

Gestão das provas no processo penal brasileiro: produção de provas de ofício diante do sistema acusatório

Luiz Augusto Fernandes de Lima¹

Anderson Teixeira de Oliveira²

Gabriel Henrique Batista Silva³

Jacqueline Ribeiro Cardoso⁴

Recebido em: 22.10.2020

Aprovado em: 11.12.2020

Resumo: O presente trabalho refere-se à análise da gestão de provas no âmbito do Código de Processo Penal brasileiro, em especial a possibilidade da produção de provas de ofício pelo juiz diante do sistema acusatório. Foi possível concluir que a gestão de provas no processo penal brasileiro cabe às partes. A metodologia de estudo utilizada foi a revisão bibliográfica, reportando-se à doutrina renomada sobre o tema, além da Jurisprudência. Quanto ao método de raciocínio, foi utilizada a dedução, realizando-se uma pesquisa teórica, com amparo jurídico a partir de uma abordagem constitucional na perspectiva de um processo democrático.

Palavras-chave: provas; gestão; sistema acusatório; juiz; produção de ofício; (im)possibilidade.

Evidence management in Brazilian criminal proceedings: production of ex officio evidence before the accusatory system

Abstract: The present work refers to the analysis of the management of evidence within the scope of the Brazilian Criminal Procedure Code, in particular the possibility of the production of official evidence by the judge before the accusatory system. It was possible to conclude that the management of evidence in the Brazilian criminal process is up to the parties. The study methodology used was the bibliographic review, referring to the renowned doctrine on the subject, in addition to Jurisprudence. As for the reasoning method, deduction was used, carrying out

¹ Discente do curso de Direito da Faculdade Minas Gerais -FAMIG

² Discente do curso de Direito da Faculdade Minas Gerais -FAMIG

³ Discente do curso de Direito da Faculdade Minas Gerais -FAMIG

⁴ Especialista em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva, área de concentração em Direito Público e pela Faculdades Integradas de Jacarepaguá, área de concentração Ciências Sociais aplicadas.

theoretical research, with legal support from a constitutional approach from the perspective of a democratic process.

Keywords: evidences; management; accusatory system; judge; craft production; impossibility.

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto no presente trabalho trata-se da gestão da prova no Processo penal brasileiro e dos limites de eventual produção de produção de provas analisado diante do sistema processual adotado no Brasil.

Essa temática está intimamente relacionada à gestão e ao ônus da produção de provas no Processo penal brasileiro, visto que a legislação contém dispositivos que permitem que o Juiz produza determinadas provas de ofício, sem que haja requerimento das partes, que são os atores da persecução penal.

Neste contexto, o tema problema reside em analisar a quem cabe a gestão das provas diante do sistema processual adotado no Brasil, que consiste nos princípios e regras que direcionarão o processo penal à luz dos princípios constitucionais e das funções atribuídas ao Juiz

O referencial teórico utilizado foi construído a partir das contribuições de Aury Lopes Junior, Fernando Capez, Guilherme Nucci e Rangel.

Nesse sentido, preliminarmente, será feita uma análise dos sistemas processuais penais, discorrendo sobre suas características e princípios, com a indicação de qual seria o vigente no Brasil

Em Seguida, buscar-se-á analisar a produção de provas disciplinada no Código de Processo penal brasileiro, com ênfase para os princípios que lhe são informadores.

Por derradeiro, buscar-se-á relacionar a produção de provas de ofício e o sistema acusatório, apontando os limites para produção probatória pelo juiz e indicando alguns posicionamentos jurisprudenciais.

O método de pesquisa será bibliográfico, com a consulta à Doutrina majoritária e aos julgados das Cortes judiciais brasileiras, buscando-se enfatizar o sistema

acusatório em sua divergência com o sistema processual que endossa a produção de provas de ofício pelo juiz, a saber o sistema inquisitorial.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A análise do sistema processual vigente em determinado sistema jurídico reveste-se de importância, pois ele revela quais os princípios e regras que direcionarão o processo penal.

Para Rangel (2010), pode-se entender os sistemas processuais como conjunto de normas jurídicas que regulam a aplicação do Direito de maneira casuística. São as regras do processo penal, as quais podem ganhar conotações diversas a depender do ideal político e do modelo estatal adotado.

Por meio dos sistemas processuais, em especial do acusatório, entendido como aquele que se infere da própria Constituição Federal de 1988, é possível entender, dentre outras diretrizes, as diversas funções atribuídas aos sujeitos processuais no horizonte do estudo jurídico, bem como a análise da possibilidade ou não do juiz, como sujeito processual poder participar ativamente da produção de provas no processo penal.

Nesse sentido, convém apontar a existência de dois tipos de sistemas processuais, a saber: sistema inquisitivo, o sistema acusatório e o sistema misto. Esses sistemas refletem uma postura ideológica adotada pelo legislador no momento da criação das leis processuais penais.

2.1 Sistema inquisitivo

Tratando-se do sistema inquisitivo, Rangel (2010) explica que seu nascedouro remonta aos tempos dos reis, e desenvolve-se no período medieval em que estava presente a Inquisição da igreja Católica Apostólica Romana, reivindicando o Estado Absolutista o monopólio exclusivo do direito de punir.

O sistema inquisitivo caracteriza-se pela interrupção, mesmo que provisória de alguns direitos peculiares e exercitáveis no processo penal, exemplo disso é o princípio do contraditório, exercido de forma prévia e dinâmica.

Como exemplo, vale apontar o artigo 20 do CPP, segundo o qual “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Tratando-se do sistema inquisitivo, Rangel (2010) explica que seu nascedouro remonta aos tempos dos reis, e desenvolve-se no período medieval em que estava presente a Inquisição da igreja Católica Apostólica Romana, reivindicando o Estado Absolutista o monopólio exclusivo do direito de punir.

Nesse teor, dentre os atos oficiais realizados pela autoridade pública que preside o inquérito policial, situam-se as diligências, que pela sua própria natureza sigilosa, ocorrem de maneira inquisitiva, portanto, sem o prévio contraditório. Não obstante, a fase inquisitiva ocorre antes do processo, razão pela qual é viável, já que é mais idôneo para finalidade de investigação (PACELLI, 2018).

Sobre o sistema inquisitorial, Renato Brasileiro preleciona que tal sistema processual:

Tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, chamada de juiz inquisidor. No processo inquisitório, o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, seja no curso das investigações, seja no curso do processo penal, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado. A gestão das provas estava concentrada assim nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse (LIMA, 2018, p. 12).

Assim, depreende-se que 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

O sistema inquisitivo caracteriza-se pela interrupção, mesmo que provisória, de alguns direitos peculiares e exercitáveis no processo penal, exemplo disso é o devido processo legal de cuja premissa e corolário é o princípio do contraditório e ampla defesa.

2.2 Sistema acusatório

Outra é a lógica jurídica estabelecida pelo sistema acusatório, que está mais imbricado com o modelo de Estado Democrático de Direito, um *status quo* no qual o mesmo Estado criador das normas jurídicas, é ele próprio subordinado as leis que cria.

O sistema acusatório teve origem no século XVIII no contexto das revoluções liberais burguesas sob o cenário de proteção dos indivíduos ante a fúria estatal de punir ou restringir de outro modo a liberdade (RANGEL, 2010).

Segundo Ferrajoli, “a característica mais relevante do modelo acusatório reside na separação rígida entre juiz e acusação, pois se trata de um componente estrutural e pressuposto lógico dos demais” (FERRAJOLI, 2006, p. 518).

Para Nucci (2009), o sistema acusatório possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, contudo, o juiz deve se ater a função de efetivar a jurisdição.

Aury Lopes Junior, a seguir, aponta o sistema acusatório na atualidade, apresentado as seguintes características:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes; c) 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; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (predominantemente); f) plena publicidade de todo procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa) h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada

j) Possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição (LOPES JUNIOR, 2008, p. 58)

Portanto, em última análise, esse sistema processual visa efetivar os direitos e garantias da pessoa humana. Outro não é o entendimento de Paulo Rangel (2010, p. 230) para quem “o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado”

2.3 Sistema misto

Ainda existe o sistema misto, que se originou no ápice das ideias iluministas na Revolução Francesa, em 1789, que contém caráter relativamente híbrido pela junção do sistema acusatório com o inquisitivo, como demonstra Aury Lopes Junior (2008).

Aury Lopes Junior (2008) traz uma crítica veemente a esse sistema, caracterizando-o como uma tentativa de fraude, posto que a prova é produzida no inquérito policial e utilizada na fase processual, sendo fundamento para que o juiz realize a prestação jurisdicional e torne válida a sentença com a respectiva fundamentação.

Desse modo, o sistema misto seria uma solução intermediária entre os sistemas inquisitivo e acusatório, caracterizando-se pela existência de duas fases na persecução penal – a policial e a processual.

2.4 Sistema processual vigente no Brasil

O legislador brasileiro não deixou expresso qual sistema processual é o adotado no Brasil, ou seja, quais regras e princípios que orientam o direito processual penal.

Em que pese o Código de Processo Penal datar de 1941, não existir ainda a previsão expressa do sistema acusatório na Carta Magna vigente no Brasil, grande parte da doutrina, como Fernando Tourinho Filho, Geraldo Prado e Aury Lopes Junior defende que ele está previsto de forma indireta em razão dos princípios fundamentais, como por exemplo a norma fundamental relativa ao devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, imparcialidade do juiz.

Segundo Fernando Tourinho Filho:

No Direito pátrio, o sistema adotado é o acusatório. A acusação, nos crimes de ação pública está a cargo do Ministério Público. Excepcionalmente, nos delitos de ação privada, comete-se à própria vítima o *jus persecuendi in judicio*. Pode também a vítima, nos crimes de ação pública, exercer a acusação, se, porventura, o órgão do Ministério Público não intentar a ação penal no prazo previsto em lei. (FILHO, 2006, p. 94).

Assim, parece que Constituição da República de 1988 trouxe em seu bojo vários direitos e garantias, delineando, ainda que implicitamente, um sistema acusatório penal, em virtude dos princípios por ela adotados, bem como por conferir a titularidade da ação penal com exclusividade, em regra, ao Ministério Público e excepcionalmente ao querelado.

Nesse sentido, diferentemente do sistema inquisitivo, há que se observar sempre o contraditório prévio, dinâmico e regular, bem como a ampla defesa, sob pena de violação ao devido processo legal e a consequente declaração absoluta de nulidade.

Ademais, a titularidade da ação penal é do órgão ministerial, o que implica em separação da função de julgar e acusar em órgãos distintos, característica marcante do sistema acusatório, vez que se efetiva o contraditório.

Note-se que, quando o constituinte originário atribuiu a função privativa do Ministério Público de oferecer a ação penal pública incondicionada ou condicionada a representação, conforme previsto no artigo 129, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, está subjacente a opção pelo modelo acusatório, em que ao Órgão Ministerial caberá a função de acusar e fiscalizar, sendo deste o ônus probatório (PACELLI, 2018).

Em síntese, como ensina Pacelli (2018), no sistema acusatório, o juiz tem apenas a função de dizer e aplicar o Direito Positivo, exercendo de um certo modo o direito subjetivo de punir do Estado em face da ocorrência de uma infração penal.

Para Fernando Capez:

A Constituição Federal de 1988 vedou ao juiz a prática de atos típicos de parte, procurando preservar a sua imparcialidade e necessária equidistância, prevendo distintamente as figuras do investigador, acusador e julgador. O princípio do *ne procedat iudex ex officio* (inércia jurisdicional) preserva o juiz e, ao mesmo tempo, constitui garantia fundamental do acusado, em perfeita sintonia com o processo acusatório. [...] 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). É o sistema vigente entre nós. (CAPEZ, 2011, p. 74 e 82)

Não obstante, o Código de Processo Penal vigente data de 1941, sendo marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis*, traz aparente contrassenso.

Em razão disso, a doutrina processual penal não é unânime sobre qual sistema processual penal reina no Brasil, chegando Paulo Rangel (2010) a afirmar que o Brasil não possui um sistema acusatório puro, haja vista, que certos momentos trazem certos traços inquisitoriais.

Guilherme Souza Nucci considera um sistema misto, já que

Os princípios norteadores do sistema, advindos da Constituição Federal, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência etc.). Porém, é patente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pelo Código de Processo Penal e leis especiais, utilizado no dia-a-dia forense, instruindo feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo. Não há qualquer pureza na mescla dessas regras, emergindo daí o sistema misto (NUCCI, 2009, p. 25).

Entretanto, não pode se esquecer que a norma geral que direciona todo o ordenamento jurídico interno é a Constituição, pelo que em momento algum, e, em nenhum dos seus artigos, não atribuiu ao juiz a função de investigar, tão pouco a acusatória, ao magistrado, ao contrário, lhe confere garantias que lhe possibilitam exercer sua função de julgar com imparcialidade, reforçando a ideia de que o sistema adotado pela Constituição é o acusatório. E como a constituição tem força normativa, deve todo o ordenamento jurídico brasileiro se adequar aos seus princípios e regras, o que se denomina de constitucionalização do Processo.

Portanto, o sistema acusatório tem como pressuposto a gestão probatória incumbida exclusivamente às partes, devendo predominar a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo, sendo essa premissa construída pela interpretação dos princípios da Carta Magna de 1988.

3 A PRODUÇÃO DE PROVAS NO PROCESSO PENAL

Embora seja viável a transação penal em alguns casos, a forma de o Estado dirimir os conflitos intersubjetivos é pelo processo judicial. Este é o meio ou instrumento pelo qual o Judiciário, no uso de seu legítimo direito de punir, realiza a persecução penal, a qual possui duas fases, a saber: o inquérito policial e o processo penal.

Com efeito, no processo penal, após a resposta à acusação, caso o juiz entenda pelo prosseguimento do feito, inicia-se a fase instrutória, com a denominada audiência de instrução, nos termos do artigo 400, do CPP

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como os esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (BRASIL, 1941).

Nessa fase da persecução penal, colhem-se as provas para a persuasão racional do julgador, o qual deve proferir, ao final da fase de conhecimento, decisão judicial fundamentada, sob pena de nulidade.

Portanto, é na fase instrutória que as partes (acusado e MP ou querelante) vão formar o conjunto probatório que servirão para o convencimento judicial, quer para sentença penal condenatória ou absolutória.

Nesse contexto, haverá audiência de instrução cuja finalidade é a produção das provas que irão apontar para o julgamento do processo. Impede fazer algumas considerações no tocante às definições de prova e a produção probatória de ofício, dada a extrema relevância desses conceitos para o tema em questão.

3.1 A prova no processo penal

A prova, no processo penal, é indubitavelmente o critério básico para que o juiz possa, após conhecer e apreciar os fatos que possuem relevância penal e que são levados ao seu conhecimento, proferir decisão tendo em vista seu livre convencimento motivado.

Amparado no princípio da verdade real, busca-se a reconstrução das circunstâncias que envolvem um caso concreto, na tentativa de reconstruir de forma retrospectiva a dinâmica dos fatos considerados delitivos (CAPEZ, 2011).

No que tange ao instituto da prova na perspectiva do CPP, o respectivo produtor poderá ser a parte ou terceiro na qualidade de testemunha ou juiz, sendo sua finalidade a comprovação da veracidade de uma alegação, conforme bem explica Capez:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação (CAPEZ, 2011, p. 344).

Na mesma toada, Lopes Junior (2018), explica que a prova é o meio pelo qual será realizada uma reconstrução aproximativa dos fatos relevantes a serem discutidos na instrução processual.

A par disso, a prova tem caráter instrumental, por ser utilizada como forma de convencer o juiz a partir das comprovações de fatos que se alegam em defesa ou em acusação.

Não obstante, sobre a finalidade da prova, Lopes Junior (2018) explica que a prova no sistema acusatório e no sistema inquisitivo, tem propósitos distintos. Enquanto no primeiro, a produção probatória tem o fim de formar a convicção judicial pelo contraditório; no sistema inquisitorial, a finalidade da prova está associada a própria atuação do juiz que busca convencer a si próprio da veracidade dos fatos que busca comprovar de ofício.

Logo, pode-se afirmar que a finalidade das provas deve ser, no processo penal acusatório, que é o vigente no Brasil, a formação da convicção judicial a respeito da verdade dos fatos. Nada obstante, diante da figura do juiz inquisidor, pode-se verificar a atuação de ofício do juiz.

Nesse contexto, tendo em vista o sistema acusatório, em que o juiz atua com imparcialidade no julgamento da causa, importante observar que o ônus da prova

no processo penal brasileiro recai sobre a parte que fizer a alegação, de acordo com o artigo 156 do Código de processo penal:

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 (BRASIL, 1941).

Observa-se que Aury Lopes Junior (2010) defende que o ônus no processo penal não cabe desmembramento, uma vez que o acusado tem a seu favor o princípio da inocência, e que cabe à acusação toda prova, de modo que se não o fizer deverá o magistrado, na dúvida, decidir de acordo com o princípio do *in dubio pro reo*.

A maioria da doutrina entende que o ônus da prova incumbe ao autor, conforme demonstra Fernando da Costa Tourinho e outros (2011), para quem o ônus da prova deve ser compreendido como uma responsabilidade legal em razão do próprio interesse daquele que tem esse encargo.

Portanto, de acordo com as provas apresentadas nos autos pelas partes é que o juiz profere sua sentença, pronunciando o seu livre convencimento motivado, fundamentando suas decisões com base no que for apresentado, adequando-se, assim, ao sistema acusatório.

3.2 O mito da verdade real

Eugênio Pacelli Oliveira (2015), afirma que “durante muito tempo, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade”.

Aury Lopes Jr (2018) entende que a verdade real não é possível pois não é viável a reconstrução fidedigna da realidade em toda a complexidade e detalhes concernente à infração penal praticada, não sendo possível voltar ao tempo para realizar o relato do respectivo fato.

Nesse sentido, cabe salientar que parece ser a verdade real um mito no processo penal, já que o mais adequado a ser concebido é a verdade processual, dado que não se pode descortinar a verdade real, mas apenas a verdade levada aos autos por meio da produção probatória legal.

Pode-se afirmar que a verdade buscada nos autos é a verdade processual, tendo por fim finalidade formar o convencimento judicial com vistas à pacificação do conflito e da sociedade.

3.3 Princípios relativos à prova processual penal

Considerando os princípios constitucionais que embasam o sistema acusatório dedutível da própria Constituição da República Federativa de 1988, cumpre fazer menção a alguns princípios relativos à prova processual penal -devido processo legal, contraditório, ampla defesa e publicidade.

Tais postulados são importantes no sentido de dar carga valorativa e fundamento às normas jurídicas, assim como suprir lacunas cumprindo papel relevante na interpretação e integração do Direito.

Nesse teor, ensina José Antônio Paganella Boschi:

Por exercerem funções diretivas os princípios iluminam o operador do direito, quando da leitura dos textos, na aferição dos sentidos, em seu trabalho de apuração da efetividade do sistema, no interior do processo de interpretação sistemático das normas processuais nos vários escalões, sobrepujando-as em importância hierárquica e força cogente, numa hermenêutica autoconsciente de suas funções. (BOSCHI, 2013, p. 28).

No tocante ao devido processo legal, desde sua origem medieval até o momento presente, tem por finalidade frear o Estado em relação a sua atuação coercitiva além dos limites legais.

É expresso na norma prevista no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “ninguém será privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

Tal princípio tem natureza ampla, já que visa tutelar diretamente a dignidade humana, daí porque é sempre violado ante a transgressão de outras garantias que lhes são consectárias.

O primeiro consectário lógico do devido processo legal a ser apontado é o contraditório. Este princípio tem a finalidade de salvaguardar o indivíduo quando lhe é imputado um fato criminoso em relação ao qual não está obrigado a aceitar a

respectiva imputação, ou seja, não é obrigação do acusado promover a autoincriminação.

No processo penal democrático e constitucional, o princípio do contraditório deve sempre ser respeitado, sendo mitigado durante o inquérito policial em face da inquisitorialidade e sigilosidade deste.

A propósito, é relevante citar artigo Art. 5º, inciso LV da CF/88 que lhe dá fundamento:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos (BRASIL, 1988).

O contraditório, portanto, “(...)é um princípio típico do processo acusatório, inexistindo no inquisitivo” (CAPEZ, 2008, p. 122). Isso pois não será possível uma sentença judicial fundamentada sem que se considere as manifestações e pretensões resistidas das partes em ambiente dialético.

No que diz respeito à ampla defesa, salienta-se que se desdobra em autodefesa e defesa técnica, podendo ser realizada por meio da garantia do contraditório, já que, somente se presente este último, será possível a ciência, participação e reação das partes. Pressupõe também o direito ao silêncio, à informação e a paridade de armas.

Por fim, o princípio da publicidade está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 93, inciso IX e prevê que: Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

Tal princípio é inerente ao modelo democrático de Estado, sendo avesso ao Estado de exceção, guardando, contudo, exceção quando se tratar de assuntos que

envolvem perigo ao interesse da intimidade, ao interesse público ou à segurança nacional.

Assim sendo, é necessário compreender que o devido processo legal é direito e garantia que tem natureza de cláusula ampla, da qual decorrem os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade.

Logo, todos esses princípios corroboram e sustentam o sistema acusatório, dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito e do respeito à Constituição. Portanto, nessa perspectiva, a constitucionalidade do artigo 156, I do atual CPP, é excogitável.

4 PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Explicitado o contrassenso entre as normas previstas no artigo 156, I do atual CPP com as normas constitucionais inerentes ao sistema acusatório, passa-se a analisar a gestão das provas e os limites à produção probatória de ofício no processo penal brasileiro.

No tema em discussão, há uma aparente contradição entre o que prevê a Constituição brasileira de 1988 e a disposição presente no artigo 156, I do CPP brasileiro.

A produção probatória de ofício é a possibilidade de que o próprio magistrado, dentro das hipóteses legais, produza provas, mesmo antes do oferecimento da ação penal, para posterior processo em que o mesmo juiz irá decidir.

Prevê o artigo 156, I do atual CPP brasileiro que:

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 (BRASIL, 2009).

É interessante notar que essa possibilidade jurídica é tema de elevada relevância no cenário social, tendo sido incluída pela lei nº 11.690, de 2009. Contudo, sofreu pouca alteração, em sua essência, no que tange ao decreto-lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941, CPP, a saber: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o

juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (BRASIL, 1941).

Por isso, convém explicar a origem histórica do dispositivo mencionado, explicitando a razão pela qual passou a existir no bojo do ordenamento jurídico pátrio.

Renato Brasileiro justifica que,

No processo inquisitório, o juiz inquisidor é dotado de ampla iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, seja no curso das investigações, seja no curso do processo penal, independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado. A gestão das provas estava concentrada assim nas mãos do juiz, que, a partir da prova do fato e tomando como parâmetro a lei, podia chegar à conclusão que desejasse (LIMA; 2018, p. 12).

Nesse sentido, em tempos pretéritos, verificava-se a figura do juiz inquisidor em total descompasso com a presente sistemática dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da atual Carta Magna.

Assim, convém mencionar tal cenário de suposta quebra da imparcialidade em seu nascedouro, a fim de compreender quais as intenções do legislador que criou o dispositivo que faculta ao juiz a produção probatória de ofício.

Destaca-se que o artigo 156, I do atual Código de Processo Penal fora promulgado em um contexto de ditadura, podendo-se assim apontar a influência que o Código de Processo Penal italiano fascista causou na elaboração do CPP em 1941 (LOPES JR, 2014).

Embora, como sabido, os princípios fundamentais protegem o indivíduo contra as arbitrariedades estatais, tendo, pois, uma eficácia vertical e também horizontal, diante de um clima político autoritário é inviável pensar na proteção e respeito aos direitos fundamentais.

Dessa ótica, é importante visualizar que não era intenção do legislador de 1941 a criação de um CPP justo, democrático e isonômico. Hoje concebe-se a presunção de inocência do acusado, em 1941 o CPP presumia-se a culpabilidade do réu.

Em relação ao período em que foi criado o atual CPP, Pacceli esclarece que, “voltando ao passado, o princípio fundamental que norteava o Código de Processo Penal, de então, era o da presunção de culpabilidade” (PACCELI, 2017 p. 18).

Corroborando a afirmação acima, Lenza (2018) assinalou algumas características desse cenário antidemocrático em que se promulgou o atual CPP:

O Senado Federal deixou de existir durante o Estado Novo. Os direitos fundamentais foram seriamente enfraquecidos na Carta Magna outorgada de 1937. Não houve previsão constitucional do instituto do Mandado de Segurança, por exemplo. Foi instituída a pena de morte através do art. 122, n. 13, da Constituição Federal, cujo rol incluía, além de vários crimes políticos, na alínea “f”, “o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade” (LENZA, 2018, p. 46).

Nota-se a título de exemplo, se fora instituída a pena de morte, adotando o então legislador constituinte a opção pela ditadura, não é de se estranhar a instituição do artigo 156, I do CPP à época. A mesma tônica antidemocrática estava presente em relação à gestão das provas no processo penal.

Portanto, para um adequado entendimento do tema, é imprescindível que se parta da premissa segundo a qual o artigo 156, I do atual CPP não foi baseado no ideal de um Estado Democrático de Direito, já que o clima político e a mentalidade do legislador de 1941 não se coadunava com a ideia de proteção do indivíduo em face do autoritarismo estatal.

O processo é orientado pelo princípio da verdade processual, que corresponde à verdade dos fatos que são as comprovações levadas aos autos de maneira lícita com base nas quais o juiz deverá proferir seu pronunciamento jurisdicional, dado o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou acesso à justiça.

Com efeito, a gestão das provas no processo penal é incumbência das partes, como se vê no artigo 156, caput. Ademais, conforme disposto no artigo 155 do CPP, devem as provas serem produzidas sob o crivo do contraditório judicial, como regra geral, sobretudo tratando-se da fase processual da persecução penal.

Assim, no modelo processual penal brasileiro, baseado no sistema processual penal acusatório, convencionou-se que cabe às partes o ônus da prova, não obstante o

Código de processo penal, em seu artigo 156, I, trazer a exceção à regra, ao permitir que o magistrado possa realizar diligência ou provas que julgar necessárias.

Percebe-se que os artigos 155 e o artigo 156, I, ambos do CPP, trazem uma exceção quanto ao preceito geral atinente à produção probatória, sendo, portanto, legalmente possível a produção probatória de ofício mesmo que ainda na fase policial – de ofício leia-se realizada pelo próprio juiz.

Trata-se da ressalva legal no tocante à produção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, sendo, portanto, facultado ao juiz de ofício ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, tal fato configura-se “retrocesso, quase inacreditável, e também inaceitável” (OLIVEIRA, 2014, p. 337). E ainda afirma que, “o juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação”. (OLIVEIRA, 2014, p. 337).

Capez (2011), ensinando acerca da distinção entre tais espécies de provas, explica que, enquanto nas provas cautelares há um risco de perecimento do respectivo objeto com o passar do tempo; nas provas não repetíveis, a repetição da prova não reproduz a verdade dos fatos, já que não podem ser produzidas duas vezes.

No primeiro caso, cita-se a interceptação telefônica que depende de autorização judicial; no segundo, é exemplo o exame de corpo de delito, que aliás não depende de autorização judicial. Em ambas as espécies, o contraditório não é prévio, sendo postergado para depois da produção probatória.

Cabe ainda explicar as provas antecipadas que são, para Capez (2011), aquelas produzidas em momento processual diferente do previsto na norma processual penal. Elas são produzidas antes na sequência dos atos processuais a fim de garantir que seja colhida de forma efetiva e assegure o resultado útil do processo penal.

Por exemplo, a oitiva de uma testemunha enferma e hospitalizada em estágio terminal, embora dependa de autorização judicial, é uma prova antecipada, já que,

se não colhida anteriormente, corre-se o risco de não ser possível sua produção no momento previsto no CPP.

Assim, mesmo que não haja ainda um juízo de convicção na fase do inquérito policial, o artigo 155 do CPP autoriza excepcionalmente o juiz a fundamentar sua sentença em provas antecipadas, ou seja, sem o contraditório prévio.

Na ótica de Lopes Junior (2018), a iniciativa de o próprio juiz ir em busca da prova antecipada pode caracterizar a figura do “juiz inquisidor” peculiar ao sistema inquisitorial, máxime porque a fase de investigação não é propícia para formação da convicção judicial, na medida em que há inquisitorialidade e sigilosidade relativamente aos autos.

Nas palavras desse doutrinador: “o juiz vai de ofício atrás da prova, decidindo primeiro e buscando a seguir as provas que justificam a decisão já tomada, com inegável sacrifício da imparcialidade” (LOPES JUNIOR, 2018, p. 265).

Nada obstante, cabe afirmar que tal postura judicial conflita com os princípios constitucionais relativos à produção de provas que são afetos ao sistema acusatório, de que são exemplos os princípios do devido processo legal e todos seus consectários lógicos.

Vale ainda acrescentar a inovação trazida pela Lei 13.964/19, sobre a figura do juiz das garantias, sendo este o sujeito processual que deve primar pelos direitos e garantias individuais, sendo responsável pela supervisão de uma investigação criminal, e assim não podendo decidir no caso judicial respectivo se praticar atos que violem a estrutura acusatória do processo.

Nesse sentido prevê o artigo 3ºB e D da Lei 13.964/19 que:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário(...). Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo (BRASIL, 2019).

Importante salientar, nesse aspecto, o artigo 3º da lei 13.964/19, cujo fim foi aperfeiçoar a legislação processual penal, trazendo previsão expressa da estrutura acusatória e da vedação à produção de provas pelo juiz também durante o inquérito policial.

Nesse teor, prevê o artigo 3º-A da recente lei 13.964/19 que o “processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2019).

4.1 O ônus da prova constitucionalmente analisado

O ônus da prova é a responsabilidade de produzir provas para convencer o juiz a fim de que este profira decisão, tendo em vista a pacificação social. Nesse diapasão, as partes têm um papel distinto da função do juiz e as atribuições deste não se confundem com a atuação das partes.

Não se tem dúvida que a produção probatória de ofício é uma atuação típica do sistema inquisitivo, no qual o juiz se comporta como gestor das provas perseguindo-as, por sua própria iniciativa, para depois se auto convencer da verdade dos fatos (LOPES JUNIOR, 2019).

Sobre o assunto, ensina Aury Lopes (2019) que, em um processo de estrutura acusatória, há divisão no tocante as funções do juiz e das partes, sendo destas a gestão das provas, e daquele apenas a missão de proferir o pronunciamento jurisdicional.

Nesse sentido, as partes devem assumir um papel de protagonistas em relação ao encargo da produção de provas, destacando-se na atuação e iniciativa probatórias, sendo o juiz mero espectador, presidindo o processo para que haja a estrita observância das formalidades legais.

Com efeito, as partes têm a incumbência da gestão das provas porque elas são interessadas ora na absolvição ora na condenação, jamais sua posição é neutra ou imparcial.

Quanto ao ônus da prova, Nucci entende que:

Deve-se compreender o ônus da prova como a responsabilidade da parte, que possui o interesse em vencer a demanda, na demonstração da verdade dos fatos alegados, de forma que, não o fazendo, sofre a ‘sanção processual’, consistente em não atingir a sentença favorável ao seu desiderato” (NUCCI, 2011, p. 26).

Relativamente à função de acusar, afirma-se que diz respeito ao órgão do Ministério público (MP) cuja missão constitucional, entre outras atribuições, é a de privativamente promover a ação penal pública, consoante art. 129, I da CF/88: art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (BRASIL, 1988).

Tal lei é a de número 8.625/93, Lei Orgânica do Ministério Público, que traduz a missão ministerial. A par de manter sua atitude de parcialidade na instrução processual, ora como *custus legis* ora como acusador, o MP é órgão institucional e permanente, incumbido de defender a ordem jurídica, os interesses democráticos e os direitos individuais e sociais indisponíveis, sendo essencial à função jurisdicional, conforme preceitua o art. 127 da CF/88.

Nesse mister, o MP terá a obrigação de comprovar a culpabilidade do acusado, pois há presunção de não culpabilidade deste, de modo que sempre deverá ser absolvido quando não for formada sua culpa restando dúvidas acerca de fatos penalmente relevantes atribuídos ao acusado.

Nesse diapasão, o órgão do MP deverá atuar com proatividade assumindo tarefas importantes das quais não pode desistir, possuindo, portanto, a missão de produzir todo o conjunto probatório capaz de apontar para certeza da culpabilidade do acusado, tendo em vista o convencimento judicial para uma decisão condenatória, se couber.

Sobre esse assunto, explica Renato Brasileiro (2018) que, diante da falta de um juízo de certeza sobre os fatos *sub judice* não restará outra alternativa senão uma sentença absolutória, tendo em vista uma ponderação em que prepondera a preservação do estado de inocência ao erro de condenar um inocente.

Assim, tendo em vista uma estrutura acusatória de processo, de índole dialética, é mister a atuação do MP como parte exercendo seu papel de maneira protagonista e atuante para fazer frente a outra atuação não menos relevante, que é a do acusado.

O réu, em contrapartida, é o outro lado da lide, figurando no polo passivo da demanda, e tendo também uma postura parcial. Observa-se que, pela própria natureza da ação penal que contra o acusado é movida, sua parcialidade decorre da sua atuação em ampla defesa.

De modo diverso do ônus do MP, o acusado não tem que provar que é culpado. Ao revés, como milita em favor do cidadão a presunção de inocência, nos termos do art. 5º, LVII, da CF/88, que é cláusula pétrea conforme art. 60, IV, igualmente da CF/88, destarte, a responsabilidade do réu de produzir provas é de outra natureza.

Em contrapartida, após comprovado que o acusado praticou fato típico, com indícios de antijuridicidade, caberá a ele o encargo de provar que agiu sob o amparo das causas excludentes de ilicitude. Com efeito, o réu atuará de maneira protagonista para comprovar que agiu em legítima defesa, em estado de necessidade, no estrito cumprimento do dever legal ou em exercício regular de direito, conforme art. 23 do CP.

Assim, nota-se a estrutura acusatória do processo penal, distinguindo as funções da acusação e da defesa, tendo o MP e o acusado a gestão das provas e ônus de provar a depender das alegações que são feitas, de modo que a prova destas incumbirá a que as fizer, consoante art. 156, caput do CPP.

4.2 Análise da constitucionalidade do art.156 do Código Processual

Feitas algumas observações atinentes ao papel das partes na instrução do processo, é oportuno e pertinente a seguinte indagação – como se deve interpretar o artigo 156, I do atual CPP?

Preliminarmente, sobre o tema, o artigo 3ºA da lei 13.964/19, determina que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2019).

Anteriormente a edição dessa lei, pela própria interpretação teleológica das normas constitucionais do artigo 5º da CF/88, era possível inferir que o artigo 156, I do atual

CPP era flagrantemente inconstitucional e dissonante não somente histórica mas também axiologicamente em relação a constituição cidadã de 1988.

Assim, compreender e interpretar o artigo 156, I do atual CPP brasileiro é tão importante quanto descortinar o sentido e alcance dos direitos fundamentais que constituem limites para atuação do Estado em seu direito de punir.

Nessa toada, a função do juiz sob a ótica do Estado Democrático de Direito é a de um sujeito processual que deve pautar suas atribuições com base nos princípios da imparcialidade, independência e verdade processual.

Ora, salvo as hipóteses legais de autocomposição, não se pacifica os conflitos sociais a não ser pelo processo. Neste haverá a atuação estatal, a qual, no Direito Penal, revela-se frequentemente como aplicadora de sanções penais.

Já que o processo é instrumento indispensável para propiciar a pacificação social, tendo em vista a convivência harmoniosa entre os indivíduos, o Estado deve exercer seu direito subjetivo de punir, posicionando-se, portanto, como um terceiro imparcial, racional, equilibrado e garantidor dos direitos fundamentais.

Sobre esse tópico, Aury Lopes (2019), comentando o artigo 3ºA da recente lei 13.964/19, enfatiza o papel relevante da figura do juiz de garantias. E essa função é exatamente a de garantir o direito fundamental ao julgamento imparcial quando, tanto na fase do inquérito policial quanto na fase processual, um mesmo juiz tenha atuado, apesar das vedações legais.

Assim, não deve um mesmo juiz atuar em toda a persecução penal quando tiver incorrido nas causas de impedimento e nulidade previstas no art. 3ºD da recente lei 13.964/19, a saber: art.3º - D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo.

Sabe-se que esses referidos arts. 4º e 5º do atual CPP dizem respeito a atuação administrativa da autoridade policial, a qual exerce a polícia judiciária, tendo em vista a apuração do lastro probatório mínimo de autoria e materialidade a subsidiar

a propositura da ação penal de que é titular o Ministério público nos termos do art. 41 e 42 do CPP.

Além de o artigo 4º do CPP estabelecer que “a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”, o artigo art. 5º do mesmo diploma processual estatui as formas de início do inquérito policial.

Tratando-se da fase investigativa da persecução penal, nota-se que os autos produzidos pela autoridade policial servirão para apreciação do Ministério público que poderá promover seu arquivamento, requisitar novas diligências ou ofertar a Denúncia.

Desse modo, fica evidente que não cabe ao juiz a produção probatória *ex officio*, já que o ônus de angariar o lastro de provas para formar a culpabilidade do acusado é somente do Ministério Público e não do julgador.

Ademais, a própria lei 13.964/19, em seu artigo 3ºA vedou expressamente o juiz de exercer controle sobre a deliberação do Ministério público acerca do eventual arquivamento do inquérito policial se o promotor de justiça ou procurador da república entenderem não haver justa causa para ação penal, resolvendo a antiga controvérsia sobre a constitucionalidade do já revogado artigo 28 do CPP.

Assim sendo, não caberá mais ao julgador apreciar as razões para a promoção do arquivamento pelo órgão ministerial, na perspectiva de julgar improcedente ou procedente os pedidos respectivos. Isso é papel exclusivo do membro do *parquet*, devendo o juiz tão somente homologar – que é uma decisão, consoante o agora vigente art. 28 do CPP.

Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei (BRASIL, 2019).

Esse dispositivo evidencia mais uma vez o papel preponderante das partes na produção das provas, sendo o juiz mero sujeito espectador a quem caberá a decisão no processo.

Nesse sentido, a segunda parte do artigo 156 do CPP que faculta ao juiz a produção de provas de ofício deve ser encarada como uma proibição, ao teor do art. 3º-A da recente lei 13.964/19: “Art. 3º- A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Sobre esse entendimento, Aury Lopes (2019) assevera que é vedada a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, bem como o são quaisquer atos judiciais que tenham a finalidade de produzir provas *ex officio*.

Além disso, é notório que a presunção de inocência milita em favor do acusado, este não tem o ônus de provar seu estado de inocência, cabendo somente ao órgão acusador o encargo de comprovar a culpabilidade do acusado. Mas, se o juiz tiver a iniciativa de produzir provas no lugar do MP, diz-se que a produção probatória de ofício será uma substituição à atuação do Parquet. Então, não haverá acusação, e voltar-se-á retrogradamente ao sistema processual inquisitorial.

No dizer de Aury Lopes (2019), a produção probatória de ofício traduz-se em um tratamento ao MP como sujeito processual dotado de incapacidade, sendo, desse modo, sua atuação considerada pelo juiz prescindível e inimputável, ao arrepio do que prevê o art. 129 da CF/88.

Por oportuno, vale lembrar que, no horizonte de uma radical separação entre as funções de julgar, defender e acusar, ínsita ao sistema acusatório dedutível da CF/88, o juiz deverá apenas decidir, mantendo uma atitude de espectador, devendo ser provocado, e não agindo de ofício em relação a produção de provas.

Logo, a previsão do artigo 156, I do CPP que faculta ao juiz a produção de provas de ofício, embora não expressamente revogada, pode ser considerada letra morta ou, como diz Aury Lopes (2019), está tacitamente revogada mesmo em relação às provas cautelares:

A rigor, não cabe mais esse agir de ofício, na busca de provas/evidências, por parte do juiz na fase de investigação. Obviamente que não basta mudar a lei, é preciso mudar a cultura, e esse sempre será o maior desafio. Não tardarão em aparecer vozes no sentido de que o artigo 156, I, do CPP, permaneceu, cabendo o agir de ofício do juiz quando a prova for urgente e relevante. Tal postura constitui uma burla à mudança, mantendo hígida a estrutura inquisitória antiga. Afinal, basta com questionar: o que é uma prova urgente e relevante? Aquela que o juiz quiser que seja. E a necessidade, adequação e proporcionalidade, quem afere? O mesmo juiz que determina sua produção. Essa é a circularidade inquisitória clássica, que se quer abandonar. (LOPES JUNIOR, 2019)

Com efeito, não é função do Judiciário agir de modo inquisidor, pois ao próprio juiz não compete formar seu próprio convencimento isoladamente, mas sua persuasão racional deverá ser resultado da correlação lógica e jurídica das alegações e provas deduzidas pelas partes em intenso e dinâmico contraditório, sempre figurando como garantidor de direitos fundamentais.

Assim, mesmo diante de provas antecipadas e cautelares, caberá às partes a comprovação dos fatos a fim de produzirem o lastro probatório mínimo a ensejar ou apontar para a convicção judicial sobre a necessidade de uma determinada medida que acarrete, por exemplo, a postergação do contraditório.

Assim, às partes compete a busca pelo convencimento judicial, por meio da gestão das provas sob o amparo legal relativo ao sistema acusatório em detrimento do sistema inquisitorial, já que o sistema acusatório não apenas se deduz da própria Carta Magna de 1988, como também está consagrado no artigo 3ºA da lei 13.964/19 que veio aperfeiçoar o CPP no tocante ao ônus da produção probatória.

Assentado o fundamento do devido processo legal como base para a estrutura acusatória do processo, cabendo às partes formar a convicção judicial durante a instrução processual, analisam-se julgados das Cortes judiciais brasileiras, buscando-se enfatizar o sistema acusatório contrariamente à produção de provas pelo juiz.

Na ação cautelar número 4.058/ RJ, tratando-se de pedido ministerial de produção probatória antecipada, proposta perante o Supremo Tribunal Federal, de relatoria do então ministro Teori Zavascki, que pronunciou nos seguintes termos:

É fato público e notório que, a essa altura, as testemunhas dos crimes que tiveram início no período da ditadura estão em idade avançada. Além da morte, há também forte probabilidade de que venham a sofrer doenças que, com o passar do tempo, comprometam mais e mais a sua memória e o seu discernimento. Em outros casos similares ao presente, testemunhas importantes faleceram, como Inês Etienne Romeu e Jacob Gorender, com o claro prejuízo à persecução penal (BRASIL, 2016).

Esse argumento reproduzido pelo referido ministro para deferir o pedido de produção antecipada de provas foi dedilhado pelo Ministério Público com vista ao convencimento judicial.

Com efeito, o *parquet* fundamentou sua pretensão no artigo 225 do CPP, que prevê que:

Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento (BRASIL, 1941).

Por óbvio, observa-se a estrutura acusatória do processo penal relativamente a este julgado, pois, malgrado se tenha a previsão legal da produção probatória de ofício e/ou o contraditório diferido, postergando-o em razão da urgência da produção da aludida prova testemunhal, foi o órgão do Ministério Público que fez o pedido da realização da prova antecipada.

Nesse aspecto vale mencionar o entendimento de Guilherme Nucci, fundamento doutrinário indicado pelo próprio órgão ministerial nessa ação perante o STF:

De outra parte, pode estar a testemunha acometida de um mal incurável (câncer, por exemplo) ou possuir idade muito avançada, levando a crer que não sobreviverá por longo período, aguardando o momento adequado para ser ouvida. Antecipa-se, assim, a sua inquirição, intimando-se as partes e realizando-se a audiência a qualquer tempo, sem que se possa, com isso, alegar qualquer sublevação à ordem de instrução estabelecida em lei, pois se trata de exceção. Além disso, a Lei 11.690/2008 consagrou a possibilidade de se realizar a produção antecipada de provas até mesmo antes de iniciada a ação penal (art. 156, I, CPP). De fato, o inciso I do art. 156 do CPP faculta ao juiz, inclusive de ofício, “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes,

observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. (NUCCI, 2016, p. 298)

Como argumento deduzido para fundamentar seu voto, o relator desse julgado explicou que, pelo fato de os réus não estarem privados de liberdade, a referida prova antecipada era necessária para busca da verdade real, sem qualquer prejuízo para a defesa, já que está assegurado o contraditório diferido.

Já no HC 109728/SP, julgado em 15/05/2012, tendo como relator o ministro Ricardo Lewandowski, o STF posicionou-se da seguinte forma sobre o tópico em discussão:

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ART. 366 DO CPP. NECESSIDADE. RÉU FORAGIDO. PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. I Toda produção antecipada de provas realizada nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal está adstrita a sua necessidade concreta, devidamente fundamentada. II Paciente que se encontrava foragido do distrito da culpa, ensejando a antecipação da oitiva das testemunhas até então arroladas nos autos. Precedentes. III – Cabe ao juiz da causa decidir sobre a necessidade da produção antecipada da prova testemunhal, podendo utilizar-se dessa faculdade quando a situação dos autos assim recomendar, como no caso em apreço, especialmente por tratar-se de ato que decorre do poder geral de cautela do magistrado (art. 366 do CPP). IV No caso sob exame, as provas antecipadamente produzidas nos autos da ação penal não causaram prejuízo à defesa do paciente, tendo em vista que o magistrado de primeiro grau nomeou defensor dativo para acompanhar a colheita cautelar da prova testemunhal, que poderá ser renovada no plenário do júri. V – Habeas corpus denegado (BRASIL, 2012).

Na ação cautelar número 4.058/ RJ, verificou-se que nesse HC 109728/SP, a antecipação da produção da oitiva da testemunha foi decidida pelo STF com base no artigo 366 do CPP, *in verbis*:

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312 (BRASIL, 1941).

Sobre esse assunto, Aury Lopes (2019) explica que haverá substituição da função do MP quando o juiz realiza produção probatória sem provocação da parte acusadora, mesmo que se trate de provas urgentes.

É prudente aguardar os desdobramentos vindouros que advirão em razão da vigência da lei 13.964/2019, a fim de concluir sobre qual será o posicionamento jurisprudencial dominante.

5 CONCLUSÃO

Este trabalho apresentou um estudo sobre a gestão de provas no Processo Penal Brasileiro, fazendo uma análise sobre o art.156 do CPP que confere ao juiz o poder de produzir a prova de ofício, inclusive durante o inquérito policial, diante do sistema processual adotado no Brasil.

Foi possível verificar, que embora não esteja expresso qual sistema processual encontra-se vigente no Brasil, ao analisar as disposições constitucionais, em especial as relativas aos princípios fundamentais, conclui-se que o sistema acusatório é o escolhido pelo legislador constituinte.

Como a constituição tem força normativa, deve todo o ordenamento jurídico brasileiro se adequar aos seus princípios e regras, o que se denomina de constitucionalização do Processo.

Assim, em um sistema acusatório deve haver nítida separação entre o órgão acusador e o julgador, bem como a defesa.

Na perspectiva constitucional, a gestão e o ônus das provas relativamente à atividade instrutória devem ser levados a cabo pelas partes, sobretudo em se tratando de provas antecipadas, e não ao juiz.

Porquanto o Estado-juiz deve ser imparcial, inferindo-se tal postulado a partir da consideração dos direitos fundamentais constitucionais que devem aplicar-se ao longo de toda a persecução penal.

Não obstante, prevalece o vigente art.156 do CPP, que possibilita a produção probatória de ofício em relação à prova cautelar, não repetível e antecipada.

Essa pesquisa resultou na conclusão, segundo a qual a função do juiz, sob a ótica do Estado Democrático de Direito, é a de um sujeito processual que deve agir de forma imparcial sem substituir as partes em relação à gestão e ao *onus probandi*.

Logo, pode-se concluir que a previsão do artigo 156, I do CPP que faculta ao juiz a produção de provas de ofício, embora não expressamente revogada, pode ser considerada letra morta por ser inconstitucional diante do sistema acusatório

REFERÊNCIAS

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Distrito Federal, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Lei 13.964/19. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 12 abr. 2020.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo :Saraiva Educação, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. A estrutura acusatória atacada pelo movimento de sabotagem inquisitória. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>. Acesso em: 12 abr. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. Entenda o impacto do juiz de garantias no processo penal. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 12 abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: RT, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal: o valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES NOVO, Benigno. O princípio da presunção de inocência. *Âmbito Jurídico*, 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/o-principio-da-presuncao-da-inocencia/>. Acesso em: 12 abr. 2020.

PACCELI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2015.

PACCELI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2017.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RODRIGUES, Barbara Bianca. O ônus da prova no processo penal brasileiro. 2015. Disponível em: <https://barbarabrodrigues.jusbrasil.com.br/artigos/144997853/o-onus-da-prova-no-processo-penal-brasileiro>. Acesso em: 12 abr. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal: volume III*. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal: volume III*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.