

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXIII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

STANLEI ERNESTO PRAUSE FONTANA

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E O SISTEMA ACUSATÓRIO

**CURITIBA
2016**

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Projeto de pesquisa apresentado como requisito avaliativo à disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica do Curso de Pós-Graduação em Direito Aplicado, ofertado pela Escola da Magistratura do Paraná.

Professor (a): José Laurindo de Souza Netto

STANLEI ERNESTO PRAUSE FONTANA

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: Prof. José Laurindo de Souza Netto

Avaliador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, junho de 2016.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho àqueles que me auxiliaram durante esta caminhada.

AGRADECIMENTO

Ao Senhor Jesus Cristo, que tudo sustém com o poder de Sua Palavra e me permitiu chegar até aqui. Toda a glória é Sua.

Ao meu pai, Giovani Ernesto Fontana, pelos valiosos ensinamentos que me prestou ao longo de minha vida.

À minha mãe, Luana Estela Prause, que sempre está disposta a me ouvir e a me acolher.

Ao meu irmão, Pietro Davi Prause Perin, que tanto me encanta e alegra com o seu modo de viver.

À Lidiane Rafaela Araújo Martins, que tem pacientemente me auxiliado para seguir em frente.

Ao meu orientador, professor José Laurindo de Souza Netto, que admiro por sua genialidade e combatividade. Fica aqui o meu agradecimento por ter aceitado a me dirigir neste trabalho.

Aos amigos e colegas, os quais me foram prestativos e atenciosos.

“Se, pois, o Filho vos libertar, verdadeiramente sereis livres”.

(João 8:36)

RESUMO

Este escrito versa sobre os poderes instrutórios do juiz e o sistema acusatório. De início, analisou-se o conceito de sistema de acordo com as perspectivas de Norberto Bobbio e de Geraldo Prado. Na sequência, estudaram-se os sistemas inquisitório, acusatório e misto, expondo-se as suas características históricas sistêmicas e algumas críticas doutrinárias, especialmente à cientificidade do sistema misto. Perscrutou-se, também, o sistema constitucionalmente eleito, colacionando-se correntes teóricas conflitantes sobre o modelo adotado pelo ordenamento brasileiro. Neste ponto, averiguaram-se quais são as matrizes da Constituição da República e do Código de Processo Penal, apregoando-se a necessidade de revisão ou de releitura de parte do ordenamento. Examinaram-se produções acadêmicas dissonantes sobre a incompatibilidade dos poderes de instrução conferidos ao magistrado com o sistema acusatório. Discorreu-se sobre a corrente garantista e suas variações e posteriormente, foram examinadas as correntes que se posicionam a favor dos poderes de instrução. Por derradeiro, foram lançadas as considerações fazendo um apanhado de todo o trabalho.

Palavras-chave: Sistema; Sistema Acusatório; Sistema Inquisitório; Sistema Misto; Poderes instrutórios; Incompatibilidade; Constituição Federal; Código de Processo Penal.

SÚMARIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. SISTEMA.....	11
2.1. SISTEMA INQUISITÓRIO	12
2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO	15
2.3. SISTEMA MISTO.....	18
3. O SISTEMA CONSTITUCIONALMENTE ELEITO	21
4. A (IN)COMPATIBILIDADE DOS PODERES INSTRUTÓRIOS COM O SISTEMA ACUSATÓRIO.....	29
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
6. REFERÊNCIAS.....	44

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho intitula-se “Os poderes instrutórios do juiz e o sistema acusatório” e visa a perscrutar a (in)compatibilidade do sistema acusatório com os poderes de instrução conferidos ao juiz. Ao longo do escrito, serão analisados os sistemas inquisitório, acusatório e misto, expondo-se as respectivas críticas e características de cada um deles, a fim de possibilitar o debate acadêmico sobre o assunto.

No decorrer desta monografia serão estudados, também, os posicionamentos doutrinários acerca do sistema processual adotado pelo Brasil, ponto em que se confrontarão diversas correntes de pensamento, dada a proliferação de teses conflitantes. A identificação do sistema processual penal brasileiro tem relevância ímpar para se delimitar o alcance das garantias processuais penais estampadas na Constituição Federal de 1988.

Depois de superados esses trechos, apreciar-se-á a (in)compatibilidade do sistema acusatório com o poder de o magistrado produzir provas de ofício, momento em que se investigará se tal possibilidade tem o condão de comprometer a imparcialidade do órgão julgador.

A doutrina e a jurisprudência são divergentes quanto ao sistema processual adotado pelo ordenamento brasileiro. Alguns autores sustentam que o nosso sistema é o misto, outros apontam que o sistema eleito é o acusatório e uma parcela da doutrina assevera que o Código de Processo Penal prevê um sistema inquisitório, em contraste com o modelo constitucionalmente estabelecido.

Dessa discussão, exsurtem indagações a respeito da compatibilidade dos poderes instrutórios do juiz com o sistema acusatório, pois para alguns doutrinadores este seria o núcleo fundamento do sistema inquisitório. Para outros, os poderes instrutórios do magistrado são compatíveis com o sistema acusatório, que não é mais concebido na sua pureza.

Nesse cenário, a exploração da (in)compatibilidade dos poderes de instrução com o sistema adequado ganhou um relevo especial, dividindo a produção acadêmica sobre o assunto.

À vista disso, indaga-se: os poderes instrutórios do juiz são compatíveis com o sistema acusatório?

Na busca pela resposta correta à pergunta, confrontar-se-ão os respeitáveis posicionamentos doutrinários produzidos, propiciando um debate interessante sobre a temática.

2. SISTEMA

Sistema é compreendido como uma série de elementos que se orientam de acordo com determinado norte. Para Norberto Bobbio, sistema corresponde a “um conjunto de entes entre os quais existe certa ordem”¹, sendo certo que essa ordem que dá o sentido para tais entes perpassa por questões ideológicas, culturais e políticas, as quais variam no tempo.

Os sistemas processuais penais conhecidos, com efeito, são identificados a partir desses princípios, cuja compreensão está atrelada ao contexto do saber produzido. Como ministra Geraldo Prado, a análise de qualquer sistema processual não pode descurar do “contexto espaço-temporal em que se encontra inserido” e tampouco das variações teóricas sobre o assunto².

Importa, para identificar quais as principais características desses sistemas, considerar as contingências inerentes ao Direito, que como produto cultural, sofre mutações constantes³.

¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 8ª ed; UNB: Brasília, 1996. p. 71;

² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 1ª ed; Lumem Juris: Rio de Janeiro, 1999. p. 71;

³ Id;

2.1. SISTEMA INQUISITÓRIO

O sistema inquisitório surgiu na Roma Imperial, expandindo-se na Idade Média pela maior parte da Europa Continental, a partir do Concílio de Latrão em 1215. Criado pela Igreja Católica, como ensina José Laurindo de Souza Netto, tornou-se “uma arma poderosa e, por isso, espalhou-se entre os Tribunais seculares. Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu e conhece”⁴.

José Laurindo de Souza Netto escreve:

O processo inquisitório nos seus elementos essenciais desenvolve-se do seguinte modo: havida a notícia de um crime, o inquisidor escutava as testemunhas, registrando só as declarações contrárias ao acusado. Não era admitida a defesa do réu. O direito penal era despótico e cruel. As penas, em geral, eram cruéis e/ou infamantes (fogueira, amputação de membros, açoite, ferro quente, entre outras). O procedimento era *ex officio*, escrito, secreto, sem direito de defesa e estabelecia um sistema de provas legais pelo qual, quem apreciava o crime, quem proferia a sentença, era o legislador⁵.

Uma das primeiras ilações que se extrai do sistema em exame é a de que o investigado é concebido como mais um dos elementos da investigação, sem poder esgrimir-se contra a acusação imputada. Ao contrário do sistema acusatório – que nas palavras de José Laurindo de Souza Netto, é a sua antítese – o sistema inquisitório caracteriza-se pela concentração excessiva de poderes na figura do magistrado. Alinham-se à função de julgar os papéis postulantes de defender e de acusar, na busca ilimitada pela confissão.

Na tônica desse sistema, perquiria-se a confissão do acusado, que tinha efeito de verdade⁶. A investigação animava-se unilateralmente, isto é, sem a presença do contraditório e da ampla defesa, de modo que a (re)construção dos fatos era produzida pelo inquisidor por meio de incursões violentas sobre a alma e sobre o corpo do réu.

Salo de Carvalho, embasado nas lições de Cordero, leciona:

⁴ NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal**: Sistemas e princípios. 1ª ed; Juruá: Curitiba, 2003. p. 25;

⁵ Id. p. 29;

⁶ Id;

Assim, o réu, longe de ser um sujeito (de direito) processual é um mero objeto de investigação: o imputado detém com exclusividade a verdade histórica (material) – o *inquisidor investiga, procurando buscar signos do delito, e trabalhando sobre os acusados, porque, culpados ou inocentes, sabem tudo o que se requer para decisões perfeitas; tudo se resume a fazê-lo dizer*. E se é o único detentor da uma ‘verdade’ não mais passível de experimentação empírica, ou ainda de uma verdade unicamente sua, necessária seja exposta, sem reservas - *o estilo inquisitório multiplica os fluxos verbais: é preciso que o imputado fale; o processo se transforma em sonda psíquica* ⁷.

Rememore-se que no sistema da prova tarifada vigente, a confissão obtida era a prova de mais alto valor, porquanto se partia do pressuposto de que o acusado – culpado ou inocente – carregava consigo a verdade material, que era concebida como absoluta e irrefutável. Aury Lopes Júnior ensina que “uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas” ⁸.

No mesmo norte, Salo de Carvalho aduz:

O processo judiciário envolto pelas idéias confessionais conforma um corpo unívoco altamente eficaz à persecução, singularmente operacionalizado na busca da regina probatio: a confissão – *a confissão é prova privilegiada e resolve pela raiz qualquer conflito probatório*. Considerada a prova suprema, a confissão assemelha-se ao ato privado no qual o pecador admite a falta, sujeitando-se aos seus efeitos visto o escopo de redenção. O processo, pois, na incessante conquista da verdade histórica cujo detentor é o herege, transforma-se em um afazer terapêutico ⁹.

Nota-se, também, que não havia controle efetivo das notícias criminosas levadas a conhecimento do juiz, pois como ministra José Laurindo de Souza Netto, “o processo quase sempre pautava-se por denúncias anônimas. Esse era um dos maiores problemas, porque em geral a simples denúncia anônima culminava com a confissão mediante tortura e condenação de inocentes” ¹⁰.

Com isso, evidencia-se que inexistiam garantias penais e processuais penais, possuindo o inquisidor poderes ilimitados para a apuração dos fatos. A ausência de contraditório, da ampla defesa, da garantia da presunção de inocência e da imparcialidade do órgão julgador anulavam as chances de êxito do acusado, que submetido a expedientes dolorosos e exaurientes, quase sempre sucumbia e

⁷ DE CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**. 3ª ed; Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 18;

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed; Saraiva: São Paulo, 2014. p. 102;

⁹ DE CARVALHO, Salo. op. cit. p. 20.

¹⁰ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 29;

confessava a prática do ato ilícito, o que era suficiente para embasar o édito condenatório.

Aos poucos os países abandonaram o sistema inquisitório em direção ao sistema acusatório, realinhando as suas legislações. Souza Netto citando Fauzi Hassan Choukr apregoa:

Após a inclinação inquisitorial verificada nos anos antecedentes à Segunda Guerra Mundial e que tem como ponto central o Código Rocco Italiano com suas conseqüentes influências, o modelo inquisitório perde definitivamente espaço para a feição acusatória, com a separação nítida de funções entre o órgão promovente da ação penal e o julgador, além de retirar do acusado (ou suspeito) da condição de objeto do processo para alça-lo a condição de sujeito de direitos na relação processual ¹¹.

Hodiernamente, o sistema inquisitório contrasta com os direitos e garantias fundamentais asseguradas ao indivíduo pelas constituições modernas que são dotadas de rigidez e pelos tratados internacionais, sobretudo em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual o homem deve ser encarado como um fim em si mesmo.

Dessarte, repudia-se a ausência de limites na apuração e a matriz autoritária em que se assenta o sistema inquisitório.

¹¹ CHOUKR, Fauzi Hassan *apud* SOUZA NETTO, José Laurindo. p. 31;

2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório deita raízes na Grécia Antiga, desenvolvendo-se, de acordo com Aury Lopes Júnior, “referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar)”¹², ao passo que havia a figura da “acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil”.

Em linhas gerais, José Laurindo de Souza Netto descreve o procedimento adotado nesse sistema:

O acusador citava o acusado perante o magistrado, a quem deduzia as acusações, pedindo a designação de dia para o julgamento. Se o acusado concordava, o seu nome vinha escrito no rol dos acusados, seguindo então do contraditório. O procedimento era oral, e o debate público. As pessoas acusadas respondiam à denominada *accusatio*. A *accusatio* era interposta pelo próprio ofendido ou por seus representantes. O processo, assim, só se instaurava se houvesse uma provocação¹³.

Ao contrário de sua antítese – o sistema inquisitivo – o estilo acusatório contemplava a presença do contraditório, da presunção de inocência, da publicidade do julgamento, da oralidade e da imparcialidade do magistrado. A imparcialidade deve-se, sobretudo, pela separação das funções postulatórias daquelas próprias do ofício judicante.

A inércia do juiz é traço marcante do sistema acusatório, uma vez que lhe é vedado obrar na busca por provas que corroborem as versões apresentadas pelas partes. Em verdade, a posição conferida ao magistrado é de árbitro, dada que apreciação da matéria fática é de incumbência do povo que se reunia em assembleia.

Danielle Souza de Andrade e Silva ministra que “Essa nítida separação de funções, com a proposta do processo levada a efeito por um sujeito distinto do juiz, faz com que o processo traduza um verdadeiro *actum trium personarum*”¹⁴,

¹² LOPES JÚNIOR, Aury. op. cit. p. 93;

¹³ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 23;

¹⁴ ANDRADE E SILVA, Danielle Souza. **A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório: Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988**. 1ª ed; Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2005. p. 41;

possibilitando-se as partes uma postura ativa e ao magistrado critérios racionais de decisão.

José Laurindo de Souza Netto lança interessante aporte ao bem situar o contexto histórico do sistema acusatório. Confira-se:

O juiz que preside o processo é uma entidade suprapartes, conhece das razões de quem acusa e de quem se defende e depois decide como um árbitro. Esse tipo de estrutura implica que a pessoa acusada tenha a possibilidade de se defender desde o início; essa estrutura exige, também, que quem acusa seja uma entidade diferente de quem julga, isto é, a entidade que decide há de ser uma entidade a quem a acusação é trazida por outra entidade. Nesse sentido, a sua imparcialidade está assegurada. E tal tipo de processo está tradicionalmente ligado a momentos da democracia grega e romana, em que o julgamento das pessoas era considerado uma questão de decidir pelo povo, implicando por isso que não seriam apenas pessoas profissionalizadas que decidiriam uma questão de justiça ¹⁵.

O sistema acusatório teve o seu auge, portanto, durante os períodos das democracias grega e romana, momentos em que as partes foram valorizadas, podendo influenciar no deslinde do conflito, o que não era possível no processo inquisitório, cuja principal característica é a aglutinação de funções na figura do órgão julgador.

Desse modo, existia uma “verdadeira relação processual” ¹⁶ simétrica e dialética, oportunizando-se as partes condições paritárias de disputa e garantindo-se a imparcialidade do magistrado, que deveria zelar pela lisura do procedimento e apreciar as demandas com isenção de ânimo, porque se frise, era uma entidade suprapartes.

Salo de Carvalho, calcado nos postulados de Barreiros, realça as diferenças dos sistemas em apreço:

(...) no sistema acusatório o julgador é representado por assembléia ou corpo de jurados populares; o juiz é árbitro sem iniciativa na investigação; a ação é popular (delitos públicos) ou compete ao ofendido (delitos privados); o processo é oral, público e contraditório; a prova é valorada livremente; a sentença faz coisa julgada; e a regra nas medidas cautelares é a liberdade do argüido. Na antípoda, o julgador é permanente; o juiz investiga, dirige, acusa e julga numa posição de superioridade face ao imputado; a acusação procede ex officio, admitindo-se denúncia secreta; o processo é escrito, secreto e não-contraditório; a prova é legalmente tarifada; a sentença não

¹⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 24;

¹⁶ Id;

faz coisa julgada; e a característica das medidas de cautela é o aprisionamento ¹⁷.

Inobstante a notória superioridade do sistema acusatório em termos de garantias processuais, não está ele imune de críticas. Souza Netto evocando a doutrina de José da Costa Pimenta, discorre que a estrutura processual acusatória, que “dá larga margem ao sentimento popular e reduz a pouca coisa a actividade técnica e o conteúdo dos códigos” ¹⁸, em virtude de a população em geral desconhecer os meandros legais.

O sistema acusatório em geral é o eleito em países de regime de governo democrático. As garantias e direitos fundamentais que lhe são inerentes constam da maioria das constituições e dos tratados internacionais em vigor, a exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Por seu turno, o sistema inquisitório prepondera em regimes totalitários de governo, sendo informado por concepções transpessoalistas, de sorte que o processo penal acaba cumprindo unicamente a função de meio para a aplicação da reprimenda ¹⁹.

¹⁷ DE CARVALHO, Salo. op. cit. p. 17;

¹⁸ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 24;

¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. op. cit. p. 92;

2.3. SISTEMA MISTO

O sistema misto surgiu na égide do Código Criminal de Napoleão de 1808, pretendendo intermediar, como aponta Danielle de Souza de Andrade e Silva, “a necessidade de repressão e as garantias individuais, eliminando as imperfeições de cada um dos outros sistemas”²⁰, reunindo, sucessivamente, uma etapa inquisitória e outra acusatória.

Na primeira fase, ocorre a instrução preparatória dirigida por um juiz, pela qual se buscam provas da autoria e da materialidade delitiva, sendo o procedimento escrito, secreto, sem contraditório e acusação²¹. Já na segunda fase, o processo torna-se público, incorpora o contraditório e a oralidade, bem como, a acusação passa a ser promovida pelo Ministério Público, valorando o magistrado as provas conforme a sua consciência²².

Geraldo Prado discorre que

Atende a etapa preliminar, ou de instrução, ao propósito declarado de otimizar os meios de apreensão dos elementos que constituirão o núcleo do trabalho a ser desenvolvido na fase seguinte e ao objetivo implícito de realização pública e obrigatória do direito penal, ou, como prefere Maier, de indisponibilidade na atuação do preceito e sanções penais, nem bem verificada a infração penal, substancialmente fazendo operar de “ofício” o direito penal, conforme reservas de direitos fundamentais, motivo pelo qual, nesta perspectiva, pode ser compreendido como sistema inquisitorial garantista²³.

Nesta quadra, desaparece do processo penal o antigo critério de valoração das provas, passando o juiz a dispor do atualmente criticado “livre convencimento” para embasar a sua decisão. Com isso, as provas são encaradas como relativas e os valores probatórios são discricionariamente atribuídos conforme a consciência do magistrado²⁴.

A existência do sistema misto é tema tormentoso na doutrina, erigindo-se correntes diversas a seu respeito. Uma das críticas lançadas ao sistema, como

²⁰ ANDRADE E SILVA, Danielle. op. cit. p. 50;

²¹ Id. p. 51;

²² Id;

²³ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 1ª ed; Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1999. p. 102;

²⁴ DE ANDRADE E SILVA, Danielli. op. cit. 51;

pontifica Navarrete, consiste na “possibilidade de funcionarem, lado a lado, o juiz inquisidor, o Ministério Público e o ofendido, alcançando-se, pelas dificuldades de salvaguarda de um processo garantista, algo como a quadratura do círculo” ²⁵, o que suscita, numa primeira análise, dúvidas sobre a imparcialidade e a paridade de armas.

Na mesma toada, Aury Lopes Júnior nega a existência do sistema misto, altercando que o núcleo fundante dos sistemas acusatório e inquisitório repousa na gestão da prova. Para o autor, a mera separação de funções é insuficiente para a garantia da imparcialidade, porquanto o material probatório colhido na fase inquisitorial condiciona a persecução toda, infundindo no juiz os denominados “quadros mentais paranoicos” ²⁶.

Interessante aporte lança Salo de Carvalho:

(...) o sistema misto importado pelo legislador nacional mudou apenas a forma de processo do antigo regime das ordenações, mantendo inalterada a sua essência (inquisitorialidade), fundamentalmente porque, na impossibilidade prática de conjunção dos dois sistemas (inquisitivo e acusatório), a estrutura autoritária prevaleceu sobre a tendência liberal – da maneira como se pretende, os sistemas inquisitório e acusatório não podem conviver não só porque a ‘contaminatio’ é irracional no plano lógico, como também porque a prática desaconselha uma comistão do gênero. A propósito, nada melhor para manter a aparência/virtualidade garantista de um sistema jurídico, impedindo o gozo dos direitos fundamentais, que desestabilizar inquisitorialmente o mecanismo processual, não obstante um estatuto material humanitário ²⁷.

Jacinto Miranda Coutinho, igualmente, discorda da possibilidade do sistema misto, arrazoando que “epistemologicamente não se sustentaria uma somatória do gênero, por um lado, mas, por outro (e quiçá mais relevante), porque a própria noção de sistema não comporta algo do gênero” ²⁸.

Ao apoiar-se das lições de Immanuel Kant, Miranda Coutinho esclarece que sistema é “conjunto de elementos colocados em relação sob uma ideia única” ²⁹, isto é, existe em qualquer sistema um “princípio unificador” que conecta e orienta os

²⁵ PRADO, Geraldo. op. cit. 103;

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. op. cit. 115;

²⁷ DE CARVALHO, Salvo. **Pena e Garantias**. 3ª ed; Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. p. 54;

²⁸ COUTINHO, Jacinto Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente adequado. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3>. Acesso em: 1º de fevereiro do ano de 2016, às 21h28min;

²⁹ Id;

demais elementos, mirando determinado fim. Assim, os princípios unificadores dos sistemas inquisitório e acusatório são de impossível conciliação e perseguem finalidades distintas, além de ideologicamente estarem ligados a diferentes regimes de governo, como se alinhavou acima.

A reunião de ideais contrastantes e a possibilidade de mitigação de direitos fundamentais conduz ao descarte do sistema misto, exurgindo, disso, indagações sobre a (in)compatibilidade dos poderes instrutórios do juiz e o sistema mais garantista acusatório.

3. O SISTEMA CONSTITUCIONALMENTE ELEITO

O Código de Processo Penal de 1941 tem inspiração no modelo fascista italiano, o Código Rocco. De sua Exposição de Motivos, nota-se que se buscou maximizar o poder punitivo estatal, com esteio na “primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social”³⁰, pois se acreditava que as garantias processuais eram obstáculos que favoreciam os rebeldes à ordem posta. Lado outro, a Constituição Federal reveste-se de caráter garantista, impondo vínculos que limitam e condicionam o exercício da pretensão punitiva, conferindo maior valorização ao indivíduo.

Guilherme de Souza Nucci, ao se debruçar sobre a ambiguidade que em tese, permeia o processo penal, defende que da conjugação dos elementos presentes da Lei Maior com aqueles constantes do Código de Processo Penal, eclode uma espécie de sistema híbrido – um sistema que reúne características conflitantes.

Segundo o autor,

o sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, como veremos a seguir). Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida que se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. Por tal razão, seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece as regras de funcionamento do sistema e não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto³¹.

³⁰ Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em: 14 de abril do ano de 2016, às 15h31min;

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3ª ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 104-105;

Denílson Feitoza Pacheco ensina, na mesma esteira, que o sistema processual brasileiro é informado pelo princípio inquisitivo, pois é possível que o magistrado, por exemplo, ordene a produção de provas sem o requerimento das partes e decreta, de ofício, a prisão preventiva. Para o autor, o processo penal praticado encontra-se “numa espécie de ‘fase embrionária’ do sistema misto, ainda no século XIX”³².

Essa fase embrionária a que se refere Pacheco deve-se, sobretudo, à mudança de paradigma ocorrida quando do advento da Constituição da República. A reclamada ressignificação do texto processual à luz dos postulados da Lei Maior, invariavelmente, faz com que desponham dúvidas sobre a (i)legitimidade da potestade punitiva pré-constitucional, da qual faz parte o Código em vigor.

No mesmo sentido, observa-se que o ventilado “hibridismo” do sistema processual brasileiro, conforme apregoa Guilherme de Souza Nucci, é o resultado do ideal (CF) com o real (CPP), como se os paradigmas democrático e autoritário coexistissem no mesmo regime de governo.

De outro norte, Eugenio Pacelli de Oliveira discorda de Nucci:

A doutrina brasileira costuma referir-se ao modelo brasileiro, no que se refere à definição do juiz criminal, como um sistema de natureza mista, isto é, com feições acusatórias e inquisitoriais. Alguns alegam que a existência do inquérito policial na fase pré-processual já seria, por si só, indicativa de um sistema misto; outros, com mais propriedade, apontam determinados poderes atribuídos aos juízes no CPP como a justificativa da conceituação antes mencionada (NUCCI, 2005, p. 101). No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação. De outra parte, somente quando (se) a investigação fosse realizada diretamente perante o juízo (como ocorre no Juizado de Instrução francês, por exemplo) seria possível vislumbrar a contaminação do sistema, e, mais ainda, e, sobretudo quando ao mesmo juiz da fase de investigação se reservasse a função de julgamento. Não é esse o caso brasileiro³³.

Como disserta Pacelli, a presença da fase inquisitória não aproxima o modelo brasileiro do sistema misto, considerando que neste a investigação ocorre perante o magistrado, enquanto que em nosso ordenamento, a investigação preliminar é realizada por outro órgão.

³² PACHECO, Denílson Feitosa. **Direito Processual Penal**: Teoria, crítica e práxis. 4ª ed; Niterói: Impetus, 2006. p. 49;

³³ DE OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed; Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011. p. 13;

A despeito de entendimentos contrários, acrescente-se, não é possível a criação de um terceiro modelo processual a partir da combinação dos postulados constitucionais com as disposições processuais penais autoritárias vindas do período de hipertrofia do Poder Executivo, porquanto é manifesta a incompatibilidade vertical de muitos atos normativos.

Por isso, José Laurindo de Souza Netto aponta:

Nosso Código de Processo Penal remonta aos idos de 1941, editado, portanto, em pleno período do Estado Novo de Getúlio Vargas, e conseqüentemente concebido dentro de uma lógica autoritária e inspirado no modelo fascista italiano – Código Rocco. Entretanto, com a nova ordem jurídica trazida em 08.10.1988, com a promulgação da Constituição Federal, vários dispositivos do Código de Processo Penal foram revogados ou derogados, em face de não terem sido recepcionados. Com efeito, muitos de seus dispositivos estão a merecer uma releitura ante certos princípios consagrados na nova ordem constitucional ³⁴.

Nesse passo, a carga de garantias presente na Constituição da República de 1988 rompeu o fio condutor do Código de 1941, trazendo à tona um novo processo que não se limita a ser apenas meio de aplicação da pena, mas instrumento de tutela de direitos e garantias fundamentais.

Daí que Aury Lopes Júnior aponta que é necessária *uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa atual Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva* ³⁵, com a finalidade de que se enquadrem *nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941* ³⁶.

Nereu José Giacomolli, ao proceder a uma leitura constitucional e convencional do sistema punitivo, aduz:

No âmbito do processo penal, mesmo havendo uma imputação de um delito, é de ser apartado o tratamento ao acusado como se fosse uma *res*, um objeto ou uma grandeza substituível. A aplicação e a execução das regras, ao caso concreto, seguem sua adequação à CF e aos diplomas internacionais: constitucionalidade e convencionalidade (devido processo). A dignidade da pessoa constitui-se não só em fundamento do Estado de Direito (art. 1º, III, CF), exigível internamente, mas é oponível à universalidade (endo e extraprocessual). Sua dimensão positiva, no processo penal, exige uma estruturação em condições de validade, garantia e eficácia, com diques de contenção à inviolabilidade (dimensão negativa). Ademais da ordenação no plano objetivo e abstrato, na concretude exige

³⁴ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 32-33;

³⁵ LOPES JR, Aury. op. cit. p. 44;

³⁶ Id;

dos sujeitos o ultrapassar de condutas arbitrárias ou totalitárias, aniquiladoras da dignidade ³⁷.

O processo deve ser pensado a partir de sua fonte de legitimidade, a Constituição Federal, decorrendo, disso, a necessidade de se observar dois princípios que servem não somente para a edição de leis, como também para orientar o exercício da potestade punitiva, a saber, os princípios da vedação da proteção deficiente e da proibição do excesso.

Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira discorrem que

No fundo, os dilemas da teoria processual podem ser pensados a partir de dois princípios: de um lado, o tradicional princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) e, de outro, o princípio da proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ou seja, por vezes – e parece ser a maioria – o Estado exorbita no seu poder de punir, devendo ser contido pela possibilidade de, contra ele, esgrimir-se o escudo contra o excesso; já em outras ocasiões, o Estado fica aquém desse dever, tornando-se leniente e, com isso, violando direitos fundamentais por não protegê-los suficientemente. A análise do excesso ou da proteção deficiente nunca pode, à evidência, descurar um milímetro da Constituição ³⁸.

Aury Lopes Júnior, à semelhança de Streck e de Oliveira, arremata:

O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc ³⁹.

Tais princípios são feições da proporcionalidade, porque ao mesmo tempo em que viabilizam a proteção de bens jurídicos de maneira satisfatória, coíbem a prática de excessos punitivos, cercando o acusado de garantias. Todavia, como apontam Streck e Oliveira, “A análise do excesso ou da proteção deficiente nunca pode, à evidência, descurar um milímetro da Constituição” ⁴⁰, não se admitindo apreciações discricionárias.

³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica. 1ª ed; Atlas: São Paulo, 2014. p. 15;

³⁸ STRECK, Lenio Luiz; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto?** As garantias processuais penais. 1ª ed; Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011. p. 22-23;

³⁹ LOPES JR, Aury. op. cit. p. 38;

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. op. cit. p. 23;

Diante disso, afirmam Streck e Oliveira, não se podem encarar as funções estatais a partir de um viés liberal-iluminista, pois o Estado “deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando-se a vê-lo como auxiliar de seu desenvolvimento” ⁴¹, dada a necessidade de se proteger os cidadãos de ataques de particulares.

No mesmo diapasão, Ingo Sarlet escreve:

Não se esgota a categoria da proibição do excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados ⁴².

Em suma, ao mesmo tempo em que o Estado precisa manter-se dentro dos limites constitucionais ao dar vazão ao poder de punir, isto para não maltratar direitos e garantias fundamentais, deve, em obediência à imposição de promover esses mesmos direitos, proteger satisfatoriamente os cidadãos de condutas delitivas.

Portanto, as perspectivas de matriz autoritária e de corte liberal-iluminista sobre o processo penal não se alinham às missões constitucionalmente atribuídas ao Estado.

José Laurindo de Souza Netto aponta:

Na verdade, o sistema de processo penal adotado pelo direito pátrio relaciona-se com os fins do processo vislumbrados pela nossa legislação e, principalmente, deve estar em consonância com os fundamentos políticos e institucionais do processo inseridos nas normas constitucionais ⁴³.

Nas veredas desse entendimento, Souza Netto segue explicando que seria um erro reputar como único sistema o acusatório original, pois as “consequências de tal sistema no tecido social conduzem a uma justiça desigual, baseada no regateio dos protagonistas e no poder social” ⁴⁴, como também, seria um erro adotar um

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. op. cit. p. 23;

⁴² SARLET, Ingo. **Constituição e Proporcionalidade**: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição do Excesso e de Insuficiência. Revista de Estudos Criminais n. 12, Ano 3. Editora Nota Dez: Porto Alegre, 2003. p. 86 e seguintes;

⁴³ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 38;

⁴⁴ Id;

método inquisitório ou acusatório formal, sobretudo pelas investidas contra “às liberdades e os direitos fundamentais, o que aniquilaria a mais elementar dignidade da pessoa”⁴⁵.

O sistema processual brasileiro, apesar de não se revestir daquela pureza originária, é o acusatório, vez que está marcado pelos princípios que são inerentes ao método acusatório, como a imparcialidade, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a vedação do emprego de provas ilicitamente obtidas e o dever de fundamentação das decisões.

Como salienta Danielle de Souza e Silva:

A Constituição de 1988, ao passo que reconheceu, expressamente, pela primeira vez, garantias individuais como a presunção de não-culpabilidade (art. 5.º, LVII), deu nova feição às já existentes, como, v. g., o princípio da igualdade processual. Tais garantias inserem-se naquilo que se pode denominar processo penal constitucional, a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais aplicados ao processo penal. Assim fazendo, propiciou a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro, mormente em função da máxima do devido processo legal e dos corolários da igualdade das partes no processo, da imparcialidade do julgador, da ampla defesa e do contraditório⁴⁶.

As garantias previstas, portanto, alinham o processo penal brasileiro ao sistema acusatório, na medida em que impõem limites à persecução penal, permitindo que o acusado influencie em condições de paridade com o órgão acusador no deslinde dos fatos apurados. Atente-se que nesse esquema inaugurado em 1988, a busca pela verdade não é ilimitada e tampouco o réu coisificado ao longo do processo.

Acrescente-se, também, que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a qual nos termos do § 3º, do artigo 5º, da Lei Maior, goza de *status* supralegal, prevê garantias de índole processual que devem ser observados durante o processo.

Sobre o assunto, anota Nereu José Giacomolli:

(...) o “bloco de constitucionalidade” abarca os direitos humanos incorporados pela metodologia do art. 5º, § 2º, da CF, por serem materialmente constitucionais, bem como os incorporados através do procedimento especial do art. 5º, § 3º, da CF, material e formalmente constitucionais. Por isso, a legislação ordinária há de ser reformada e integrada às exigências internacionais de proteção dos direitos humanos,

⁴⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 38;

⁴⁶ ANDRADE E SILVA, Danielle de Souza. op. cit. p. 70;

para que sejam excluídas as práticas autoritárias na investigação, na acusação e na jurisdição, as quais ainda permanecem, tanto na hierarquização das fontes quando na desconsideração da nova ordem convencional e constitucional no processo hermenêutico ⁴⁷.

Desse modo, o processo penal constitucional e convencionalmente proclamado funda-se na dignidade da pessoa humana, que como afirma Giacomolli, “adentra no processo penal como um limite invencível da interferência do poder, em seu aspecto negativo, ou seja, da não violação das esferas da dignidade, bem como, positivo ou prestacional, de respeito efetivação da dignidade” ⁴⁸, o que indubitavelmente se coaduna ao sistema acusatório, pelo qual são criadas condições racionais de decisão.

Como salienta José Laurindo de Souza Netto, muitos dispositivos presentes no ordenamento merecem uma revisão à luz da Constituição Federal, vez que se afiguram incompatíveis com o processo penal adequado ao Estado Democrático de Direito. A adequação da legislação infraconstitucional aos novos parâmetros constitucionais e supralegais exige o expurgo de determinados dispositivos, a exemplo do artigo 187, do Código de Processo Penal em sua redação original, que para Souza Netto, padecia de inconstitucionalidade ⁴⁹.

Conforme observa Geraldo Prado:

(...) a Constituição da República escolheu a estrutura democrática, sobre a qual há portanto de existir e de se desenvolver a relação processual penal, forçando-se, assim, a adaptação do modelo vigente antes de 1988. Tal estado de coisas reflete a perspectiva da base processual especialmente como garantia constitucional, instrumentalizada ordenadamente, conforme os princípios constitucionais, de maneira a permitir a adequada fruição dos direitos de ação e de defesa, na busca da justa solução do conflito de interesses geral ⁵⁰.

Na linha desse raciocínio, a Lei Maior cravou as bases para a realização do processo penal democrático, que há de ser (res)significado pela sua fonte de legitimidade, exigindo a adoção de novos métodos interpretativos e a reformulação do ordenamento.

Aury Lopes Júnior ensina:

⁴⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. op. cit. p. 16;

⁴⁸ Id. p. 13;

⁴⁹ SOUZA NETTO, José Laurindo, op. cit. p. 127;

⁵⁰ PRADO, Geraldo. op. cit. p. 51;

No processo penal, a Constituição ainda representa uma abertura, um algo a ser buscado como ideal. É avanço em termos de fortalecimento da dignidade da pessoa humana, de abertura democrática rumo ao fortalecimento do indivíduo. Nesse sentido, a nossa preocupação com a instrumentalidade constitucional e o caráter “constituidor” da Carta ⁵¹.

O advogado caráter constituidor da Carta obriga a uma revisão crítica do processo, pela qual os institutos e as práticas consolidadas precisam ser reabertos e trazidas ao debate. Entre os pontos que ganham relevo nessa tarefa de releitura da legislação, destaca-se (in)compatibilidade do sistema acusatório com os poderes instrutórios conferidos ao juiz pelo artigo 156, do Código de Processo Penal de 1941.

⁵¹ LOPES JÚNIOR, Aury. op. cit. p. 44;

4. A (IN)COMPATIBILIDADE DOS PODERES INSTRUTÓRIOS COM O SISTEMA ACUSATÓRIO

Muito tem se debatido acerca da (in)compatibilidade dos poderes instrutórios atribuídos ao magistrado com o sistema acusatório, dividindo-se a doutrina, basicamente, em duas correntes a respeito da temática: enquanto parte dos autores repudia a busca de elementos probatórios pelo juiz, outra parcela não vislumbra nisso qualquer impropriedade.

De acordo com uma compreensão liberal de processo, o sistema acusatório reclama a rígida separação entre as funções judicantes e as funções postulatórias, pois o magistrado ao fazer uso dos meios de prova previstos, comprometeria a sua imparcialidade.

Luigi Ferrajoli, precursor da Teoria do Garantismo Penal, talhou o axioma *nullum iudicium sine accusatione*, cunhado sob o signo A8, para explicar que a garantia orgânica da imparcialidade do julgador exige a inércia e, conseqüentemente, o afastamento das atividades instrutórias, as quais são reservadas às partes.

Segundo Ferrajoli:

Essa separação, exigida por nosso axioma A8 *nullum iudicium sine accusatione*, forma a primeira das garantias estipuladas em nosso modelo teórico SG. Ela comporta não só a diferenciação entre os sujeitos que desenvolvem as funções de postulação e o conseqüente papel de espectadores passivos e desinteressados reservada aos primeiros em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio* (...) Entendida nesse sentido, a garantia da separação representa, de um lado, uma condição essencial de distanciamento do juiz em relação às partes em causa, que, como veremos, é a primeira das garantias orgânicas que definem a figura do juiz (...) ⁵²

Nas linhas dessa teoria, o magistrado afigura-se como espectador e não como ator durante o processo penal, pelo que essa distanciamento das partes possibilita o pleno contraditório, estabelecendo a paridade de tratamento entre as partes ⁵³. Isso porque, ao se afastar da gestão da prova, o juiz não inseriria no

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do garantismo penal. 4ª Ed; Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. p. 522;

⁵³ Id. 537;

caderno processual elementos que favorecessem ou que prejudicassem de alguma as teses sustentadas pelas partes.

Salvo de Carvalho, embasado na doutrina garantista, discorre que no sistema acusatório haverá um magistrado espectador e capaz de valorar objetivamente os fatos imputados ao réu, preservando-se, desse modo, a garantia da presunção da inocência⁵⁴, visto que ao entrar em estado de dúvida, caberia a ao juiz não pesquisar os pontos dúbios das narrativas, mas absolver o acusado pela ausência de provas.

Nereu José Giacomolli defende a mesma posição, altercando que a produção de provas de ofício contamina a importante garantia da imparcialidade do magistrado:

É do Estado-acusação o encargo de provar a responsabilidade criminal do acusado na dimensão da sanção. No momento em que o julgador, na dúvida, determina a realização de provas, está retirando a sua toga de terceiro e vestindo a da acusação, sepultando o *in dubio pro reo* e a prestação da tutela criminal efetiva, com a observância do devido processo penal, pela contaminação da parcialidade. Atribuir ao julgador os poderes probatórios na condição de destinatária da prova? (é fácil descobrir qual é o artigo da parte geral do CP aplicável ao sujeito que, eventualmente, se põe a escrever uma carta ou um *e-mail* para si próprio-remetente/destinatário). Podemos falar em juiz ou em julgamento imparcial, nesses casos?⁵⁵

Aury Lopes Júnior, comungando do mesmo entendimento, lança críticas aos poderes de instrução, que estão albergados pelo artigo 156, do Código de Processo Penal:

O art. 156 sempre foi um grande problema, especialmente para aqueles comprometidos com o sistema acusatório-constitucional. Incrivelmente, com a reforma pontual operada pela Lei nº 11.690/2008, ficou ainda pior. É insuficiente pensar que o sistema acusatório se funda a partir da separação das atividades de acusar e julgar. Isso é um reducionismo que desconsidera a complexa fenomenologia do processo penal. De nada basta uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do processo, permitirmos que o juiz assumira um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusatória⁵⁶.

As críticas tecidas por Lopes Júnior dizem respeito ao desequilíbrio que a atuação instrutória é capaz de gerar, porquanto acaba aproximando o magistrado da parte incumbida da acusação, comprometendo, assim, a relação dialética do

⁵⁴ DE CARVALHO, Salvo. op. cit. p. 171;

⁵⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. op. cit. p. 240;

⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. op. cit. p. 170;

processo. Ao atuar de ofício na busca por novos elementos, o juiz passaria a agir conforme as partes, isto é, perquirindo provas para confirmar determinado posicionamento acerca dos fatos.

Conforme Eugenio Pacelli:

Falamos, agora, na imparcialidade no que se refere à atuação concreta do juiz no processo, 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 ampla defesa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais ⁵⁷.

Em Pacelli, o impedimento de que o juiz produza de ofício provas ancora-se na preservação das garantias do contraditório, da ampla defesa e da imparcialidade, pois ao procurar suprir a deficiência da atividade ministerial, o magistrado dispensaria tratamento desigual ao réu.

Lopes Júnior destaca, também, que a busca por provas ainda na fase preliminar das investigações torna-se especialmente perigosa, pois o magistrado passa a “colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro, a partir de prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena, transforma o processo” ⁵⁸.

Danielle Souza de Andrade e Silva, igualmente, rechaça a atuação do magistrado durante o curso do inquérito policial, pontificando que a atuação judicial deve se limitar aos incidentes que demandem jurisdicionalização e à legalidade do procedimento. Segundo a autora:

As transformações na estrutura da persecução criminal atingiram a etapa pré-processual, de elaboração do caderno informativo. A atividade judicial nessa fase investigatória agora se restringe a velar pela legalidade do procedimento, qualquer que seja o órgão que processe a investigação, atuando em incidentes que protestem pela jurisdicionalização. Repudia-se, via de consequência, a valoração, pelo magistrado, da atuação administrativa de investigação, o que representaria incursão nas atribuições do titular da ação penal e ofensa à repartição de papéis preconizada pelo sistema acusatório ⁵⁹.

⁵⁷ DE OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. op. cit. p. 337;

⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. op. cit. p. 170;

⁵⁹ DE ANDRADE SILVA, Danielle Souza. op. cit. p. 108;

No campo pretoriano, Amilton Bueno de Carvalho, Desembargador integrante da 5ª Câmara Criminal do Estado do Rio Grande do Sul, ao apreciar o *habeas corpus* nº 70003938974, consignou que “Ao legitimar a oficiosidade desmedida do magistrado na produção da prova, o sistema inquisitório permite ao julgador fazer as vezes de defensor e acusador em processo que ele decidirá”⁶⁰, o que “propicia ao juiz a prévia eleição de uma tese - como a única e a absoluta verdade”⁶¹.

Na ocasião do julgamento, o então Procurador de Justiça Lenio Luiz Streck registrou que é vedado ao magistrado procurar por provas, sendo que a “verdade exsurge da intersubjetividade e não de um processo metafísico cognoscente praticado pelo intérprete (no caso o juiz)”⁶².

No âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Giacomolli traz à baila o caso De Cubber contra Bélgica, de 1984, demonstrando que o juiz que procede às investigações não pode posteriormente julgar, sob pena de se comprometer a imparcialidade. Esse precedente levou o Tribunal Constitucional Espanhol a declarar inconstitucionais os dispositivos que autorizavam a concentração das funções na figura do mesmo magistrado⁶³.

Os poderes instrutórios conferidos ao magistrado, portanto, representariam o regresso aos ditames do método inquisitório, pois ao se concentrar as funções típicas das partes com aquelas inerentes ao ofício judicante, a estrutura dialética do processo e a imparcialidade exigida pelo sistema acusatório seriam sobremaneira enfraquecidas.

Dessa aproximação de papéis, o juiz passaria de terceiro desinteressado para a condição de parte, empreendendo diligências quase sempre para suprir os pontos que o acusador não se desincumbiu de provar, o que lesaria a paridade de armas.

Por isso, a corrente exposta repele a imersão do magistrado nas atividades postulatórias. Assim, em casos de dubiedades ou de inexatidões sobre a culpabilidade do réu, caberia o pronunciamento da absolvição pela insuficiência ou

⁶⁰ CARVALHO, Amilton Bueno. **Garantismo Penal Aplicado**. 2ª ed; Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006. p. 186;

⁶¹ Id;

⁶² CARVALHO, Amilton Bueno. op. cit. p. 187-188;

⁶³ GIACOMOLLI, Nereu José. op. cit. p. 244;

ausência de provas, prevalecendo a presunção de que o acusado é inocente quanto à imputação.

Todavia, não existem mais sistemas puros, como ensina José Laurindo de Souza Netto, de sorte que a possibilidade de o magistrado produzir provas dentro dos limites da imputação não ofende as características do que se compreende hoje por sistema acusatório, cuja análise deve considerar os aspectos históricos e sociais vigentes.

A respeito do tema, Souza Netto explica:

(...) ganha importância a figura do juiz na colheita do material probatório, que, somado à participação das partes, com o contraste de forças, viabiliza uma investigação tanto quanto possível objetiva da verdade. Nessa ótica, o livre convencimento adquire um significado que expressa autonomia do julgador na apreciação de provas colhidas no contraditório, nos limites do objeto da investigação. A liberdade do juiz, nesse campo, aumenta proporcionalmente com relação à tutela dos direitos individuais⁶⁴.

A colheita do material probatório pelo magistrado, conforme a lição estampada, não fustiga o princípio do contraditório, visto que as partes poderão se manifestar e ter os seus argumentos considerados durante a inserção da prova nos autos, preservando-se, dessa maneira, as características da dialeticidade e da intersubjetividade na pesquisa dos fatos. Noutros termos, a verdade continua a ser descoberta ou construída paritariamente, porquanto os atos praticados pelo juiz não inibem a atuação das partes.

Gilmar Ferreira Mendes e Gustavo Gonet Branco, reportando-se ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, declaram:

O Supremo Tribunal tem assentado que “os poderes inquisitivos do juiz encontram limite no princípio do contraditório que impõe à autoridade judiciária – qualquer que seja o grau de jurisdição que atue – o dever jurídico-processual de assegurar às partes o exercício das prerrogativas inerentes à bilateralidade do juízo”⁶⁵.

Os poderes instrutórios do magistrado permitem, ainda, a proteção satisfatória dos direitos fundamentais, sem que isso configure excessos contra o acusado. Neste trecho, gize-se que a possibilidade de averiguação dos fatos debatidos não significa que o magistrado busque a qualquer custo provas contrárias

⁶⁴ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 145;

⁶⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed; Saraiva: São Paulo, 2015. p. 420;

aos interesses da defesa, a ponto invadir a esfera de atuação reservada ao acusador.

José Laurindo de Souza Netto, citando a doutrina de Vicente Greco Filho, assevera:

“o sistema acusatório, porém, não retira do Juiz os poderes inquisitivos referentes à prova e a perquirição da verdade. Neste caso, porém, a atuação inquisitiva não se faz predeterminante nem a favor da acusação, nem da defesa, nem compromete a imparcialidade”⁶⁶.

O magistrado ao pesquisar a verdade não direciona os seus atos para a consecução de elementos que confirmem os fatos articulados no libelo acusatório, como se acusador fosse. Ao contrário, o juiz não sabe de antemão quais serão os resultados da ordenação das provas, pelo que não se pode atribuir a ele falta de isenção ao proceder de ofício.

Ada Pelegrini Grinover, versando no mesmo sentido, entende que a imparcialidade permanecerá incólume com a iniciativa probatória conferida ao magistrado, isto porque ele não pode prever qual das partes poderão se beneficiar com o material colhido⁶⁷. Outrossim, o material não será manipulado pelo juiz para que alcance determinado fim eleito, pois será observado o contraditório durante a captura da prova.

Nesse contexto, José Laurindo de Souza Netto aponta:

A adoção do modelo que confia ao juiz a condução do processo, inclusive no que diz respeito à iniciativa instrutória, traduz uma opção política por uma concepção publicista do processo e pela percepção de sua função social. Desse modo, seu papel é ativo, jamais inerte e refém das partes. Exige-se dele o fomento ao contraditório para que se possa superar as desigualdades e favorecer a *par conditio*⁶⁸.

No fomento ao contraditório, a produção de provas de ofício pelo juiz pode, ainda, equilibrar as forças das partes. Nesse sentido, Eugenio Pacelli defende a busca por elementos a favor do réu, o qual na sua concepção é a parte mais débil do processo:

⁶⁶ SOUZA NETTO, José Laurindo *apud* GRECO FILHO, Vicente. op. cit. p 145;

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pelegrini. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: São Paulo. p. 74;

⁶⁸ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 145-146;

Provas não requeridas pela defesa poderão ser requeridas de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração de inocência do réu. E não vemos aqui qualquer dificuldade: quando se fala na exigência de igualdade de armas, tem-se em vista a realização efetiva da igualdade, no plano material, e não meramente formal. A construção da igualdade material passa, necessariamente, como há muito ensinam os constitucionalistas, pelo tratamento distinto entre iguais e desiguais. E nesse campo sequer há divergências: o Estado, no processo penal, atua em posição de superioridade de forças, já que ele é o responsável tanto pela fase de investigação quanto pela de persecução em juízo, quanto, finalmente, pela decisão ⁶⁹.

A aludida concepção publicista impõe ao magistrado o dever de agir na condução do processo, não podendo permanecer a gestão da prova somente ao alvedrio das partes. Importa, assim, que o juiz vele pela igualdade processual e pela melhor decisão, o que exige a apuração de relevantes aspectos que podem ter sido pouco explorados nos debates.

Sobre o modelo processual brasileiro, explica Souza Netto:

No Processo Penal Alemão, ao contrário, o juiz é quem detém o domínio do processo, cabendo a ele a responsabilidade última pela investigação das provas. À semelhança do alemão, também o processo penal brasileiro dá expressão ao arquétipo de um processo de estrutura basicamente acusatória, integrado por um princípio de investigação. No Brasil, o órgão julgador não fica reduzido a mero e mudo espectador da cena processual. Possui o poder de indicar as partes, fatos probatórios válidos e mais amplos, podendo também dispor de ofício, a admissão de novos meios de prova ⁷⁰.

A integração do princípio de investigação não vulnera os traços essenciais do sistema acusatório, mas se alinha à concepção publicista do processo, convivendo com os princípios da imparcialidade, do contraditório e da presunção de inocência, dentre outros que foram estabelecidos constitucional ou convencionalmente.

Marcelo Lessa Bastos arremata:

O sistema acusatório moderno é fruto da evolução de um sistema acusatório puro, de viés privatista, com influência recebida do modelo inquisitivo medieval no que concerne ao seu viés publicista. Daí conferir-se ao Estado, através do órgão acusador (Ministério Público), a iniciativa e o impulso processual; e ao Estado, através do órgão julgador, a missão de instruir o feito, suprindo eventuais lacunas probatórias deixadas pelas

⁶⁹ DE OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. op. cit. p. 338;

⁷⁰ SOUZA NETTO, José Laurindo. op. cit. p. 96;

partes, sem que isto seja capaz de comprometer sua imparcialidade ou mesmo desfigurar o modelo acusatório que por opção foi adotado ⁷¹.

Rememore-se que não mais subsistem sistemas puros, porque os institutos sofreram transformações ao longo dos anos, distanciando-se dos modelos originalmente criados. O sistema acusatório, nesta quadra da história, mantém as suas linhas mestras, sendo significado a partir das regras e dos princípios do ordenamento.

Em decorrência disso, embora o princípio de investigação relacione-se, originalmente, com estilo inquisitório, a sua integração ao sistema acusatório coaduna-se com a compreensão publicista do processo, pela qual o magistrado exerce função de singular importância, a saber, a de proporcionar às partes uma decisão correta.

Michele Taruffo apregoa:

O problema dos poderes instrutórios do juiz pode, pois, ser sintetizado nestes termos: a atribuição desses poderes e seu efetivo exercício – naturalmente com respeito rigoroso aos direitos processuais das partes – correspondem a uma necessidade epistêmica, tratando-se de instrumentos que têm como fim atingir o escopo da apuração da verdade. Vice-versa, a oposição a um papel ativo do juiz na produção das provas parece motivada exclusivamente por opções ideológicas: tais opções, além de histórica e politicamente infundadas, configuram-se em termos claros antiepistêmicos ⁷².

Como ao magistrado incumbe a definição dos fatos, nada mais certo do que atribuir-lhe poderes instrutórios, os quais, nas lições de Michele Taruffo, estão inseridos na dimensão epistêmica do processo e não propriamente no princípio dispositivo. Dessarte, a vedação ao poder que o órgão julgador tem de dispor sobre as provas pode comprometer a reunião de dados cognoscitivos para a apuração dos fatos ⁷³.

Registre-se, também, que a atuação do magistrado na busca por provas ocorre supletivamente, incumbindo às partes o ônus da comprovação das teses defensivas. Essa atuação supletiva, com efeito, passa de largo daquela conduta

⁷¹ BASTOS, Marcelo Lessa. **Processo Penal e Gestão da Prova**: A questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal. 1ª ed; Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2014. p. 189;

⁷² TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**: O Juiz e a construção dos fatos. 1ª ed; Marcial Pons: São Paulo, 2012. p. 208;

⁷³ Id. p. 205;

implacável e irresistível adotada pelo inquisidor para a consecução da confissão do acusado.

Marcelo Lessa Bastos traz a lume interessante aporte:

Quando o juiz utiliza o seu poder instrutório supletivo e sai em busca da confirmação dos fatos debatidos pelas partes – seja os fatos imputados pelo autor na acusação, seja os fatos alegados pelo réu em sua defesa – não está substituindo nenhuma delas no protagonismo que lhes é inerente num processo penal de partes. Está, apenas, atendendo ao escopo social da jurisdição, comprometido que deve ser com a efetividade dos direitos fundamentais. A utilização desse poder instrutório supletivo é o instrumento de que dispõe para materializar os princípios alhures enunciados, além de garantir a paridade de armas, suprimindo eventual deficiência de algumas das partes ⁷⁴.

Frise-se que a atuação do magistrado mostra-se supletiva a das partes, sendo que em momento algum há a confusão entre as funções judicantes e as funções postulatórias, pelo que ao atuar de ofício, a imparcialidade e a dialeticidade do processo permanecem devidamente preservadas, podendo as partes interagir sem restrições.

Souza Netto menciona o magistério de Figueiredo Dias:

“o poder-dever que ao Tribunal incumbe de esclarecer e instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, o ‘facto’ sujeito a julgamento, criando aquele mesmo as bases necessárias à sua decisão” ⁷⁵.

Por vezes, as partes não fornecem provas satisfatórias para que o magistrado tenha uma base sólida de decisão, fazendo com que se inicie a procura supletiva por possíveis elementos de esclarecimento. A aceitação passiva da insuficiência probatória, posto que característica do sistema acusatório puro, não se alinha à concepção contemporânea de processo, na qual a figura do juiz foi fortalecida.

Marcelo Lessa de Bastos conclui:

O alardeado receio de perda da imparcialidade do juiz que assim se comportar não passa de devaneio, pela simples razão de que ao magistrado é impossível prever, ou melhor, adivinhar, a quem a prova que mandou supletivamente produzir irá beneficiar. E se parcial é o magistrado que produz a prova a que beneficiou, uma das partes, também devê-lo-ia ser

⁷⁴ BASTOS, Marcelo Lessa. op. cit. p. 197;

⁷⁵ SOUZA NETTO, José Laurindo *apud* DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit. p. 144;

aquele que se quedou inerte e, com sua omissão, acabou por prejudicá-la⁷⁶.

Esclareça-se, igualmente, que ao se sustentar a compatibilidade dos poderes instrutórios do magistrado não se está defendendo ou negligenciado a (criticada) verdade real. Retomando as lições de Grinover e de Bastos acima delineadas, ao determinar a feitura de certa prova, o juiz não sabe de antemão qual será o resultado da incursão e não pretende fazer com que aquele dado torne-se inquestionável ou absoluto.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart com muita propriedade afirmam:

Não há dúvida que o juiz, para formar a sua convicção, pode determinar prova de ofício. Isso, porém, não significa que a participação de ofício do juiz se dirija à busca da verdade. O objetivo da produção da prova de ofício é o de possibilitar ao juiz, quando as provas produzidas pelas partes lhe parecem insuficientes, a elucidação dos fatos imprescindíveis para a formação de sua convicção sobre o mérito. (...) De modo que a prova de ofício não se destina à descoberta da verdade, mas apenas a suprir, dentro de limitações naturais, a insuficiência da produção de provas pelas partes, com o fim de possibilitar ao juiz a formação de seu convencimento para o julgamento do mérito. Lembre-se, ainda, que a produção de prova de ofício, além de ter de ser adequadamente justificada pelo juiz, deve abrir às partes a devida oportunidade: i) de considerar sobre a sua oportunidade; ii) de participar da sua produção; e iii) de falar sobre seu resultado. Portanto, a possibilidade de participação do juiz na produção da prova não retira das partes a possibilidade de participar na formação (produção) e da interpretação da prova (consideração dos resultados)⁷⁷.

A lição de Marinoni e Arenhart lança importantes luzes ao tema, na medida em que reitera a necessidade da observância dos princípios do contraditório e da fundamentação. O magistrado, para que a colheita da prova revista-se de legitimidade, deverá possibilitar que as partes participem tanto no período de produção, quanto no momento da interpretação, tudo sustentado por motivação idônea. O ensinamento lançado demonstra, também, que não se pretende com isso a descoberta da verdade, mas tão somente o esclarecimento de pontos relevantes que não foram suficientemente dirimidos.

Seguem Marinoni e Arenhart:

⁷⁶ BASTOS, Marcelo Lessa. op. cit. p. 245;

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed; Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011. p. 87;

A participação das partes é imprescindível para a formação do convencimento judicial, ainda que, em alguns casos, o juiz possa atuar de ofício. Ou melhor: a consciência de que a atuação de juiz, em tais casos, é supletiva evidencia que a oportunidade de participação é fundamental à legitimação do processo ⁷⁸.

A participação das partes é necessária para a legitimidade do processo e para a violência do Estado, sendo um dos pressupostos do devido processo legal, vez que os litigantes têm o direito de democraticamente influenciar no deslinde da causa, o que ganha especial relevo no âmbito do processo penal, no qual são discutidos direitos indisponíveis.

Gilmar Ferreira Mendes explicita:

A ideia mais geral constante dessa cláusula constitucional é que, no Estado Democrático de Direito, entre o indivíduo e a coação estatal incidente sobre seus bens e sua liberdade deve sempre se interpor um processo, devidamente conduzido por um juiz. Como bem ressalta Carlos Nino, recorrendo às lições de Laurence Tribe, existem basicamente duas justificativas principais para a necessidade de um devido processo para a privação da liberdade individual. A primeira refere-se a um valor intrínseco ao fato de que o indivíduo passível de coação não seja simplesmente manipulado, que possa ser partícipe de um diálogo (por meio do processo) em que se trata de convencê-lo – assim como ele tratará de convencer do contrário – sobre a legitimidade do ato de coação. Trata-se de respeitar a dignidade da pessoa, considerando-a capaz de valorar e participar da busca conjunta da verdade (processual). O segundo enfoque do devido processo adjudica-lhe um valor instrumental, como um mecanismo adequado para assegurar que as leis sejam aplicadas de forma imparcial e equânime. Como assevera Carlos Nino, os dois enfoques complementam-se mutuamente e refletem diversos aspectos que tornam o devido processo uma garantia central na democracia: por um lado, o fato de que um ato que pode implicar, *prima facie*, a restrição de um direito deve realizar-se com os máximos cuidados para que se preencham as condições que o tornam justificável; por outro lado, a circunstância de que na justificação desse ato de coação deve participar o indivíduo que é ou pode ser dele destinatário, não apenas no debate democrático que conduz à aprovação e edição da lei que permite tal ato em termos gerais, mas também na discussão sobre a procedência do ato de privação do direito no caso particular ⁷⁹.

A cláusula do devido processo legal pressupõe a participação de todos os atores processuais na busca pela verdade, com vista a investigar se existem razões para a restrição de um direito. Nesses termos, os poderes instrutórios conferidos ao magistrado, desde que exercidos dentro dos limites da imputação e garantido o contraditório, são um importante mecanismo para a aplicação imparcial e equânime da lei.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *op. cit.* p. 87;

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; *et alii*. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed; Saraiva: São Paulo, 2013. p. 918.

Diante disso, o sistema acusatório contemporâneo está integrado por um princípio de investigação, sem que ocorra ofensa à imparcialidade do órgão julgador. A iniciativa probatória harmoniza-se com a concepção publicista do processo, pela qual são tutelados direitos fundamentais, além de não maltratar as demais características próprias do estilo acusatório ou ansiar por uma verdade verdadeiramente inalcançável.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve o desiderato de investigar a (in)compatibilidade dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado com o sistema acusatório. No decorrer do estudo, foram apreciados os principais caracteres dos sistemas acusatório, inquisitório e misto. Igualmente, averiguou-se qual o sistema constitucionalmente eleito e por derradeiro, discorreu-se sobre o sistema acusatório e a possibilidade de o juiz produzir de ofício provas.

Ao repisar o trabalho, observa-se que sistema, na doutrina de Bobbio, é compreendido por determinados elementos reunidos e orientados de acordo com alguma ideia.

O sistema inquisitório é de matriz autoritária e nele as funções de acusar e de julgar competem ao magistrado. Não há estrutura dialógica, o acusado é concebido como mais um dos elementos da a serem investigados, sendo a confissão – dentro do sistema tarifado – a prova dotada de maior relevância probatória. O processo é sigiloso e o acusado submetido a violentos expedientes, pois se entende que nele está a verdade dos fatos, que precisa ser extraída pelo inquisidor.

Paulatinamente os países foram abandonando o sistema inquisitório e passaram a adotar métodos mais próximos do sistema acusatório, dispensando novo tratamento ao acusado, que passou de objeto para sujeito portador de direitos e garantias.

No sistema acusatório as funções de julgar, de acusar e de defender são exercidas por atores processuais distintos, garantindo-se a imparcialidade do juiz e o direito de o acusado defender-se da pretensão acusatória, que é deduzida pelo órgão acusador. Essa estrutura sintetiza-se com o brocardo latino *actus trium personarum*. O processo é público e o magistrado inerte, incumbindo exclusivamente às partes a produção de provas e ao povo a análise fática, que se reunia em assembleia para deliberar.

Embora apresente maiores garantias e melhores critérios de decisão e seja o preferido pelos regimes democráticos, o sistema acusatório puro é criticado por

dar espaço para sentimentos populares pela ausência de conhecimentos técnicos da assembleia.

Já o sistema misto é o resultado da unção dos sistemas expostos. O procedimento é composto por duas fases: na primeira, o procedimento é escrito, sigiloso e inquisitório, pelo qual se colhem indícios de autoria e a prova da materialidade de delitiva, ao passo que na segunda etapa, o procedimento é público, contraditório e a acusação exercida por órgão específico.

Para alguns autores, é impossível a existência desse sistema, pois guarda princípios unificadores inconciliáveis.

No âmbito brasileiro, embora o Código de Processo Penal tenha sido inspirado para conferir maior energia punitiva ao Estado, a Constituição de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos consagraram direitos e garantias que limitam e vinculam o exercício da potestade punitiva, elegendo, portanto, o sistema acusatório.

Por isso, parte da legislação processual precisa ser extirpada ou reinterpretada, porquanto não foi recepcionada pela Lei Maior, como, por exemplo, o artigo 187, da Lei de Ritos, em sua redação originária.

Sobre a (in)compatibilidade dos poderes de instrução com o sistema acusatório reina disceptação doutrinária. As correntes de matriz liberal negam essa possibilidade, ao argumento de que ao proceder de ofício, o magistrado estaria atuando como parte e comprometendo a estrutura dialógica do processo, o que se mostra potencialmente nocivo à imparcialidade.

Todavia, não mais existem sistemas puros, de modo que a produção de provas de ofício pelo órgão julgador se dá apenas supletivamente e está ancorada na concepção publicista de processo, pela qual devem ser tutelados direitos fundamentais.

Desse modo, ao agir de ofício, o magistrado não procura uma verdade absoluta, mas a solução para as dúvidas sobre pontos relevantes que não foram aclarados.

Acrescente-se, ainda, que ao produzir de ofício as provas que entende pertinentes, o órgão julgador deverá observar os princípios do contraditório, da ampla defesa e da motivação, permitindo que as partes participem durante a produção e a verificação dos resultados, bem como, declinando as razões que levaram à ordenação da prova.

Atente-se que não ocorre a coisificação do réu ou tampouco maltrato a estrutura dialética do processo, pois a intensa participação das partes permite que elas influenciem no deslinde do processo, no qual serão averiguadas as razões para a restrição de um direito.

As hipóteses de restrição de direitos devem ser suficientemente apreciadas ao longo do processo, pelo que os poderes instrutórios permitem ao magistrado pesquisar a verdade dentro dos limites da imputação, com a finalidade de tutelar direitos fundamentais.

Não se olvide, ainda, que a produção de provas de ofício pode estabelecer efetiva igualdade entre as partes, beneficiando, sobretudo, o acusado, que é a parte mais débil do processo. A paridade de armas exigida pelo contraditório, por vezes, demanda a atuação do magistrado para que simetrize as oportunidades e as faculdades dos litigantes.

Com isso, embora originariamente o sistema acusatório não permitisse ao magistrado pesquisar os fatos, esse sistema atualmente é significado a partir do ordenamento, sendo o resultado de mudanças e avanços que se efetivaram desde a sua criação.

Em verdade, a concepção publicista do processo impõe ao magistrado uma postura ativa na gestão da prova que diverge dos moldes originários do instituto, permitindo a verificação cabal das narrativas das partes, para que se acerte a decisão final.

Com efeito, ao esclarecer alguns pontos da investigação, o juiz não estará abandonando a sua posição de entidade suprapartes, até porque não sabe previamente a quem beneficiará a prova.

Outrossim, o resultado dessa pesquisa passará pela manifestação das partes e será valorado como os demais elementos que integram os autos, de modo que a (re)construção dos fatos dar-se-á intersubjetivamente, isto é, com a participação de todos os atores processuais.

Em vista disso, o sistema acusatório não restará desnaturado por guardar princípio de investigação.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE E SILVA, Danielle Souza. **A Atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório**: Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988. 1ª ed; Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2005;

BASTOS, Marcelo Lessa. **Processo Penal e Gestão da Prova**: A questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal. 1ª ed; Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2014;

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 8ª ed; UNB: Brasília, 1996;

COUTINHO, Jacinto Miranda. **Sistema Acusatório**: Cada parte no lugar constitucionalmente adequado. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequencia=3>. Acesso em: 1º de fevereiro do ano de 2016, às 21h28min;

DE CARVALHO, Salvo. **Pena e Garantias**. 3ª ed; Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008;

DE OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª ed; Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

FRARE, Aline Armorst. **A Atuação Instrutória do Juiz no Processo Penal Brasileiro à Luz do Sistema Acusatório**. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf. Acesso em 19 de abril de 2014, às 14h51min;

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica. 1ª ed; Atlas: São Paulo, 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed; Saraiva: São Paulo, 2014;

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed; Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011;

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal**: Sistemas e princípios. 1ª ed; Juruá: Curitiba, 2003;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

PACHECO, Denílson Feitosa. **Direito Processual Penal**: Teoria, crítica e práxis. 4ª ed; Niterói: Impetus, 2006;

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A conformidade constitucional das leis processuais penais. 1ª ed; Lumem Juris: Rio de Janeiro, 1999;

SARLET, Ingo. **Constituição e Proporcionalidade**: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre a Proibição do Excesso e de Insuficiência. Revista de Estudos Criminais n.º 12, Ano 3. Editora Nota Dez: Porto Alegre, 2003;

STRECK, Lenio Luiz; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto?** As garantias processuais penais. 1ª ed; Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011;

TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**: O Juiz e a construção dos fatos. 1ª ed; Marcial Pons: São Paulo, 2012.