



PAULA DA GRAÇA RODRIGUES BATALHA

**PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO JUIZ NA PERSECUÇÃO
PENAL.**

BELO HORIZONTE

2021



PAULA DA GRAÇA RODRIGUES BATALHA

**PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO JUIZ NA PERSECUÇÃO
PENAL.**

Monografia submetida a Faculdade de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BELO HORIZONTE

2021

AGRADECIMENTO

Agradecemos primeiramente a Deus, por nos ter dado saúde e força para superar as dificuldades e por ter permitido que tudo isso acontecesse.

A esta faculdade, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram a janela que hoje vislumbramos um horizonte superior, eivado pela acendrada confiança no mérito e ética aqui presentes.

A nossa orientadora Rosilene Queiroz, pelo suporte no pouco tempo que lhes coube, pelas suas correções e incentivos.

Aos nossos familiares, pelo incentivo e apoio, e a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o nosso muito obrigada.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

§ - Parágrafo

Art. - Artigo

CP - Código Penal

CF/88 – Constituição Federal de 1988

IP – Inquérito Policial

P. - Página

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

Na instituição do Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório ganhou força, sendo positivado pela Constituição Federal de 1988. Neste modelo processual, há uma separação nítida entre acusação e defesa, o papel de imparcialidade do juiz e o caminho do processo para, de fato, levar à busca de uma justiça, cujas provas adquirem um papel elementar, capaz de trazer a elucidação dos fatos e condutas que afetam todo o processo e a sentença. Todavia, o Código de Processo Penal brasileiro, foi promulgado em 1941, isto é, em período muito anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, de modo que as normas devem passar por constante análise para verificação de recepção pelo novo texto constitucional. Deste modo, o presente trabalho tem como escopo analisar a constitucionalidade do Artigo 156 do Código de Processo Penal, com especial atenção ao inciso I, segundo o qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, porém é facultado ao juiz agir de ofício para ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, em clara ofensa ao modelo acusatório e à imparcialidade do juiz. Este trabalho visa apontar as críticas e contribuir com o debate sobre a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) do papel atribuído ao juiz no que tange às provas ainda em fase preliminar e de inquérito. Tendo em vista que o juiz poderá produzir provas de ofício tanto no curso da investigação, que se denomina como prova antecipada, para dirimir dúvidas de relevância e urgência, quanto ao final do processo.

Palavras-chave: Gestão da Prova. Imparcialidade do Juiz. Sistema Acusatório.

ABSTRACT

In the institution of the Democratic State of Law, the accusation system gained strength, being positivized by the Federal Constitution of 1988. In this procedural model, there is a clear separation between prosecution and defense, the impartial role of the judge and the path of the process to, in fact, , lead to the search for justice, whose evidence acquires an elementary role, capable of bringing the elucidation of the facts and behaviors that affect the entire process and the sentence. However, the Brazilian Code of Criminal Procedure was promulgated in 1941, that is, in a period long before the promulgation of the Federal Constitution of 1988, so that the rules must undergo constant analysis to verify their reception by the new constitutional text. Thus, this work aims to analyze the constitutionality of Article 156 of the Code of Criminal Procedure, with special attention to item I, according to which the proof of the allegation will be up to the person making it, but the judge is entitled to act *ex officio* to order, even before the criminal action is initiated, the anticipated production of evidence considered urgent and relevant, in clear offense to the accusatory model and the impartiality of the judge. This work aims to point out the criticisms and contribute to the debate on the constitutionality (or unconstitutionality) of the role attributed to the judge with regard to evidence that is still in the preliminary and investigation phases. Considering that the judge may produce *ex-officio* evidence both in the course of the investigation, which is called advance evidence, to resolve doubts of relevance and urgency, as to the end of the process.

Keywords: Test Management. Judge's impartiality. Accusatory System.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	08
2 PRINCIPIOLOGIA RELACIONADA À PROVA NO PROCESSO PENAL ...	10
2.1 Princípio do devido processo legal	11
2.1.1 Princípio do Contraditório e ampla defesa	12
2.2 Princípio da Busca da Verdade Real	14
2.3 Princípio da vedação das provas ilícitas.....	16
2.4 Princípio in dubio pro reo e Princípio da Presunção da inocência	17
3 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	18
3.1 Breve Análise sobre os Sistemas Processuais Utilizados	19
3.2 O Sistema Penal Vigente no Brasil	24
4 DA PROVA NO PROCESSO PENAL	27
4.1 Conceito e finalidade da prova	27
4.2 Sistemas de valoração da prova.....	31
4.3 Ônus Da Prova No Processo Penal	33
5 DA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 156, INCISO I DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL	36
6 CONCLUSÃO.....	41
REFERÊNCIAS	44

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo, analisar a iniciativa probatória no juiz durante o inquérito policial, diante do sistema acusatório e princípios constitucionais previstos.

Assim, diante de uma Constituição que valoriza o garantismo penal, os direitos individuais e as garantias fundamentais, foram prudente a adoção de um método próximo ao modelo acusatório. Para tal, estabeleceu uma série de princípios cuja função reside em um esforço para, a um só tempo, caracterizar o processo penal e também, para delimitá-lo, de modo a exercer seu papel de garantidor dos direitos.

Entretanto, o Código de Processo Penal é antigo, disciplinado e registrado no Brasil na década de 1941 um período conturbado e caracterizado pelo autoritarismo, em que prevalecia uma ideia voltada à punição e ao encarceramento.

Deste modo, muitas regras acabaram por ser suprimidas, reformadas ou alteradas, os entendimentos sofreram diversas mutações e a nova hermenêutica prevaleceu para tornar impositivo e positivo o sistema acusatório.

Não obstante, há no CPP resquícios do sistema inquisitivo. Nesse contexto, que o presente trabalho analisará o disposto no artigo 156, I, CPP, que permite ao juiz, de ofício, determinar no curso da instrução, ou antes dela no inquérito policial, a produção de provas.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo, apresentar uma análise fundamentada sobre o referido artigo e o debate que este tem ensejado no direito processual brasileiro. Este trabalho visa apontar as críticas, a discussão sobre a constitucionalidade (ou inconstitucionalidade) do papel atribuído ao juiz no que tange às provas ainda em fase preliminar e de inquérito.

Para tanto em início de estudo no capítulo I, trata-se dos princípios basilares da Constituição Federal que vem dando base para as fundamentações no âmbito do processo penal, sendo estes o princípio do devido processo legal, previsto na Constituição Federal de 1988 versa que ninguém será privado da

liberdade ou seus bens sem o devido processo legal e isso consiste em dizer que o Estado tem o dever e garante aos cidadãos que seus direitos serão respeitados, dentre outros princípios do contraditório e da ampla defesa, da busca da verdade real, princípio da vedação das provas ilícitas, bem como o princípio in dubio pro reo e princípio da presunção de inocência que visa que o indivíduo não será culpado se não mediante sentença transitada em julgado, o qual quando não houver uma certeza e surgindo dúvida o juiz não poderá incriminá-lo.

No capítulo II já aborda acerca dos sistemas processuais penais, bem como é realizada uma análise sucinta no que tange aos sistemas processuais utilizados contrapondo sobre o atual sistema penal em vigência no Brasil.

No capítulo III abrange sobre o conceito e definição de prova no processo penal, enfatizando sobre os sistemas de valoração da prova e ônus da prova no processo penal, tendo em vista se tratar de importante meio de condução para análise adequada e conclusão do processo.

O último capítulo, sendo este o capítulo IV foi feito uma pesquisa sobre a constitucionalidade do artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal Brasileiro. Sendo assim no transcorrer do estudo será justificado diante da controvérsia suscitada pelos doutrinadores que defendem um modelo acusatório mais próprio e puro, enquanto há outra linha interpretativa processual penal que defende pela legalidade do texto, pelas características próprias e mistas do modelo brasileiro, com fulcro na liberdade de atuação e de livre convencimento do juiz, e nestes capítulos foram acrescentados pesquisas bibliográficas, o qual buscamos mostrar o tema que está ocasionando muitas discussões no âmbito jurídico.

2 PRINCIPIOLOGIA RELACIONADA À PROVA NO PROCESSO PENAL

O Processo Penal é dividido em dois grandes modelos processuais, o primeiro baseado na metodologia do período inquisitorial e o segundo, denominado sistema acusatório.

O sistema inquisitivo é método mais arcaico entre os modelos processuais, remonta ao período da inquisição, em que o objetivo do processo penal era a confissão e a punição. As funções das partes não eram bem delimitadas, e o juiz ao mesmo tempo em que atuava como acusador, promovia o julgamento e a decisão. Assim, passível de grande crítica diante do que foi postulado posteriormente como direito ao contraditório, à defesa, ao justo julgamento e ao juiz imparcial.

Já no sistema acusatório, segundo Nucci: “há uma nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo”. (NUCCI, 2014, p.214)

Por este modelo, amplia-se a possibilidade de defesa do acusado e a possibilidade de uma efetiva participação na formação da decisão judicial, sendo um sistema regido pelo princípio dispositivo. (NUCCI, 2014, p.214)

Neste modelo, além da separação nítida entre acusação e defesa, destaca-se o papel de imparcialidade do juiz e o caminho do processo para de fato levar à busca de uma justiça, cujas as provas adquirem um papel elementar, capaz de trazer a elucidação dos fatos e condutas que afetam todo o processo e a sentença.

Nestor Távora defende que o constituinte brasileiro optou pelo sistema acusatório ao conferir ao Ministério Público a titularidade da ação penal, bem como pela adoção de alguns princípios característicos do sistema acusatório:

Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador

é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado. (TÁVORA, 2013, p.29).

Estabelecidos os dois tipos de sistemas, pode-se afirmar que sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, o Brasil, em sua Constituição de 1988, adotou o modelo acusatório não puro e estabeleceu uma série de princípios cuja função reside em um esforço para, a um só tempo, caracterizar o processo penal, e também para delimitá-lo, servindo como um ponto balizador de todo o sistema, conforme afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2004, p.451).

Assim, é possível pensar nos princípios jurídicos como alicerces do ordenamento, do processo e dos limites punitivos.

Uma vez que os princípios direcionam todo o processo penal, às provas também são reservados princípios que defendem seu papel dentro do sistema processual penal destacando-se, o devido processo legal, contraditório, ampla defesa, busca da verdade real, vedação das provas ilícitas, in dúbio pro réu e presunção de inocência.

2.1 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal está consagrado no art. 5º, LIV, CF/88, que dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Este princípio impõe diversas garantias processuais que asseguram o pleno funcionamento do processo penal em consonância com as diversas garantias constitucionais.

De acordo com José Afonso da Silva (2005), o princípio do devido processo legal é o conjunto de diversos outros princípios, de modo que sejam combinados com o direito de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), impondo a prática processual das garantias processuais.

2.1.1 Princípio do Contraditório e ampla defesa

Corolário do devido processo legal, os princípios do contraditório e da ampla defesa encontram-se guardada no art. 5º, inciso LV, da constituição Federal, que estabelece que aos litigantes em geral é assegurado o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a eles inerentes.

O princípio do contraditório é derivado da frase latina *Audi alteram partem* (ou *audiatur et altera pars*), que significa “ouvir o outro lado”, ou “deixar o outro lado ser ouvido bem”, e afirma que as partes devem ser ambas ouvidas e a partir deste debate que partiria a sentença fundamentada de um juiz. (NOVO, 2019).

O princípio do contraditório garante o direito das partes a vista processual, bem como da manifestação, sendo a sua aplicação essencial ao sistema acusatório, e garante a participação efetiva de todos os envolvidos processos. Sobre este princípio, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (1993) afirmam:

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese), o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. (CINTRA. GRINOVER. DINAMARCO, 1993, p. 55).

Aury Lopes Junior destaca que o princípio do contraditório deve ser visto como “[...] direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no iter procedimental.” (LOPES JR, 2015, p. 279).

Em outras palavras, este princípio implica na necessidade de uma dualidade de partes que sustentam posições jurídicas opostas entre si, de modo que o tribunal encarregado de instruir o caso e proferir a sentença não assume nenhuma posição no litígio limitando-se a julgar de maneira imparcial segundo as pretensões e alegações das partes.

Observa-se que este princípio é supralegal e extraterritorial, apresentando-se não somente na Constituição da República, mas também em normativas internacionais (e de outros países) que adotam o sistema acusatório como uma garantia do Estado Democrático de Direito, a exemplo da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica, aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo n° 27, de 26/5/1992, garante o contraditório (PACELLI, 2017).

Art. 8º Garantias Judiciais

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA, 1969).

Este princípio encontra-se presente no processo de valoração das provas e rege toda a sua matéria, por compreender que a produção de provas é necessária para a demonstração dos direitos alegados, e que leva ao conhecimento daquele que julga todos os fatos e esclarecimentos de modo a corroborar com a máxima aproximação da verdade processual e julgamento justo.

Já o princípio da ampla defesa significa permitir a produção de provas admitidas em direito, possibilitando que o autor e o réu gozem de ampla defesa dos seus interesses.

De acordo com os ensinamentos de Aury Lopes Jr, ninguém pode sofrer os efeitos de uma sentença sem ter tido a possibilidade de ser parte do processo do qual está provém, ou seja, sem ter tido a possibilidade de uma efetiva participação na formação da decisão judicial (LOPES JR, 2015).

Assim, o princípio da ampla defesa garante aos cidadãos todos os meios de defesa, de forma mais abrangente, dentro dos limites da lei, garantindo a participação em todos os atos do processo, seja por meio da autodefesa como também pela defesa técnica.

Conforme explica Pacelli (2017, p. 38), “enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando

prejudicial ao acusado.” Ainda, o juiz não pode negar à parte o direito a apresentar determinada prova, exceto se ela for repetitiva, irrelevante ou for utilizada apenas para atrasar o processo.

2.2 Princípio da Busca da Verdade Real

O processo penal visa corresponder à verdade ocorrida no mundo fático, de modo a buscar a justiça no caso concreto verificando quanto a veracidade ou a falsidade das afirmações dadas dentro e fora do juízo, de modo a punir as condutas dispostas nos tipos penais ou inocentar aqueles que não cometeram o crime ou tiveram algum excludente de culpabilidade ou de ilicitude.

Deste modo a prova é um mecanismo que possibilita a verificação dos fatos e condutas de modo a proporcionar o entendimento do juiz que ensejará na sentença prolatada com base nas provas produzidas que devem corresponder, na medida do possível a verdade dos fatos ocorridos.

Por muito tempo acreditou-se não só ser possível, mas também o objetivo do processo penal a busca da verdade real que se contrapõe à verdade processual.

Conforme dito anteriormente, o Brasil adotou o sistema acusatório, que exige a imparcialidade do juiz e sua equidistância das partes, todavia, sob diversas críticas da doutrina, o princípio da busca real possibilita uma relativização neste modelo processual, pois admite certa liberdade de iniciativa probatória ao juiz, sendo esta legitimada pelo princípio da busca da verdade real.

Também no campo da distribuição dos ônus da prova há uma ampla liberdade de iniciativa probatória conferida ao juiz, frequentemente legitimada pelo decantado princípio da verdade real. Ora, além do-fato-de-não existir nenhuma verdade judicial que não seja uma verdade processual 'tal princípio, na realidade, na extensão que se lhe dá, pode ser e muitas vezes foi e ainda é - manipulado para justificar a substituição do Ministério Público pelo juiz, no que se refere ao ônus probatório que se reserva àquele. (PACELLI, 2017, p.179).

Esta relativização ocorre pelo fato de a prova do processo constitucional ser fundamental para dirigir as decisões e colocar o juiz em uma situação mais próxima dos fatos que demonstram o direito, e, portanto, capaz de aproximar-se mais do senso de justiça a que se exige do Direito. Os meios de prova admitidos

no processo penal são aqueles capazes de tornar mais transparente a veracidade dos fatos.

Uma vez que o princípio da busca da verdade real se utiliza dos meios de prova para dirimir as dúvidas processuais e nortear a sentença, o Código de Processo Penal de 1941 (CPP) aponta as provas em espaço próprio no instituto normativo, de modo que possam ser abrangidas provas técnicas como a perícia (artigos. 158 a 184 do CPP), as provas de autodefesa como interrogatório (artigos 185 a 196 do CPP), as provas obtidas por aqueles que possuem conhecimento especial sobre o fato, como as testemunhas (artigos. 202 a 225 do CPP) e os indícios apurados na fase de inquérito. (art. 239 do CPP).

Cabe ressaltar que, embora o princípio da busca da verdade real seja um importante norteador do processo, não deve se ter a ilusão de que a verdade real será demonstrada na persecução penal. Mesmo diante deste princípio, admite-se apenas a ideia de que as provas colaborarão para chegar a uma conclusão, em um cenário de probabilidade de acerto ou de aproximação da realidade.

Outrossim, insta salientar que o princípio da busca da verdade real faz com que ocorra um certo grau de exigência na análise do conjunto probatório, uma vez que para que a prova seja admitida como verdade e espelho da realidade, deve ter um alto grau de cuidado, de análise e de probabilidade de licitude.

Todavia, o referido princípio é visto com certa ressalva pelo direito penal, pois a maioria da doutrina critica o aludido princípio, defendendo que ele não tem mais lugar no processo penal.

A problemática do princípio da verdade real surge no momento em que o juiz busca de forma ampla, a verdade real, fazendo com que o magistrado acumule as funções de investigação e julgamento, principais características do sistema inquisitorial.

De acordo com Aury Lopes Junior (2008):

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva (como se verá a continuação), senão porque constitui um gravíssimo erro falar em 'real', quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído

no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui, é um dado de realidade. (LOPES JR., 2008, p. 524).

2.3 Princípio da vedação das provas ilícitas

Para o direito processual, a prova é “a reconstrução dos fatos investigados no processo buscando a verdade dos fatos”, (PACELLI, 2011, p. 354/356) e, portanto, devem ser observados os meios utilizados para a obtenção desta, para resguardar os direitos envolvidos. É importante que sejam estabelecidas regras que imponham cuidados para que os direitos de ampla defesa sejam resguardados.

Nesse sentido, desponta o princípio da vedação das provas ilícitas, tomando como conceito de prova ilícita aquela obtida que viola normas de direito material ou constitucional. São provas não permitidas em direito ou produzidas de modo diverso ao que o direito prescreve, violando uma norma material ou processual, sendo então uma prova ilegítima.

Ao estabelecer esta vedação a este tipo de prova, o legislador colocou limite o direito de prova e a busca da verdade real.

Em uma ordem jurídica fundada no reconhecimento, afirmação e proteção dos direitos fundamentais, não há como recusar a estatura fundante do princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, sobretudo, porque destinado a proteger os jurisdicionados contra investidas arbitrárias do Poder Público. (PACELLI, 2017, p.41)

Neste sentido, o art. 5^a, LVI, torna claro o entendimento de que são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. Nesse sentido é disposto no art.157 do CPP em sua parte final que afirma: “art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (BRASIL, 1941).

Nesse contexto, é importante realizar a distinção sobre prova ilegítima e prova ilícita, conforme explica Aury Lopes Jr.

Prova ilegítima: quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for

imposta em função de interesse atinentes á logica e a finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como são as declarações escritas e sem contraditório). Prova ilícita: é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento de sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). (LOPES JR, 2015, p.299).

Além dos princípios e regras básicas previstas na Constituição Federal, o Código de Processo Penal dedica o Título VII às normas relativas à produção das provas no Direito Processual Penal, dando a mesma tratativa e vedação de ilicitude. A redação do art. 157, caput, também dispõe que, são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, do Código de Processo Penal. (BRASIL, 1941)

Importante também, não confundir as normativas impostas pelo princípio da ampla defesa, que implicam na aceitação de diversas provas, e o princípio de vedação das provas ilícitas, uma vez que o veto às provas também tem a função de garantir direitos fundamentais.

2.4 Princípio *in dubio pro reo* e Princípio da Presunção da inocência

Os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo* são importantes princípios garantistas, e que defendem o indivíduo no Estado Democrático de Direito, coibindo quaisquer abusos do poder punitivo do Estado. Estes princípios impedem um posicionamento inquisitorial, que incumbe ao acusado o dever de provar a sua inocência.

O princípio está previsto expressamente no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, que preceitua que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", (BRASIL, 1988) e também está presente no Pacto de San Jose da Costa Rica, cujo Brasil é signatário, que determina que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa". (DUDH, 1948).

Segundo o princípio da presunção de inocência, incumbe o ônus da prova aquele que acusa, e caso não seja possível elaborar robusto conjunto probatório,

defende-se que a dúvida será utilizada para a absolvição, por presumir-se a inocência.

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual incidência de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada. (PACELLI, 2017, p. 39).

Neste mesmo sentido, o princípio do *in dubio pro reo* impõe que quando houver dúvidas quanto à autoria ou materialidade, o benefício da dúvida se dará ao réu, sob o risco de incorrer em uma injustiça.

Este princípio decorre do próprio princípio do estado de inocência, em que é necessário que o conjunto probatório que atenda aos critérios necessários de convencimento para sentença condenatória.

3 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O processo é um instrumento de atuação da jurisdição. Conforme explicam os autores Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco (2006, p. 28) nos primórdios da civilização prevalecia um sistema de justiça denominado autotutela, no qual os conflitos eram solucionados pela força e entre as partes. Neste modelo, não prevalecia a justiça, mas ganhava-se o conflito aquele que possuía maior capacidade de fazer valer sua vontade.

Visando atingir maior organização social e equilíbrio social, o Estado, na medida em que ganhava espaço como um ente atuante e dirigente, passou para si o dever de resolver os conflitos e lides encontrados em sua população. Assim, iniciou-se a jurisdição tal qual é conhecida hoje, em que o dever jurisdicional é reservado exclusivamente ao Estado.

Uma vez que o dever jurisdicional coube ao Estado, na esfera penal, este apresentou-se por meio de sistemas processuais, que constituem o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada

Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto.

Inicialmente eram conhecidos dois sistemas processuais penais, o sistema inquisitório e o acusatório. Posteriormente, no Direito moderno, verificou-se um terceiro modelo, capaz de apresentar-se em uma versão híbrida, denominado Sistema Misto.

Para compreender a importância da prova dentro do processo penal, é importante verificar, independentemente da sua importância em cada um dos sistemas processuais penais adotados.

3.1 Breve Análise sobre os Sistemas Processuais Utilizados.

O sistema inquisitório foi um dos sistemas processuais adotados pela jurisdição penal católica, no período da Idade Média, quando prevalecia como força jurídica o Tribunal do Santo Ofício. Desta forma, este sistema demonstra toda sua base teológica, filosófica e jurídica, aparecendo inicialmente no âmbito da igreja católica e sendo praticado durante muitos séculos. (CAPEZ, 2014, p.75).

Observa-se que este modelo processual tem como principal intuito a condenação e punição do acusado. Ao contrário do que se observa nos dias de hoje, neste sistema, as funções de acusação, defesa e decisão se misturam e, muitas vezes, se encontram na mesma pessoa, de acordo com o que explica Fernando Capez:

É sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão. (CAPEZ, 2014, p.75).

Em outras palavras, conforme explica Nucci (2016, p.112), pelo Sistema Inquisitório existe uma concentração de poder nas mãos do julgador e há ausência de contraditório, sendo a defesa, meramente decorativa. Neste sistema, a confissão do réu é considerada a rainha das provas, e por este motivo, obtê-la, mesmo que por meios ilícitos e não ortodoxos.

Segundo Távora e Alencar (2013, p. 39) reforça que o Sistema Inquisitivo é caracterizado pela inexistência do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, no sistema inquisitório, havia acumulação dos poderes de legislar, julgar e administrar em uma só pessoa, ou seja, nas mãos dos magistrados, não havendo o respeito ao contraditório, à ampla defesa, sempre operando em segredo o procedimento escrito.

Este modelo foi amplamente utilizado durante a Inquisição, pois neste processo o réu era além de tudo um pecador e cuja verdade deveria ser extraída a todo custo, em nome da preservação da lei, da fé e da Igreja.

A figura do réu se misturava com a figura do herege e sua punição era importante como uma função pedagógica teológica e a perseguição era realizada em nome e na busca da proteção da verdade cristã, e não da justiça ao caso concreto.

Por óbvio, o sistema inquisitivo, mesmo servindo a um lado positivo, apresentou várias falhas e deu ensejo a abusos. Um dos principais custos do referido sistema deu-se, justamente, no âmbito da inquisição promovida pela Igreja, à cata de hereges. Em lugar de combater a injustiça social, terminou por promover uma autêntica caça às bruxas (literalmente), sem a menor chance de defesa. (NUCCI, 2016, p.112).

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009) relaciona o surgimento com o papel desenvolvido pela Igreja Católica e pela inquisição:

Excluídas as partes, no processo inquisitório o réu vira um pecador, logo, detentor de uma “verdade” a ser extraída. Mais importante, aparentemente, que o próprio crime, torna-se ele objeto de investigação. É sobre si que recaem as atenções, os esforços do inquisidor. Dententor da “verdade”, dela deve dar conta. Eis a razão por que a tortura ganhou a importância que ganhou, e a confissão virou regina probationum. Se o inquirido resistisse, merecidamente poderia ser absolvido; e de alguns se tem notícia. Era algo um tanto difícil, usando-se – como se usava– os métodos de perquirição. A verdade estava dada ex ante e o inquisidor dela tinha ciência, de modo que o trabalho (abjeto, em realidade) era um jogo de paciência e, ao final, confessar, dentro do modelo proposto, era a vitória da Inquisição, mas, par o consumo geral, vitorioso era o inquirido que, como prêmio, ganhava a absolvição, nem que de tanto em tanto fosse parar na fogueira para, mais rápido, entregar sua alma a Deus. (COUTINHO, 2009, p.105).

Embora o sistema inquisitivo (ou inquisitório), seja identificado como um modelo utilizado pela inquisição e pela igreja, no período moderno, sua utilização era justificada pela celeridade, uma vez que o réu como mero figurante, estaria

em uma situação de sujeição, deixando que todo o processo realizasse a perseguição por si.

Esta é uma das justificativas apresentadas pelo autor Távora, que demonstram que o próprio Código de Processo Penal brasileiro de 1941, por muito tempo defendeu esta linha de raciocínio em uma grande inspiração do Código Penal italiano fascista. Conforme será visto em próxima análise. (TÁVORA.ALENCAR, 2013, p. 40).

O grande problema do sistema inquisitório consiste no fato que, conforme afirma Coutinho (2009, p.105), o modelo permite que o inquisidor, por meio da lógica dedutiva conduza o resultado para onde quiser. Com a mudança de perspectiva proposta pela Revolução Francesa, se observou no Direito um movimento que valoriza as liberdades individuais e um controle do Estado pelo constitucionalismo. Neste sentido, o sistema inquisitivo tornou-se alvo de diversas críticas por impor maior coação ao indivíduo e maior poder ao Estado, fazendo entrar em declínio a sua utilização.

Pode-se afirmar que este modelo não é compatível com o Estado Democrático de Direito, além de ser contrário ao garantismo, que oportuniza a defesa e a presunção de inocência e garante, ainda, o direito ao contraditório, e por isso, perdeu força ao longo da história, principalmente no Mundo Contemporâneo, pós-Revolução Francesa, que mudou a perspectiva do Direito Penal aproximando-o do Constitucionalismo.

Em sentido contrário, pela sua forma de atuação de igualdade entre as partes, apresenta-se o Sistema Acusatório, que conforme explica Nucci (2014, p.214), no modelo acusatório “há uma nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo”.

Ainda, segundo Coutinho (2009, p.106), o Sistema Acusatório nasceu na Inglaterra sob o reinado de Henrique II. Deste novo sistema, participava do processo penal um júri cuidava do direito material, assim o que se observava era uma disputa entre acusação e defesa, o rei ditava o processo. Embora representasse um júri, o que importava era o que os juízes decidiam com base naquilo que sabiam, com base no que as partes apontavam no processo, em um modelo dialético de argumentos.

Importante frisar que, assim como modelo inquisitório, o sistema acusatório também surgiu por opção política e não meramente jurídica. Todavia, ressalta Nucci (2016, p.112) que este sistema também era amplamente utilizado no Período Clássico Greco-romano, em tempo anterior à própria Inquisição.

Segundo Nucci, são características do modelo acusatório:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra. (NUCCI, 2016, p.112).

Segundo Capez, o sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII). (CAPEZ, 2014, p.75).

Observa-se que, conforme exposto nos parênteses, a Constituição Federal de 1988 possibilita positivamente todas as garantias dispostas pelo modelo acusatório.

Aury Lopes Júnior, a seguir, aponta o sistema acusatório na atualidade e suas características:

clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); procedimento é em regra oral (ou predominantemente); plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); contraditório e possibilidade de resistência (defesa); ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição. (LOPES JR, p;118-119, 2012).

De tal modo que, observa-se que o sistema acusatório é aquele que permite o maior exercício de contraditório e da dialética processual.

Por fim, o sistema misto ou acusatório formal originou-se no ápice das ideias iluministas na Revolução Francesa, sendo capaz de integrar características de ambos os sistemas, acusatório e inquisitivo, conforme explicam Távora e Alencar:

O sistema misto tem raízes na Revolução Francesa, conjunto de movimentos político-sociais cujos ideais se disseminaram pela Europa continental, e possui, como marco legal, o Code d'Instruction criminelle francês de 1808. Caracteriza-se por uma instrução preliminar, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, no intuito da colheita de provas, e por uma fase contraditória (judicial) em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes. Dissecando toda a persecução no sistema misto, temos: a) investigação preliminar, a cargo da polícia judiciária; b) instrução preparatória, patrocinada pelo juiz instrutor; c) julgamento: só este último, contudo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. d) recurso: normalmente há o “recurso de cassação”, no qual se impugnam apenas as questões de direito, também é possível o “recurso de apelação”, no qual são impugnadas as questões de fato e de direito. (TAVORA. ALENCAR, 2013, p.41).

Segundo Nucci, o sistema misto se caracteriza por conter características do sistema inquisitivo e acusativo, entretanto em fases distintas:

(...) caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas. (NUCCI, 2016, p.112).

Em obras diversas, autores como, Nucci (2016, p.112) e Coutinho (2009, p.17), defendem que no mundo contemporâneo não há mais a prevalência de sistemas processuais penais puros, sendo todos os conhecidos, um sistema misto, com as características de ambos modelos processuais admitidas em determinadas fases processuais, inclusive no Brasil atualmente, que dispõe de uma fase de inquérito bastante inquisitorial e uma fase processual, com todas as garantias do modelo acusatório.

3.2 O Sistema Penal Vigente no Brasil.

Avaliando os sistemas processuais conhecidos, é bastante contundente afirmar que o sistema acusatório é o modelo predominantemente adotado no Brasil, conforme consta e disciplina a Constituição Federal de 1988.

A Carta Magna defendeu em seu artigo 5º todas as garantias fundamentais previstas pelo Sistema Acusatório, como o direito ao contraditório e à ampla defesa. Ainda, conforme explicam Távora e Alencar (2013, p.29), a Constituição Federal delimitou os papéis de acusação, defesa e julgador, de modo a torná-los distintos e equiparados, promovendo a ampliação do debate no julgamento e o livre convencimento pelas provas e argumentos de defesa e acusação.

Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art. 129, I, CF/88), a Carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. (TÁVORA. ALENCAR, 2013, p.29).

Entretanto, conforme explicam Távora e Alencar (2013, p.40), o país não adotou o sistema acusatório puro, pois possui ainda traços do sistema inquisitório.

Nucci colabora com este entendimento:

Aqueles que sustentam a existência exclusiva do sistema acusatório, somente porque a Constituição apresenta princípios processuais penais pertinentes ao referido sistema, esbarram em patente equívoco. A adoção de princípios acusatórios não significa, em hipótese alguma, a eleição de um sistema de persecução penal exclusivamente calcado nesse molde. (NUCCI, 2016, p.113).

É correto demonstrar que embora a Constituição de 1988 possua como primazia o Sistema Acusatório, o Código de Processo Penal brasileiro possui algumas características do Sistema inquisitório, como por exemplo, centralizar no juiz a gestão da prova e possibilidade de sua produção de ofício, excluindo as partes como os originadores deste tipo de iniciativa.

O Código de Processo Penal brasileiro, de 1941, seguiu essa linha de raciocínio, inspirado que foi, em sua maior parte, no Código Rocco, da Itália, de inspiração fascista. Preponderava a ideia que colocava o juiz em uma posição hierarquicamente superior às partes da relação jurídica processual, como uma espécie de super-parte, sem cautelas para preservar eficazmente sua imparcialidade. O Código então centralizou no juiz a gestão da prova, com a possibilidade de sua produção sem necessidade de provocação das partes, conferindo-lhe poderes como os

de iniciar ação penal através do procedimento denominado judicialiforme (sem observar o princípio ne procedat iudex ex officio) , de controlar a função investigatória mediante a fiscalização do arquivamento do inquérito policial e de modificar não só a capitulação dada ao fato imputado pelo Ministério Público (emendatio libelli), mas também o de tomar a iniciativa para dar novo enquadramento jurídico ao fato narrado, provocando o órgão acusatório a aditar a inicial (mutatio libelli). (TÁVORA. ALENCAR, 2013, p.40).

Observa-se que, o código de processo penal coloca o juiz em uma posição superior as partes, enquanto deveria estar em uma posição equidistante destas. Mesmo diante das reformas o código sofreu ao longo dos anos, ainda se observa as características do Sistema inquisitório, o que possibilita até os dias de hoje o controle de constitucionalidade de alguns artigos (Távora, Alencar, 2013, p. 40).

Para além disso, o Brasil adotou durante a fase de inquérito um modelo bastante inquisitorial, caracterizado pelo sigilo e pela obrigatoriedade da escrita.

É essencial visualizar na persecução penal brasileira a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, concursado, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e de ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.). Somente após, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais pertinentes ao sistema acusatório. (NUCCI, 2016, p. 114).

Observa-se ainda que, no sistema brasileiro, há ainda outras características do Sistema inquisitório, como por exemplo, o magistrado não é somente um expectador, mas também um elemento que atua na iniciativa probatória podendo ter diversas atuações de ofício, como conceder *habeas corpus* e decretar prisão preventiva.

Deste modo, é correto afirmar que o país, hoje, na prática, adota um sistema misto e complexo, e não possuindo um sistema acusatório puro, haja vista, que certos momentos trazem certos traços inquisitoriais.

Neste seguimento, o STF declarou no julgamento das arguições de descumprimento de preceito constitucional 395 e 444, redação a cerca da condução coercitiva do réu para prestar depoimento e esclarecimentos foi modificada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do instituto do controle de constitucionalidade, 156 do Código de Processo Penal, com especial atenção ao inciso I, segundo ao qual a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, porém

é facultado ao juiz agir de ofício para ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

4 DA PROVA NO PROCESSO PENAL

4.1 Conceito e finalidade da prova

No processo penal, a prova desempenha um importante papel, que é aproximar a persecução penal da verdade real. É por meio da prova que os

envolvidos podem aproximar dos fatos ocorridos de modo a verificar a existência das condutas, da materialidade, da tipicidade e da autoria. Segundo Pacelli (2017, p. 174) “a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo”.

Segundo Nucci, a própria origem da palavra do latim, *probatio*, vem a compreender o seu sentido dentro do processo, uma vez que significa, entre outros sinônimos: verificação, exame e confirmação.

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. (NUCCI, 2017, p.365) FONTE 10

Mesmo que seja impossível se alcançar a verdade real, a prova busca reconstruir o contexto dos fatos em pauta, construindo assim uma verdade judicial, capaz de contribuir para elucidação das circunstâncias e ao mesmo tempo, formar o convencimento do juiz (ou do júri) que fundamentará sua sentença tomando por base todo o conjunto probatório apresentado pelas partes.

Sobre a relatividade da verdade e a finalidade da prova em convencer o magistrado, Nucci observa:

É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o verdadeiro para uns, pode ser falso para outros. A meta da parte, no processo, portanto, é convencer o magistrado, por meio do raciocínio, de que a sua noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (correspondente à realidade) ou errônea (não correspondente à realidade), mas jamais falsa, que é um “juízo não verdadeiro”. (NUCCI, 2017, P. 365)

Destaca Pacelli (2017, p.174) que a reconstrução da realidade é um dever jurisdicional, e, portanto, assumido pela atividade estatal. É necessário que o judiciário mantenha um compromisso com a solução dos conflitos fundamentada, de modo que a prova é o ente processual capaz de alcançar uma aproximação com este fato.

Por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (ou seja, do fato delituoso), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional. Monopolizada a jurisdição, com a rejeição de qualquer forma de solução privada e unilateral dos conflitos (sociais, coletivos ou individuais), impõe-se a atuação do Direito, sempre que presente uma questão penal, entendendo-se por essa a prática de determinada conduta, por alguém, definida em Lei como crime, porque suficiente para causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem ou valor juridicamente protegido. (PACELLI, 2017, p. 174)

Uma vez que o sistema penal brasileiro visa afastar-se cada vez mais dos modelos inquisitoriais, as provas vão ganhando novo vulto dentro do sistema penal, pela sua finalidade dentro do sistema acusatório. Conforme explica Nucci (2017, p. 369), existe às provas uma finalidade de convencer o juiz acerca da verdade de um fato litigioso ou criminoso. As provas têm a função de fazer a verdade processual emergir durante a lide de modo a formular um convencimento judicial da necessidade de punição ou absolvição de um acusado.

Pensando no modelo acusatório, no qual há o embate entre duas partes, a prova é um elemento jurídico capaz de elevar o discurso de uma destas ao convencimento geral, demonstrando e legitimando o seu discurso por meio de uma comprovação de uma verdade e complemento de sua capacidade argumentativa.

Constata-se o valor da prova para o processo, uma vez que a Constituição Federal elenca no art. 5º diversas garantias quanto às provas, e conforme o inciso LV, do artigo supracitado, garante a produção de provas necessárias para a demonstração dos direitos alegados. O texto constitucional ainda, por meio do princípio da ampla defesa, protege a produção de provas admitidas em direito e dentro do prazo, de modo a possibilitar que o autor da ação e o réu gozem de ampla defesa dos seus interesses.

Em geral, são permitidos todos os meios de prova desde que obtidos licitamente. A permissão e o controle das provas se relacionam diretamente com o princípio da licitude das provas, um princípio de viés garantista, que visa garantir os diversos direitos fundamentais constitucionais, o direito de ampla defesa, devido processo legal, entre outros. Este princípio deve ser observado para resguardar os direitos dos envolvidos e os meios utilizados para a obtenção da prova, risco de incorrer em uma nulidade. A nulidade processual por uma prova ilícita é uma garantia de que o processo tenha devida atenção, que não haja prejuízo às partes ou até mesmo ao juízo.

A observância à licitude da prova está disposta no Art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal que afirma que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” e no artigo 157 do CPP em sua parte final, que dispõe: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, e decorre também do fato que o Estado brasileiro tem como obrigação constitucional garantir a todos os direitos fundamentais de cada cidadão, como por exemplo, o direito à liberdade, à presunção da inocência, ao devido processo legal, à intimidade, ao contraditório e à ampla defesa.

É preciso estar atento ao fato de que toda restrição a determinados meios de prova deve estar atrelada (e, assim, ser justificada) à proteção de valores reconhecidos pela e positivados na ordem jurídica. As restrições podem ocorrer tanto em relação ao meio da obtenção da prova, no ponto em que esse (meio) implicaria a violação de direitos e garantias, quanto em referência ao grau de convencimento resultante do meio de prova utilizado. Quanto às primeiras, existe norma constitucional expressa vedando a admissibilidade de provas obtidas ilicitamente. Norma essa reproduzida no art. 157, CPP, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.690/08. Em relação às segundas, há também normas legais expressas. Não vemos, por isso, qualquer inconveniente na disposição do parágrafo único do art. 155 do CPP, no qual se exige a observância das mesmas restrições à prova, estabelecidas na lei civil, quando se cuidar de matéria relativa ao estado das pessoas. (PACELLI, 2017, p. 181)

São exemplos de provas ilícitas os casos de provas obtidas por meio de tortura, de violência física, de ameaça, ou de violação da residência e interceptação de comunicações sem mandado judicial, além daquelas que

rompem com o direito de sigilo, inviolabilidade de correspondência e intimidade sem a devida ordem judicial.

Muitas dessas proteções decorrem ainda de direitos protegidos pela Constituição como no Art. 5º, inciso X da Constituição Federal que afirma que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” e do direito ao silêncio, com previsão constitucional expressa, no inciso LXIII do artigo 5º: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, de modo que, anula confissões obtidas involuntariamente, por meio de fraude ou qualquer outro meio, contra a vontade do acusado.

Conforme explica Pacelli:

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo. Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem (art. 5º, X), à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias. (PACELLI, 2017, p.183)

Subsidiariamente, dispõe o Código de Processo Civil/2015 em seu art. 369, que as partes têm o direito de usufruir dos meios legais, e ainda os moralmente legítimos para provar a verdade dos fatos.

Por fim, destaca-se que mesmo que sendo permitido grande leque de admissão de provas no processo penal, o Código de Processo Penal admite alguns fatos que independem de provas, sendo estes, fatos axiomáticos ou intuitivos, que são os fatos evidentes, como por exemplo, uma vítima cai de uma altura de mais de 20 andares, é desnecessário provar que em seu corpo havia diversas fraturas; fatos notórios, como provar eu numa determinada data acontecia um evento esportivo de grande porte; e as presunções legais, aquelas que decorrem de lei.

4.2 Sistemas de valoração da prova

O sistema processual penal admite um grande leque de provas que podem ser admitidas e adotadas durante as fases da persecução penal.

Sendo estas, A prova pericial está prevista nos artigos 158 a 184, do CPP Perícia (arts. 158 a 184 do CPP), sendo que o exame pericial deverá ser realizado por profissional com conhecimentos técnicos e que pode ser realizada na fase de inquérito policial ou do processo, a qualquer dia e horário, conforme dispõe o art. 161 do CPP, produzindo ao final, o laudo pericial.

O Interrogatório (artigos. 185 a 196 do CPP), ato em que o acusado é ouvido sobre a imputação a ele dirigida. O depoimento de testemunhas (arts. 202 a 225 do CPP), quando são ouvidas as pessoas estranhas à relação jurídica processual, e que narram fatos de que tenham conhecimento acerca do objeto da causa, os indícios (art. 239 do CPP), conhecidos como toda circunstância conhecida e provada, a partir da qual, mediante raciocínio lógico, chega-se à conclusão da existência de outro fato e a confissão, em que o acusado confessa a autoria e as circunstâncias de livre espontânea vontade.

Ao longo da história do processo, e diante dos modelos inquisitivo e acusatório, sempre se propôs a uma hierarquização das provas por seu tipo e modo de obtenção. Durante o período inquisitorial, a confissão foi tida com valor supremo às demais, e diante desta hierarquia, sua obtenção era função fundamental durante a etapa de inquérito. Entretanto, com a adoção do sistema acusatório e o novo grau de importância adquirido pelas demais provas, esta hierarquia se viu superada.

Atualmente, no processo penal são encontrados três sistemas de valoração das provas, o denominado sistema tarifado, o sistema de livre convencimento, e o sistema de livre convencimento motivado (ou persuasão racional

Entretanto, Pacelli faz uma interessante observação quanto à valoração das provas. No direito processual brasileiro, há de se tomar devido cuidado com

a ideia de obrigatoriedade de admissão e com a ideia de hierarquia entre as provas. No Brasil, a obrigatoriedade de uma prova se relaciona diretamente com o princípio da especificidade da prova, e não com algum grau de maior validade e admissibilidade que as demais.

Do mesmo modo, segundo nos parece, a disposição do art. 564, III, b, do CPP, estabelece uma hipótese de especificidade de prova, no que concerne ao exame de corpo de delito, quando a infração deixar vestígios e não tiverem esses desaparecidos. Lidas nesse contexto, as apontadas restrições ou especificidades funcionariam como verdadeiras garantias do acusado, na medida em que estabelecem critérios específicos quanto ao grau de convencimento e de certeza a ser obtido em relação a determinadas infrações penais. E não é só: a restrição decorreria de lei, não havendo por que recusá-la ao argumento de incompatibilidade com o sistema do livre convencimento motivado. O livre convencimento há de ter o seu campo de atuação definido na lei, ou seja, o juiz somente é livre na apreciação da prova enquanto prova válida, não podendo superar as restrições expressamente declinadas pelo legislador. Repetimos, todavia, que a existência de certo grau de especificidade quanto ao meio de prova não implica a existência de qualquer hierarquia de provas. A hierarquia tem outros pressupostos, fundada na prevalência de um em relação a outro, quando ambos forem igualmente admitidos. (PACELLI, 2017, p. 181)

Ainda é válido o livre convencimento do juiz, e todas as demais provas anexadas ao processo e admitidas ao longo de toda a persecução penal, entretanto, por meio de um valor específico, e não hierárquico, se faz necessária a existência de uma prova ser utilizada em processo.

A seu turno, a hierarquia não existe mesmo. Julgamos efetivamente não ser possível afirmar, a priori, a supremacia de uma prova em relação a outra, sob o fundamento de uma ser superior a outra, para a demonstração de qualquer crime. Como regra, não se há de supor que a prova documental seja superior à prova testemunhal, ou vice-versa, ou mesmo que a prova dita pericial seja melhor que a prova testemunhal. Todos os meios de prova podem ou não ter aptidão para demonstrar a veracidade do que se propõem. (PACELLI, 2017, p. 182)

Quanto ao fato de o Brasil adotar um sistema de valoração que se firma fortemente no livre convencimento do juiz, é preciso destacar que conforme explica Nucci, não significa em uma liberdade total, em que o juiz decide por seus próprios critérios livres e apenas opiniões e convicções pessoais.

A liberdade de apreciação da prova (art. 155, caput, CPP) não significa que o magistrado possa fazer a sua opinião pessoal ou vivência acerca de algo integrar o conjunto probatório, tornando-se, pois, prova. O juiz extrai a sua convicção das provas produzidas legalmente no processo, mas não presta depoimento pessoal, nem expõe suas ideias como se fossem fatos incontroversos. Imagine-se o magistrado que, julgando um delito de trânsito, declare, nos autos, que o local do acidente é, de fato, perigoso, pois ele mesmo já foi vítima de uma colisão naquele sítio, razão pela qual entende estar certa a posição desta ou daquela parte. Trata-se de um depoimento prestado sem o devido contraditório e distante da ampla defesa, uma vez que não contrariado pelas partes. (NUCCI, 2017, p. 374)

O sistema de livre convicção é apenas a materialização do sistema acusatório e da valorização das provas dentro do processo penal. A liberdade da formação da convicção do juiz é ligada à capacidade argumentativa das partes e da valorização das informações que as provas podem indicar. Este sistema é uma valorização do contraditório judicial, e encontra-se positivado no art. 155, do Código de Processo Penal:

Art. 155: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941)

A decisão do juiz deve ser fundamentada nestes importantes pilares do sistema acusatório, e mais uma vez, ainda demonstra a ausência de hierarquia entre as provas, uma vez que apenas a análise em conjunto destas, estando em um mesmo patamar de hierarquia é capaz de levar o processo a um entendimento que acarretará na decisão do juiz ou do Tribunal do Juri.

4.3 Ônus Da Prova No Processo Penal **FORMATAR**

O ônus da prova no processo penal brasileiro recai sobre a parte que fizer a alegação, de acordo com o art. 156 do CPP. Há de se destacar que a finalidade da prova no processo penal também se distancia do seu papel no processo civil, uma vez que conforme explica Pacelli (2017, p.177), no processo civil admite-se a culpabilidade pela ausência de impugnação de fatos, enquanto na esfera penal, mesmo diante da inercia ou até mesmo da confissão, incumbe àquele que

acusa, promover a comprovação e provas da existência dos fatos aos quais imputa a outrem.

Enquanto o processo civil admite uma certeza obtida pela simples ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial, conforme estabelece o art. 341, do CPC/2015 sem prejuízo da iniciativa probatória que se confere ao julgador, no processo penal não se admite tal modalidade de certeza (frequentemente chamada de verdade formal, porque decorrente de uma presunção legal), exigindo-se a materialização da prova. Então, ainda que não impugnados os fatos imputados ao réu, ou mesmo confessados, compete à acusação a produção de provas da existência do fato e da respectiva autoria, falando-se, por isso, em uma verdade material.

No direito processual penal esta necessidade de revelação das provas que recai a quem acusa é denominado “ônus da prova”. Conforme explica Fernando Capez: “A prova é indubitavelmente um ônus processual, na medida em que as partes provam em seu benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar a sua convicção.” (CAPEZ, 2014, p. 303)

Deste modo, diante do fato que o Brasil adota o sistema acusatório, e que prevalece o livre convencimento motivado do juiz, no estudo do direito processual penal, o ônus da prova é “o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos”. (CAPEZ, 2014, p. 303)

Em uma visão do Direito Processual Penal inserido no constitucionalismo brasileiro, a imposição do ônus da prova recair a quem acusa é consonante às garantias fundamentais protegidas, conforme explica Pacelli:

Em um processo informado pelo contraditório e pela igualdade das partes, a distribuição dos ônus probatórios deveria seguir as mesmas linhas de isonomia. Entretanto, o nosso processo penal, por qualquer ângulo que se lhe examine, deve estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas. Afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria. (PACELLI, 2017, p. 178)

Conforme explica Capez (2014, p. 303), é incorreto afirmar que o ônus é obrigatório no direito penal, uma vez que caso a parte que acusa não se

encarregue de apresentar as provas, não se vê penalizado, como poderia ser na esfera cível, entretanto, a ineficácia de conjunto probatório fazer prevalecer o princípio da presunção de inocência, e portanto, levará à absolvição do acusado.

5. DA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 156, INCISO I DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL

O Constituinte elegeu aproximar o sistema processual penal brasileiro ao modelo acusatório, em que cada parte possui um papel delimitado, sendo amplamente conhecidas as funções atribuídas à acusação, à defesa e a quem incumbe o papel de julgar, sendo ainda definido que o ônus da prova é responsabilidade daquele que acusa.

Ainda pelo sistema acusatório adotado, ainda que implicitamente, se impõe as garantias constitucionais da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII).

Entretanto, o sistema processual penal brasileiro, pelo seu ano de promulgação na década de 1940, ainda guarda resquícios do modelo inquisitório. Nesta seara, destaca-se o Artigo 156 do Código de Processo Penal, com especial atenção ao inciso I.

A redação inicial do artigo 156, I, do CPP, previa que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes, proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Com a lei de nº 11.690/2008, de 09 de junho de 2008, que alterou o decreto lei nº. 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Códigos de Processo Penal, foram introduzidos importantes modificações no processo penal brasileiro em relação à matéria probatória, e o magistrado além de poder continuar a intervir na ação penal, passou também a poder produzir provas antes da ação ser iniciada, na fase de inquérito policial, conforme dicção do art.156, I, CPP:

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.
(BRASIL, 1941)

Assim, segundo o texto processual, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, porém é facultado ao juiz agir de ofício para ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

Dentro da perspectiva garantista constitucional, o presente artigo é bastante questionável. Observa-se na doutrina, um presente questionamento quanto a inconstitucionalidade da referida norma.

Para parte da doutrina capitaneada por Aury Lopes Jr. (2007, p. 68) tal dispositivo fere o princípio da imparcialidade do juiz e, em consequência, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Uma das explicações para que o artigo seja mantido no ordenamento jurídico brasileiro é o que Aury Lopes Jr (2015, p. 81) chama de mito da verdade real. Segundo o autor, atribui-se à persecução penal a busca por uma verdade, que somente pode ser alcançada por meio do exame criterioso das provas trazidas aos autos, de modo a compreender que o modo de construção do convencimento do juiz deve ser realizado na análise de provas margeando, ou mesmo atingindo, a verdade factual.

Entretanto, o próprio autor ressalta que esta busca da verdade não é possível de ser atingida, pois as limitações imanentes à prova afetam a construção da verdade real e apresentam limites para o próprio convencimento. Assim, a verdade real, nas palavras do autor é uma busca inalcançável. Aury Lopes Jr. ainda relaciona o mito da verdade real com a estrutura do sistema inquisitório, figurada por um juiz ator, em suas palavras:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor). O maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma “cultura inquisitiva” que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade. (LOPES JR., 2015, p. 381)

Sobre o artigo 156, I, CPP, Eugênio Pacelli afirma que este dispositivo além de transgredir o princípio da imparcialidade, vulnera o sistema acusatório:

Embora o nosso Código em vigor defira ao Judiciário a competência para a prorrogação do prazo para encerramento de inquérito, deve-se observar que o inquérito dirige-se exclusivamente à formação da opinião delicti, isto é, do convencimento do órgão responsável pela acusação. O juiz, a rigor, nem sequer deveria ter contato com a investigação, realizada que é em fase anterior à ação penal, quando não provocada,

até então, a jurisdição. Somente quando em disputa, ou em risco, a lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos ou à efetividade da jurisdição penal é que o Judiciário deveria – e deve – manifestar-se na fase investigatória, como juiz das garantias individuais, no exercício do controle judicial de legalidade dos atos administrativos. Por isso, inadmissível e inconstitucional, por violação ao princípio acusatório, a regra trazida com a Lei nº 11.690/08, que, dando nova redação ao art. 156 do CPP, prevê a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, diligências probatórias no curso da investigação criminal (art. 156, I, CPP). Mais adiante, voltaremos ao tema, por ocasião do estudo da teoria e dos meios de prova. (PACELLI, 2017, p.47)

Assim, embora a redação possa sugerir uma forma de resguardar as provas no processo penal, que podem levar à solução do crime em tela, está normativa extrapola a função imparcial do juiz, colocando como uma parte envolvida com o dever de acusação.

A princípio pode parecer uma instrução correta, baseado no princípio do livre convencimento do juiz, fazendo com que este tenha permissão para organizar diligências de modo a sanar suas dúvidas e contribuir com sua decisão, porém, o que o modelo acusatório propõe é que o convencimento deve ser motivado na dialética do debate entre a acusação e a defesa.

Em argumentos de defesa do referido artigo, Guilherme Nucci se posiciona pela constitucionalidade, apontando que a concordância do texto normativo é uma decorrência natural e uma homenagem ao princípio supralegal da verdade real.

(...) Trata-se de decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. O impulso oficial também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não. O procedimento legal deve ser seguido à risca, designando-se as audiências previstas em lei e atingindo o momento culminante do processo, que é a prolação da sentença. (NUCCI, 2014, p.314)

Para o autor, a produção antecipada de provas é um procedimento incidente, de natureza cautelar, determinado de ofício pelo juiz, quando entender indispensável à produção de provas, cuja justificativa reside na urgência e relevância, binômio a ser composto em conjunto, enquanto os balizadores

constitucionais são marcados pelos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade, sendo observado o direito a ampla defesa.

Para fortalecer este posicionamento, Nucci se faz valer de uma analogia com o Direito Civil, e assim, conclui:

(...) nada impede que o magistrado queira ver o local onde se deu um acidente de trânsito, por exemplo, se lhe pairam dúvidas acerca dos detalhes trazidos aos autos pelas partes em alegações antagônicas. Nem sempre o perito consegue ilustrar satisfatoriamente determinados pontos controversos, que somente a inspeção teria o condão de aclarar. As partes podem acompanhar o magistrado, fazendo observações que julguem pertinentes, o que demonstra o respeito ao contraditório e à ampla defesa. (NUCCI, 2014, p. 316)

Todavia, é mais correta a defesa dos argumentos de que o artigo 156 é um típico exemplo da cultura inquisitiva, e parafraseando o garantista Ferrajoli (*apud* Lopes Jr 2015, p.381), que insta em informar que, a busca pela verdade substancial faz com que esta seja perseguida fora das regras e controles jurisdicionais, criando juízo de valor e atribuindo uma análise arbitrária do fato.

Para Aury Lopes Jr (2015, p. 385), no sistema acusatório a verdade não é fundante, pois a luta pelo convencimento do julgador é parte do exercício das partes, sem que seja atribuído a ele o dever de participar da busca, ou como prefere chamar, missão, de revelar a verdade. A ressalva do autor recai apenas sobre a defesa do relativismo absurdo, para que não seja aberto espaço a legitimar o decisionismo. É necessário que mesmo livre convencimento, seja realizado em respeito às regras do jogo, em um equilíbrio entre o relativismo exacerbado e um misto da verdade real.

A inconstitucionalidade do Artigo 156, inciso I, ainda se faz presente no fato de que, uma vez que o juiz participa da produção de provas incumbida à acusação, estabelece um desequilíbrio entre as partes, prejudicando o contraditório e assim, rompendo com diversos princípios fundamentais do processo penal democrático e constitucional.

Aury Lopes Jr (2015, p. 387) afirma que “a gestão da prova está vinculada à noção de gestão do fato histórico, e, portanto, deve estar na mão das partes”. Atribuir tal função a um juiz é incorrer no erro psicológico da inquisição em que não há limites no campo do exercício do poder.

6 CONCLUSÃO

A promulgação da Constituição de 1988 realizou diversos impactos nas regras processuais válidas no país e estabeleceu como fundamental na defesa do Estado Democrático de Direito, o modelo acusatório.

Entretanto, a produção de provas pelo magistrado, conforme permitido pelo CPP, conduz a uma discussão acerca do sistema processual adotado e a imparcialidade que os magistrados devem ter ao julgar uma lide, pois, segundo

este modelo, o processo é regido pela separação completa entre os papéis atribuídos à acusação, à defesa e ao juiz.

O sistema acusatório está intimamente ligado a alguns princípios, dentre eles, o princípio da ampla defesa, que possibilita que o autor e o réu gozem de ampla defesa dos seus interesses, o princípio do contraditório, que garante o direito das partes à vista processual, bem como da manifestação, sendo a sua aplicação essencial ao sistema acusatório, o princípio da busca da verdade real, de modo a buscar a justiça no caso concreto verificando, quanto a veracidade ou a falsidade das afirmações dadas dentro e fora do juízo, o princípio da vedação das provas ilícitas, tomando como conceito de prova ilícita aquela que viola normas de direito material ou constitucional, os princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, que determinam que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e em casos de dúvidas, o benefício será dado ao réu, uma vez que a culpa não pode ser presumida.

Quanto à análise dos princípios, coube um importante ressalva no que se refere ao princípio da busca da verdade real. Embora este seja um importante norteador do processo, e por meio dele que se atribui o papel fundamental do conjunto probatório, foi importante destacar que não se deve ter a ilusão de que a verdade real será demonstrada na persecução penal.

Conforme verificado na doutrina, admite-se que as provas colaborarão para chegar a uma conclusão e para o convencimento fundamentado do juiz, mas apenas em um cenário de probabilidade de acerto ou de aproximação da realidade.

Para se chegar à conclusão sobre os princípios e o modelo processual adotado no Brasil, foi necessário passar a uma análise do instituto da prova no processo penal, uma vez que esta foi colocada com o importante papel de aproximar a persecução penal da verdade real e motivar a sentença absolutória ou condenatória de um réu, partindo do pressuposto de presunção de inocência.

Ficou constatado que a prova é um dos principais institutos processuais responsáveis por reconstruir o contexto dos fatos em pauta, construindo assim uma verdade judicial, capaz de contribuir para elucidação das circunstâncias e,

ao mesmo tempo, formar o convencimento do juiz (ou do júri) que fundamentará sua sentença tomando por base todo o conjunto probatório apresentado pelas partes.

Restou claro que no sistema acusatório o ônus da prova no sistema penal incumbe a quem acusa e a ineficácia do conjunto probatório faz prevalecer o princípio da presunção de inocência, e, portanto, levará à absolvição do acusado.

Não obstante, o art. 156, I, do Código de Processo Penal de 1941, dispõe que é facultado ao juiz agir de ofício para ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes. Mesmo que fazendo ressalvas quanto a obrigatoriedade de observação à necessidade, adequação e proporcionalidade dentro da perspectiva garantista constitucional, o presente artigo é bastante questionável, sendo considerado um resquício do sistema inquisitório, no qual o juiz acumulava funções.

Foi possível concluir satisfatoriamente que, embora a redação possa sugerir uma forma de resguardar as provas no processo penal, que podem levar à solução do crime em tela, está normativa extrapola a função imparcial do juiz, colocando como uma parte envolvida com o dever de acusação.

A princípio pode parecer uma instrução correta, baseado no princípio do livre convencimento do juiz, fazendo com que este tenha permissão para organizar diligências de modo a sanar suas dúvidas e contribuir com sua decisão, porém, o que o modelo acusatório propõe é que o convencimento deve ser motivado na dialética do debate entre a acusação e a defesa.

Assim, em conclusão, este trabalho contribui com o reforço de revisão do referido artigo de modo a adequá-lo ao modelo processual instituído pela Constituição Federal de 1988, como uma real valorização do ônus da prova, do princípio do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência.

No modelo acusatório, o papel do juiz deve ser de imparcialidade e equidistância entre as partes e sua atuação inquisitória deve ser revista pelo Direito processual penal, de modo a impor uma garantia ao réu de observância aos seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 20 fevereiro de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro 1988.** Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 25 de fevereiro de 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Sistema Acusatório – Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de Informação Legislativa. a. 46. n. 183. Brasília. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 431-432.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p .451.

NOVO, Benigno Núñez. O princípio do contraditório e da ampla defesa. **Jus.Com.Br, 2019**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75211/o-principio-do-contraditorio-e-da-ampladefesa#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20%C3%A9%20derivado%20da,outro%20lado%20ser%20ouvido%20bem%22.&text=No%20Brasil%2C%20o%20princ%C3%ADpio%20do,inciso%20LV%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal>. Acesso em: 20/04/2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

PACELLI. Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21 ed. Editora Lumen Juris. 2017.

SILVA, Lucas Felipe de Freitas. **A questão da verdade e provas no modelo constitucional de processo penal**. VirtuaJus, v.13 - n.1, p.436-454. Belo Horizonte 2017.

TAVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 8 ed. Editora Juspodium. 2013.

