ausência de ofensa ao sistema acusatório:

Gustavo Badaró considera que os poderes instrutórios do juiz não dizem respeito à essência do sistema acusatório, destacando esse autor que o processo penal acusatório moderno permite a iniciativa probatória do juiz, caracterizando, assim, um "modelo acusatório atenuado".⁵⁵

O sistema acusatório não estaria comprometido, pois, no processo as partes exercem o contraditório e a ampla defesa, podendo, inclusive, se opor às provas produzidas de ofício pelo magistrado, o que não nos parece muito convincente.

d) não comprometimento da imparcialidade;

Nesse sentido, entende-se que a imparcialidade exigida para o julgamento não restará comprometida se o juiz possuir iniciativa probatória. Isso porque consideram que, quando o juiz determina a produção de uma prova *ex officio*, ele não sabe o que poderá advir desta atividade e, conseqüentemente, qual parte será beneficiada com aquela prova, não aventada pela acusação e defesa. Vejamos, nesse sentido:

Gustavo Badaró também acrescenta que só haverá prejuízo da imparcialidade do juiz se a determinação de produção de provas de ofício recair sobre fontes de prova, pois, dessa forma, o órgão julgador estaria vinculado a uma hipótese prévia. O referido autor argumenta que a imparcialidade é garantida pelo contraditório e pelo princípio da motivação das decisões judiciais.⁵⁶

e) concepção publicista e função social do processo penal que exigem um juiz ativo para estimular o contraditório e promover a igualdade entre as partes.

Consiste no fato de que a publicização do processo e o reconhecimento de sua função social exigem um papel mais ativo do juiz, visando garantir o efetivo contraditório e a igualdade substancial entre as partes, além de fornecer uma melhor prestação jurisdicional.

⁵⁵ Nesse sentido: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., p. 79 e 83; GRINOVER, Ada Pellegrini. op. cit., p. 5/6. **in:** op. cit. pp. 113-122.

⁵⁶ Idem. op. cit., p. 5/6. **in:** op. cit. pp. 04.

4.3.3. Incompatibilidade com o sistema acusatório

Pela exposição das principais características do sistema acusatório acima exposto, vê-se uma nítida impossibilidade de conformação da prova de ofício com o referido sistema, uma vez que suas características são dissonantes com a atividade probatória *ex officio*.

Nesse contexto se manifesta o Professor Luiz Flavio Gomes, afirma que “é inconstitucional a interpretação literal do dispositivo supracitado, pois o juiz não poderia determinar a produção de provas de ofício, sobretudo antes de iniciada a ação penal, sob pena de ofensa ao sistema acusatório previsto na CF/88”.⁵⁷

Sobre essa perspectiva argumentativa convém citar a brilhante conclusão de Eugênio Pacelli de Oliveira acerca da interpretação do art. 156 do CPP:

Residiria aí a iniciativa probatória que se defere ao magistrado.

Parece-nos, contudo, que o sistema acusatório imposto pela Constituição Federal de 1988, onde se delimitam as funções do juiz e as atribuições do Ministério Público, deverá funcionar como um redutor e/ou controlador da aplicação do mencionado dispositivo, em face da imparcialidade que deve nortear a atuação judicial. (...).⁵⁸

Observa-se, portanto, que o art. 156, mesmo antes da alteração conferida pela Lei 11.690/08, sempre foi objeto de divergência. Parcela considerável da doutrina nacional entendia o disposto no artigo em questão como totalmente recepcionado pela constituição brasileira, decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial.

Por outro lado, doutrinadores comprometidos com o sistema acusatório-constitucional sustentavam a ilegitimidade da atividade probatória exercida *ex officio* pela autoridade judiciária.

Então, com a alteração no dispositivo, tais indagações permanecem, mas com agravantes, senão vejamos. Repete-se aqui o equívoco de se permitir ao juiz atividade de natureza eminentemente persecutória sem processo, o que significa um gravíssimo atentado aos postulados do sistema acusatório adotado hoje pelo Brasil, salvo nos casos de foro por prerrogativa de função nos Tribunais Superiores, em que é presidido pela magistratura.

⁵⁷ Curso de Processo Penal, Ed. Del Rey, 2005, pg. 284. in: **O juiz pode produzir provas de ofício, conforme o novo texto do art. 156, I do CPP?** Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080703115617182&query=156>. Acesso em 02 de setembro de 2008.

⁵⁸ Idem. op. cit. pg. 284.

Portanto, como afirmado, o sistema inquisitório foi adotado pela Constituição Federal e deve permear todo o processo penal, de forma que, qualquer interpretação que torne relativa sua validade deve ser repelida à luz da interpretação conforme a Constituição.

4.3.4. Princípios constitucionais violados

Entendemos, então, que quando o magistrado age de ofício como instrutor e produtor das provas do processo, está violando princípios constitucionais de suma importância no sistema jurídico pátrio, como a seguir passamos a observar.

Pelo princípio constitucional da **presunção de inocência** (artigo 5º, LVII, CF), o acusado é presumido inocente até sentença penal condenatória transitada em julgado. Ora, é contraditório o juiz, de ofício, na dúvida sobre autoria do delito, produzir uma prova simplesmente pela busca da verdade real. A prova da acusação não cabe a quem alega? Porventura, é o juiz acusador? Nesse sentido, observamos:

Verdade é que vemos na prática do foro muitos magistrados que atuam de forma a suprir a deficiência probatória das partes. Isso provoca na doutrina diferentes reações, que variam desde a proposta de inconstitucionalidade do dispositivo, na parte em que autoriza tais diligências pelo juiz, até a essencialidade do texto para que se assegure um julgamento justo ao réu.⁵⁹

O professor Geraldo Prado chega a afirmar que:

Entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça material e presunção da inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar de maneiras supletiva provas da inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa.⁶⁰

Acrescente-se aqui, porém, um fragmento jurisprudencial que ratifica nossa argumentação de que tal atitude do juiz fere de morte a presunção de inocência:

Nesse sentido, afirma AFRÂNIO SILVA JARDIM: 'O réu apenas nega os fatos alegados pela acusação. Ou melhor, apenas tem a faculdade de negá-los, pois a não impugnação destes ou mesmo a confissão não leva a presumi-los como verdadeiros, continuando eles como objeto de prova de acusação. Em poucas palavras: a dúvida sobre os chamados fatos da acusação leva à improcedência da pretensão punitiva,

⁵⁹ AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. O novo art. 156 do Código de Processo Penal. Um museu com grandes novidades. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1960, 12 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11955>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

⁶⁰ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. in: op cit.

independentemente do comportamento processual do réu. Assim, o ônus da prova, na ação penal condenatória é todo da acusação e relaciona-se com todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado, afirmado na denúncia ou queixa; conclusão esta que harmoniza a regra do art. 156, primeira parte, do CPP com o salutar princípio *in dubio pro reu*.⁶¹

Se no processo penal, como garantia individual que este ramo representa, vigora o princípio do *in dubio pro reu*, como justificar a atividade do magistrado que, na dúvida, não absolve, mas determina produção de provas? A resposta só é uma: parcialidade.

Portanto, no caso de dúvida quanto à materialidade do fato, o magistrado com muito cuidado deve analisar as provas disponíveis, valorá-las, e caso entenda insuficientes deve absolver o acusado, pois, agindo de modo diverso, a nosso ver, estará violando o princípio constitucional da presunção de inocência dos acusados.

Também a garantia do juiz natural que consiste não somente na previsão anterior das regras de julgamento, mas também na imparcialidade do órgão julgador, é violada com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz. Essa garantia está prevista no art. 5º, inciso LIII, da Constituição, que assim dispõe, *in verbis*: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Devido ao fato de a preservação da imparcialidade do juiz ser exigida pelo princípio da presunção de inocência, a atribuição de poderes instrutórios ao juiz também compromete tal princípio em última análise.

Pelo **princípio da oficialidade** ou do “promotor natural”, insculpido no artigo 129, I, CF, compete privativamente ao Ministério Público a promoção da ação penal pública, pois de modo contrário, estaria o juiz usurpando a competência constitucionalmente atribuída ao *parquet*, pois, a nossa Constituição Federal, como visto, adota o sistema acusatório para o processo penal, cujas funções bem definidas, lhe compete apenas a de julgador e não a de acusador, devendo, então, para a manutenção da imparcialidade e autonomia das suas decisões, se manter como parte equidistante no processo. Agindo de maneira contrária estaria, igualmente, violando mais um princípio basilar que é o **princípio do sistema acusatório**, portanto, inaceitável tal prática. Veja-se a lição do professo Eugênio Pacelli:

Falamos agora na imparcialidade no que se refere à atuação concreta do juiz na causa, de modo a impedir que este adote postura tipicamente acusatória no processo, quando, por exemplo, entender deficiente a atividade desenvolvida pelo Ministério Público. O juiz não poderá desigualar as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da

⁶¹ HC 27.684, op cit. in: MELO, Debora Fernandes de Souza Melo. *Possível constitucionalidade do art. 156, I, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/08*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 25 de novembro de 2008.

ampla defesa, reunidos ambos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais.⁶²

Portanto, entendia-se que o ônus da prova era da acusação, como se depreende do HC 27.684, de relatoria do Min. Paulo Medina, do STJ, in verbis:

(...) O órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência. É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal. 3. Carece de fundamentação idônea a decisão condenatória que impõe ao acusado a prova de sua inocência (...) É notório que o órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência. É característica inafastável do sistema processual penal acusatório, como retratado no art. 156 do Código de Processo Penal. Nesse sentido, afirma.⁶³

Esta decisão do Superior Tribunal de Justiça traduz perfeitamente a idéia de que o processo penal é, antes de tudo, um sistema de garantias face ao uso do poder do Estado. Tal conduta acabaria por violar ainda, a um só tempo, **os princípios da inércia**, inerente ao sistema acusatório (visto que a ação seria iniciada por parte ilegítima), da **iniciativa das partes** e o **princípio acusatório**, o da **imparcialidade do juiz** (tendo em vista que estaria investigando, adotando comportamento tipicamente inquisitivo, o que lhe é vedado constitucionalmente), o do contraditório, sem se mencionar o próprio **princípio do Estado democrático de direito**.

4.3.5. Interpretação conforme a Constituição do artigo 156 do CPP

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e as conseqüentes alterações do discurso e implementações de direitos e garantias individuais irrenunciáveis, tal diploma infraconstitucional passou a ser interpretado de acordo com a nova sistemática: a dignidade da pessoa humana erigiu-se a fundamento da República e o Estado democrático de direito solidificou-se como instituto reitor das relações entre o Estado e os cidadãos. Diante disso, fez-se necessário que os dispositivos legais passassem pelo filtro da recepção constitucional, travando-se discussões judiciais, doutrinárias e acadêmicas até hoje.

Assim, sobre essa possibilidade, vejamos:

⁶² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, Ed. Del Rey, 2005. pg. 284.

⁶³ HC 27.684, Superior Tribunal de Justiça. Idem, op cit.

A interpretação conforme a Constituição se constitui fundamentalmente num mecanismo de controle, eis que sua principal função é assegurar um razoável grau de constitucionalidade das normas no exercício de interpretação das leis.

A interpretação conforme a Constituição determina que, quando o aplicador de determinado texto legal se encontrar frente a normas de caráter polissêmico ou, até mesmo, plurissignificativo, deve priorizar a interpretação que possua um sentido em conformidade com a Constituição.⁶⁴

Nesse sentido já era a controvérsia acerca do disposto no artigo 156, do CPP e sua antiga redação e a atividade probatória efetivada pela autoridade judiciária. No entanto, a atual sistemática processual, dotada de valores constitucionalizados por princípios que são balizas do Estado de Direito Moderno Pós Iluminismo, entende-se inadequado uma regressão dessa natureza, pois, o que se está a fazer é ressuscitando, como visto alhures, institutos do sistema inquisitivo.

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Vanessa Curti Perenha Guasques:

O Código de Processo Penal deve ser interpretado à luz da Constituição, pois esta prevê todo um sistema de garantia individual que permite concluir pela adoção do modelo acusatório de processo. Já o Código de 1941, inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 30, do século passado, de cunho político-ideológico fascista, propunha medidas em que se visualizava o tratamento de presunção de culpa do investigado/acusado e, na ponderação entre a tutela da segurança jurídica e a tutela da liberdade individual, prevalece a preocupação quase sempre da primeira, sempre legitimada pela "busca da verdade real".⁶⁵

Portanto, uma possibilidade a fim de livrar o art. 156, do CPP da mácula de inconstitucionalidade, há de se perfilhar por uma interpretação consentânea com o sistema acusatório, que deriva de nossa Constituição.

Ainda que o caput desse artigo generalize a possibilidade de o juiz agir de ofício nas duas situações previstas (incisos I e II), relevante ressaltar que o juiz só poderá agir quando provocado pelo titular do direito de ação (portanto, com processo em curso, inciso II) e no resguardo de uma prova pertinente e importante em vias de perecer, como por exemplo, ouvida de testemunha (art. 225, CPP).

Tal interpretação se faz necessária, na medida em que admitir que o juiz, de ofício, possa ordenar antes do início da ação penal (inciso I) a produção antecipada de provas, seria aceitar a volta de um processo penal inquisitório, o que contrariaria nosso atual sistema

⁶⁴ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Interpretação conforme a Constituição. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/133>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

⁶⁵ Determinação de interceptação telefônica ex officio – ofensa ao sistema acusatório. In: AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Dos sistemas processuais penais. Tipos ou formas de processos penais. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6948>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

acusatório de direitos e garantias previstos na Constituição Federal de 1988, a conhecida “Constituição Cidadã”.

Sendo assim, entendemos que a interpretação conforme a constitucional, em sede de controle difuso, fortaleceria a inadmissibilidade da norma em apreço, porém, na prática, dificilmente algum magistrado agiria com esse intuito de repelir tais normas. Interessante ressaltar que a interpretação conforme a constituição deve ser um instrumento para o operador do direito interpretar as normas, por exemplo, polissêmicas, ou mesmo, dúbias, porém, no caso de uma norma puramente inconstitucional como esta, o remédio melhor e mais adequado seria, então, a declaração de inconstitucionalidade, em razão de sua total incompatibilidade com o sistema acusatório constitucional.

4.3.6. Precedente jurisprudencial

Sustentando nosso entendimento de inadequabilidade da atuação probatória ativa do juiz no processo penal brasileiro, trazemos à colação um fragmento jurisprudencial que reforça nosso entendimento pela inconstitucionalidade da prova *ex officio* no processo penal.

Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2o; e 144, § 1o, I e IV, e § 4o). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.

Decisão

O Tribunal, por maioria, julgou procedente, em parte, a ação para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995, no que se refere aos dados "fiscais" e "eleitorais", vencido o Senhor Ministro Carlos Velloso, que a julgava improcedente”. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros

Marco Aurélio e Cezar Peluso. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 12.02.2004.⁶⁶

Desse modo, ao determinar a produção de provas sem prévio requerimento, estaria o juiz atuando como verdadeiro inquisidor, o que comprometeria o princípio da imparcialidade e culminaria em violação ao devido processo legal.

Portanto, vê-se que a jurisprudência já sinalizava no sentido da inadmissibilidade de o juiz agir como instrutor probatório, produzindo provas na fase processual. Entretanto, com a Lei 11.690/2008 que trouxe o I do artigo 156 do CPP, atenta-se diretamente contra o sistema acusatório e contra princípios basilares do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, quando se permite ao juiz, *de per si*, sem a provocação das partes e antes de iniciado o processo, portanto durante o inquérito, produzir provas.

Do exposto, cumpre citar que os tribunais deviam, dentro de uma lógica constitucional repelir, por via controle difuso, determinadas normas que não se coadunam com a atual realidade legal. Com a reforma que está em curso tramitando no Congresso Nacional, espera-se que normas dessa natureza sejam repelidas, pois inadmissível num processo que caminha para um sistema acusatório puro.

⁶⁶ ADI 1570 / DF - DISTRITO FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 12/02/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046. RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838. Parte(s): REQTE. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. REQDO. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. REQDO. : CONGRESSO NACIONAL.

5. A IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Entendemos, então, não restar dúvidas de que a parcialidade do magistrado resta prejudicada, pois, dificilmente, seja na fase inquisitorial ou na fase processual, o juiz produzirá uma prova tendo em vista apenas à busca de uma verdade aproximada da realidade dos fatos, com o intuito de absolvição do acusado, além do que, o juiz carrega consigo uma grande carga de subjetividade da o vincula sempre ao processo. Nesse sentido, é impossível que a prova produzida pelo magistrado, mesmo para a fundamentação de uma prisão preventiva, não influenciaria na decisão final. Assim, vejamos:

A objeção de Ada Pellegrini Grinover, segundo a qual, na prática, constata-se uma influência decisiva dos elementos colhidos na primeira fase da persecução penal na forma do livre convencimento do juiz. **Tais informações, que deveriam repercutir tão-somente ‘para efeito de provimentos cautelares constritivos ou quanto ao juízo de admissibilidade da acusação’, acabam influenciando no ‘próprio juízo de mérito.’**⁶⁷ (negrito nosso).

Corroborando com a relevância da garantia da imparcialidade para o devido processo legal, foi destacada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1570-2 proposta pelo Procurador-Geral da República, em face do artigo 3º, da Lei nº 9.034/95, no voto do relator, Ministro Maurício Corrêa, citando entendimento do ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Adhemar Ferreira Maciel, nesses termos:

Essa atividade coletora de provas do juiz, [...], viola a cláusula do ‘due process of law’. Viola, porque compromete psicologicamente o juiz em sua imparcialidade. E a imparcialidade, como sabemos, é virtude exigida de todo e qualquer magistrado [...] E coletando provas, não paira dúvida, ele será fatalmente influenciado. Talvez valesse para um ‘juiz preparador’ nunca para um ‘juiz julgador’. Ademais, o ‘princípio da ação’, *done procedat judex ex officio*, impede e, na prática, desaconselha o magistrado na fase administrativa de colher provas, como o desaconselha a ajuizar ações penais de ofício. Esse não é o papel institucional e constitucional reservado ao magistrado.⁶⁸ (negrito nosso).

Além disso, ressaltem-se as limitações do à busca da verdade real no processo penal, quais sejam: a impossibilidade de observação direta dos fatos, o "caráter irredutivelmente provável da verdade fática e o inevitavelmente opinativo da verdade jurídica das teses

⁶⁷ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. Curso de Processo Penal, p. 57. In: AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Dos sistemas processuais penais. Tipos ou formas de processos penais. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6948>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1570-2. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Maurício Corrêa. Brasília, Ementário nº 2169-1, Diário de Justiça de 22.10.2004.

judiciais”⁶⁹, a subjetividade do juiz e subjetividade das fontes de prova. Na verdade, dificilmente a subjetividade do juiz não transparecerá nas suas decisões proferidas a partir de provas colhidas de ofício.

Sendo assim, não pode a garantia do contraditório ser utilizada como forma de controle da iniciativa probatória do juiz. Entende-se que nem mesmo a motivação das decisões judiciais se prestaria efetivamente a esse fim. Isso porque o juiz, ao expor as razões pelas quais está determinando a produção de uma prova de ofício, acabará mostrando o seu envolvimento com uma das versões, mesmo que de forma implícita. Se não vejamos:

O contato do julgador com a atividade persecutória torna promíscua sua relação com os fatos. Compromete a neutralidade do juiz. E, sem um juiz neutro, toda a atividade jurisdicional resta comprometida. Assim, qualquer contato prévio do juiz com as diligências tomadas no inquérito policial, por comprometer seu envolvimento psicológico com os fatos, além de eticamente reprovável, é inconstitucional.⁷⁰

Nesse sentido é o magistério de Geraldo Prado:

Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação, ao qual, nessas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz de sua desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.⁷¹

Importantíssimo ressaltar que não está se afirmando que o juiz não deva motivar as suas decisões, porém essa função de controle atribuída ao princípio constitucional da motivação das decisões judiciais, bem como o do livre convencimento motivado, no caso da determinação de provas de ofício pelo juiz, só será verificada formalmente.

⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 46/48. in: SANT'ANNA, Giselle Maria Santos Pombal. Crítica à iniciativa probatória do juiz no processo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1755, 21 abr. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11155>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

⁷⁰ Nesse sentido, é louvável a iniciativa de determinados tribunais, como os TRFs da 1ª e da 2ª Região, de editar provimentos determinando que o trâmite dos inquérito se dê diretamente entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público. Aliás, esse é o teor do projeto de lei 4209/2001 que, em seu art. 9º, § 1º determina que "os autos serão encaminhados ao Ministério Público". Idem. op. cit.

⁷¹ PRADO, Geraldo. Sistema acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 137. In: AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Dos sistemas processuais penais. Tipos ou formas de processos penais. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6948>>. Acesso em: 16 nov. 2010

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, cumpre ressaltar que a importância deste trabalho é dar uma pequena contribuição ao estudo do tema proposto, cujo objetivo maior é fortalecer nossa cultura constitucionalizada das leis e dos atos normativos editados pelo poder público, de maneira a fortalecer ainda mais o pacto social feito em torno da Constituição Federal e dos princípios que a norteiam.

Da análise aqui feita, verifica-se que os argumentos suscitados para sustentar a inconstitucionalidade do artigo 156 do Código de Processo Penal, se mostram suficientes para ensejar um controle da legalidade e da conformidade daquele dispositivo legal com a atual sistemática constitucional, haja vista, a adoção implícita do sistema acusatório público pela Constituição Federal, cuja característica principal é o delineamento das funções de cada órgão componente do sistema processual (acusador, defensor e julgador), distribuídas entre diferentes sujeitos, em contraposição ao sistema inquisitivo, cuja característica é concentrar em uma só pessoa, as funções de acusar, defender e julgar.

Então, a análise dos sistemas processuais penais foi determinante para a fundamentação teórica do presente trabalho monográfico, uma vez que, a análise histórica dos institutos de persecução penal, sobretudo, dos sistemas processuais penais, justificou teoricamente, nosso objetivo, de sugerir uma interpretação das normas processuais penais, dentro da lógica constitucional, da adoção do sistema acusatório como próprio e predominante no atual sistema constitucional brasileiro.

Contudo, o estudo também trouxe uma breve análise da prova no processo penal, com o objetivo de situar-se dentro do sistema de provas adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro, dando ênfase, então, aos princípios que as norteiam, bem como, os sistemas de avaliação das provas, analisando a prova ilícita e terminando com uma breve consideração acerca da prova *ex officio*.

Na análise da inconstitucionalidade da prova de ofício, se analisou os principais argumentos dos doutrinadores que defendem a atividade instrutória e probatória *ex officio* do magistrado, tendo na busca da verdade real seu principal fundamento, assentada no princípio de mesmo nome, bem como, no não comprometimento da imparcialidade do juiz e nem do sistema acusatório.

Discordando dos argumentos a favor da prova de ofício, se viu além da ofensa ao princípio acusatório, a violação de uma série de princípios de ordem constitucional, pois, todos eles restarem comprometidos pela prática inquisitória da prova de ofício, restando,

então, viciado todo o conjunto probatório produzido pelo juiz, principalmente na fase do procedimento administrativo do inquérito policial.

O reconhecimento de que a determinação de provas de ofício pelo juiz viola garantias fundamentais, nos termos explicados anteriormente, já seria suficiente para demonstrar que tal previsão do Código de Processo Penal não se sustenta em face da Constituição Federal. Contudo, foi imperioso analisar o próprio sistema processual penal adotado pela Constituição Brasileira e se a iniciativa probatória do juiz está em consonância com esse sistema.

Então, vemos que com essa atitude estará o juiz a usurpar a função de acusador outorgada constitucionalmente ao Ministério Público, pois, este como titular da ação penal, deve buscar os elementos de prova que possam sustentar uma possível denúncia. Fato interessante, também, é a incursão do juiz na competência constitucional da polícia para diligenciar as provas que fundamentarão a ação penal. Assim, entendemos está sendo violado o princípio do promotor natural, garantido constitucionalmente pela Carta Magna, bem como as prerrogativas da polícia de investigar sem a intervenção do juiz., estando sujeitos durante essa fase, apenas a intervenção do Ministério Público.

Entretanto, sobre a imparcialidade do juiz, sabe-se que todo julgamento é composto de uma carga muito grande de subjetividade, tanto na decisão, quanto na análise das provas, principalmente quando o órgão que acusa é o mesmo que julga e que fará a análise valorativa do conjunto probatório trazido ao processo. O que existirá, no caso de um processo instruído com provas determinadas pelo juiz, será um processo, no mínimo suspeito, para não dizer viciado em todos os seus elementos de prova, pois o juiz, dificilmente, não estará vinculado, ao menos subjetivamente, às provas que, por si só, produzir.

O processo é um direito do cidadão, uma conquista, uma garantia petrificada na Constituição Federal, garantido pelo Estado de Direito. Portanto, necessário é que o controle de constitucionalidade possa ponderar efeitos normativos negativos dentro do sistema constitucional, atacando duramente, normas que contém em si, elementos de institutos estranhos ao seu, e ao mesmo tempo, expelir do sistema tais normas.

Do contrário, estar-se-ia e instaurar-se um processo de natureza eminentemente inquisitiva com resquícios claros do sistema inquisitório, transformando o juiz é um inquisidor, de modo a tornar o processo uma via insegura para se exercer a cidadania com todas as garantias a ela inerentes.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **Dos sistemas processuais penais. Tipos ou formas de processos penais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 727, 2 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6948>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro** (sic), pp. 244-269. Rio de Janeiro: Tipografia Baptista de Souza, 1920.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **O novo art. 156 do Código de Processo Penal. Um museu com grandes novidades.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1960, 12 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11955>>. Acesso em: 16 nov. 2010.

ANDRADE, Mauro Fonseca Andrade. **A atividade probatória ex officio judicis na recente reforma processual penal.** Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 34, fevereiro. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao034/mauro_andrade.html>

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle da Constitucionalidade** no Direito Brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em: <<http://www.planalto.org.br>>. Acesso em: 29 nov. 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTRO, Anna Karina Lopes de. **A (in) constitucionalidade do art. 156, I, do CPP.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22453>>. Acesso em: 10 out. 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo.** 21 ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo.** In: Boletim do IBCCRIM, ano 16 - n. 188 – julho de 2008. p. 12.

DA SILVA, José Afonso, **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Ed. Malheiros, 25ª ed., 2006.

GOMES, Luiz Flavio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.**

Revista Atualidades Jurídicas, n.º 04, janeiro e fevereiro de 2009 OAB editora

<<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso

em: 16 nov. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio

Magalhães. **As nulidades no processo penal.** 8.ed. São Paulo: RT, 2004.

MARCATO, Antonio Carlos. **A imparcialidade do juiz e a validade do processo.** Jus

Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em:

<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3021>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal:**

comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal.** São Paulo: Atlas, 10ª ed., 2000. p.256.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** São Paulo: Ed. Atlas, 21ª ed., 2007.

NUCCI, Guilherme De Souza. **Código de processo penal comentado.** São Paulo: Revista

dos Tribunais, 2005.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 5ª ed., São

Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Acesso em: 04 maio 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal,** Ed. Del Rey, 2005.

SANT'ANNA, Gisélle Maria Santos Pombal. **Crítica à iniciativa probatória do juiz no**

processo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1755, 21 abr. 2008. Disponível

em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11155>>. Acesso em: 15 nov. 2010.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Interpretação conforme a Constituição.** Jus

Navigandi, Teresina, ano 5, n. 39, 1 fev. 2000. Disponível em:

<<http://jus.uol.com.br/revista/texto/133>>. Acesso em: 2 dez. 2010.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal.** São Paulo: Ed. Saraiva, 1988.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal. Volume I.** São Paulo: Editora

Saraiva, 2003.

TOZADORI, André Camargo. **Das provas inominadas no Processo Penal brasileiro.**

Revista Jus Vigilantibus, Sexta-feira, 6 de outubro de 2006. Disponível em:

<<http://jusvi.com/artigos/22661>>. Acesso em 29 nov. 2010.

VIEIRA SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim, **A inconstitucionalidade do inciso I do novo**

art. 156 introduzido pela Lei 11.690/08, Revista Jus Vigilantibus, Sexta-feira, 7 de

novembro de 2008.