

A produção de prova do magistrado frente ao sistema acusatório

Verônica Gonçalves Estrella¹

Carlos Henrique Passos Mairink²

Daniel Evangelista Vasconcelos Almeida³

Como citar

ESTRELLA, V. G.; MAIRINK, C. H. P.; ALMEIDA, D. E. V. A produção de prova do magistrado frente ao sistema acusatório. *LIBERTAS: Rev. Ciênci. Soc. Apl.*, Belo Horizonte, v. 11, n. 1, p. 440-456, jan./jul. 2021.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo demonstrar as polêmicas e controvérsias da produção de provas de uma autoridade judiciária, na qual a compete o julgamento do processo. Ainda, mostrar toda a estrutura dos sistemas processuais penais já aplicados no ordenamento jurídico brasileiro e como tem influência na atualidade. Ademais, será analisado a figura do juiz de direito frente ao artigo 156, I do Código de Processo Penal Brasileiro. Será observado o quão relevante é dissertar sobre a problemática de um sujeito julgador do processo, que se refere ao protetor da legalidade e garantidor dos princípios constitucionais, estando em uma função de ator processual. Portanto, a finalidade do presente trabalho é discutir a compatibilidade e a fragilidade de toda persecução penal frente a resquícios do sistema inquisitório.

Palavras-chave: princípios; sistemas processuais; iniciativa probatória; constitucionalidade; magistrado.

The magistrate's production of evidence against the accusatory system

Abstract: This article aims to demonstrate the controversies and controversies in the production of evidence by a judicial authority, in which it is responsible for judging the process. Also, show the entire structure of criminal procedural systems already applied in the Brazilian legal system and how it influences today. In addition, the figure of the judge of law will be analyzed under article 156, I of the Brazilian

¹ Aluna do 9º período noturno do curso de Direito da Faculdade Minas Gerais

² Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogado e Professor da Faculdade Minas Gerais – Famig. passosmairink@gmail.com passosmairink@gmail.com.

³ Mestre em Direito Privado pela PUC Minas, Coordenador da Pós Graduação em Direito da Proteção de Dados na PUC Virtual, professor de Direito Civil na FAMIG e professor de pós-graduações lato sensu da PUC Minas.

Criminal Procedure Code. It will be observed how relevant it is to talk about the problem of a person accusing the process, who refers to the protector of legality and guarantor of constitutional principles, being in a function of procedural actor. Therefore, the purpose of this paper is to discuss the compatibility and fragility of any criminal prosecution in the face of remnants of the inquisitorial system.

Keywords: principles; procedural systems; evidence initiative; constitutionality; magistrate.

1 INTRODUÇÃO

A fim de se ter uma melhor compreensão do processo penal brasileiro, faz-se necessário perpassar pelos sistemas processuais existentes e verificar se estão de acordo com os preceitos previstos na Carta Magna, respeitando as garantias e direitos fundamentais. O diploma constitucional traz consigo expressamente a incumbência dos sujeitos processuais que propicia toda a relação jurídica dentro de um processo, sendo este conduzido pelo juiz de direito.

Posto isso, os sistemas processuais se dividem em acusatório e inquisitório, no qual a presente dissertação fará menção da hipótese em que todas as funções dos sujeitos processuais estão delimitadas, característica notável dentro do modelo acusatório, ao passo que o inquisitório o juiz fica no encargo de toda a função probatória.

Outra menção de suma importância é a abordagem do artigo 156 do Código de Processo Penal com suas respectivas discussões em que o juiz tem a prerrogativa, de ofício, na fase anterior ao processo, na instrução ou antes mesmo de proferir a sentença a realização de diligências para solucionar as dúvidas presentes na persecução penal.

Consequentemente, o presente estudo tem como problema de pesquisa as controvérsias presentes na temática da produção de provas do magistrado frente a um sistema penal acusatório vivido na atualidade. Além disso, mostra-se interessante apresentar as consequências dessa possibilidade dentro da sistemática processual. Logo, o presente estudo tem como objetivo trazer apontamentos embasados sobre essa matéria guiado por uma metodologia qualitativa, na qual visa demonstrar as teorias correlacionadas ao assunto.

Ressalta-se que o trabalho foi elaborado por meio de pesquisas bibliográficas e doutrinárias utilizando como referências teóricas as obras de Fernando Capez, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Aury Lopes Júnior e Guilherme de Souza Nucci em que trazem discussões de muita relevância para a temática abordada na presente dissertação.

Ademais, a relevância social do presente trabalho se caracteriza na demonstração do magistrado na produção de provas, isto é, na prerrogativa dada ao juiz pela legislação para que possa sanar suas dúvidas relacionadas ao processo na produção de diligências.

Com isso, observa-se que toda essa prerrogativa dada ao juiz de direito causa um desequilíbrio processual e violação de alguns preceitos constitucionais demonstrados por esse estudo. Além da grande importância para o ordenamento jurídico processual, faz-se necessário analisar a legitimidade do artigo do diploma processual penal para verificar essa questão da autoridade judiciária poder ou não solucionar suas dúvidas frente a um arcabouço de princípios constitucionais.

No segundo capítulo, será apresentado o sistema processual acusatório e todas as suas peculiaridades, características, finalidades e toda estruturação, sobretudo, trazer o sistema processual adotado no Brasil. Já no terceiro capítulo, aborda-se toda a sistemática do modelo inquisitório que embora seja antigo, tem muitos resquícios no mundo atual. Ainda, no quarto capítulo, faz-se necessário a abordagem dos principais princípios que possuem aplicabilidade no arcabouço processual penal, ainda no que diz respeito as fases de persecução penal, sem deixar negligenciado toda a metodologia constitucional. E, por fim, o quinto capítulo que tem como intuito demonstrar toda a fragilidade da imparcialidade do magistrado diante do artigo 156 do Código de Processo Penal.

2 A FUNCIONALIDADE DO SISTEMA ACUSATÓRIO APLICADO NO ORDENAMENTO PROCESSUAL

Para que se possa entender o objetivo dessa temática, importa conceituar o que se trata de sistema dentro da perspectiva processual. “Sistema consiste em um conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam

um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade” (COUTINHO, 2002, p.02).

Ainda segundo Coutinho, salienta-se que a conceituação da palavra sistema na visão processual vai abordar a ideia de ser um agrupamento de regras e princípios de alguma época histórica, para que se possa definir os preceitos, instruções para a aplicação do direito na seara penal em cada caso concreto.

O sistema acusatório é caracterizado pela separação das funções das partes dentro de um processo. Nesse sistema processual, fica delimitado o encargo de cada sujeito de modo que as funções de acusar, julgar e defender fica a cargos de diferentes pessoas.

Embora esse sistema pareça atual, foi evidenciado na Grécia em que surgiu como um triunfo da população grega em face de todo o autoritarismo vivenciado àquela época. A busca por uma moderação de todo aquele poder punitivo foi fundamental para que tivesse uma solução contrária as práticas persecutórias arbitrárias.

Seguindo a mesma ideia, Nucci (2010, p. 116), ao conceituar o sistema acusatório, afirma que:

Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; não há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra (NUCCI, 2010, p. 116).

Ademais, o sistema processual acusatório tem o intuito de enfatizar a imparcialidade do magistrado com sua função de julgador. Nesse dilema, aborda Coutinho (2001, p. 37) a gestão da prova está caracterizada por não estar nas mãos dos juízes, mas ser confiada às partes, fato esse que faz com que o juiz seja apenas destinatário da prova e não a produza, evitando a antecipação da formação do juízo.

Ainda, nesse mesmo viés, a autora Adriana Silva Castro em seu artigo publicado no Âmbito Jurídico disserta:

O juiz desprovido do encargo de acusar, assume papel de garantidor da legalidade e observância dos princípios norteadores do direito durante todo o processo. Ao acusador recai o dever de levar as provas de imputação do fato criminoso ao conhecimento do juiz. A partir de então, este, no gozo de seu livre convencimento e com atuação imparcial, se atendo às provas apresentadas pelas partes, decidirá sobre eventual condenação (CASTRO, 2019, n.p.).

No sistema acusatório, tem-se a figura dos princípios da ampla defesa, contraditório e presunção de inocência conduzindo todo o processo penal. Sendo assim, pode-se salientar que o juiz em sua função de julgador é dotado de imparcialidade e atua de forma equânime para com as partes para que se tenha o livre convencimento motivado.

No ordenamento jurídico brasileiro, ao se mencionar acerca do sistema penal acusatório há muitas discussões doutrinárias, sobretudo por ter como embasamento conceitos moldados em um Código de Processo Penal de 1941, em que fora feito em época em que se tinha culturas muito diferentes das atuais.

Para verificar se, de fato, o sistema acusatório é aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário fazer algumas ponderações referente ao processo em todas as suas fases, a começar da acusação. Desta feita, tem-se que no sistema acusatório é certo que o mesmo sujeito que irá acusar e produzir as provas não poderá ser o mesmo que irá julgar o processo, ou seja, não poderá ter intervenção do órgão julgador nas questões probatórias e ainda na participação inquiridora.

Entretanto, não é o que se observa no Código de Processo Penal Brasileiro em que embora a função de acusar fique a cargo do Ministério Público, o juiz acaba fazendo parte de toda instrução probatória do processo. E um dos principais pontos que vão em confronto com todo o sistema acusatório supramencionado está descrito no artigo 156, I do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.960 de 2008. Pacelli (2012, p. 83) preceitua:

[...] da nova redação do art. 156, I, CPP, dada pela Lei 11.960/08, ao prever que poderá o juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. O retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. A inconstitucionalidade da novidade é patente (PACELLI, 2012, p. 83).

O que demonstra com toda essa abordagem é que com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve a inserção de inúmeras garantias como presunção de inocência, contraditório, devido processo legal para os indivíduos. Assim, observa-se que com toda essa modificação dada pela legislação penal em nada abordou o Estado Democrático de Direito.

Portanto, quando se aborda sobre o sistema processual acusatório surge uma ideia de que há uma condução do processo de forma mais democrática, uma vez que o juiz não está incumbido pela produção das provas e nem influenciado pela mesma, já que não tem conhecimento dela, o que, de fato, traria para a sociedade uma justiça mais segura.

3 O SISTEMA INQUISITÓRIO E SUA APLICABILIDADE ATUALMENTE

O sistema inquisitório surgiu no ápice da igreja católica uma vez que era um dos meios mais importantes de concentração de poder daquela época e a adoção dessa sistemática inquisitorial era compatível com aquelas ideologias, já que mantinha todo o poder em suas mãos, inclusive as atividades do judiciário.

O sistema processual inquisitivo conforme doutrina Coutinho:

O controle direto do processo penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o *actum trium personarum*⁴ já não se sustenta. Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido. A superioridade do juiz, à evidência, é nítida (mas lógica, na estrutura do sistema), até porque o desencadeamento e o impulso processual é atribuição sua, o que pode ser evidenciado, entre outras coisas, a

⁴ Trata-se de uma expressão em que existe no sistema acusatório para ter a denominação da relação processual triangular. No topo da relação está a figura do juiz, de um lado a figura da acusação e de outro lado a figura da defesa, ou seja, três agentes distintos para realizar a função de acusar, defender e julgar.

partir do fato de fixar tanto o *thema probandum*⁵ quanto o *thema decidendum*⁶. Estabelece-se, assim uma característica de extrema importância a demarcar o sistema, enquanto puro, ou seja, a inexistência das partes, no sentido que hoje emprestamos ao termo. (COUTINHO., 2001, p. 23).

Esse modelo apresentado por Coutinho, evidentemente, traz consigo um alicerce na centralização de um poder arbitrário que a época era considerada como garantidor da ordem social. Assim, o objetivo era representado por um sistema em que a função de todos os agentes dentro de um processo estava nas mãos do Estado-juiz.

O órgão julgador, nessa perspectiva, abandona um dos fundamentos mais importantes dentro de um estado democrático que se denomina imparcialidade e leva consigo a atividade totalitária para dentro do judiciário.

Na persecução penal cabia ao magistrado instaurar a averiguação dos fatos, colher as evidências, acusar o suposto réu e ainda julgava aquele indivíduo, que não caracterizava como sujeito de direitos dentro do processo.

No que diz respeito às provas produzidas dentro dessa metodologia inquisitiva, ficava a cargo do juiz tanto a produção quanto o julgamento. Além disso, todo o andamento processual era sigiloso e não havia contraditório e ampla defesa assegurados ao acusado, de modo que era aplicado a tortura como obtenção de provas. Ainda, todo o cenário probatório era baseado numa tarifação das provas de modo que a confissão era chamada de “rainha das provas” e a condenação poderia ser fundamentada apenas nela sem que houvesse alguma comprovação de tal fato.

Nesse sentido, aduz Lopes Júnior (2011) “O processo é um instrumento estatal para o alcance da verdade real, a qual deve ser obtida a qualquer custo, restando claro a falta de imparcialidade do juiz diante do caso”. Isto é, quando se trata de um modelo autoritário como o sistema inquisitório, a imparcialidade e o envolvimento

⁵ Expressão que se caracteriza à um tema a ser provado; conjunto de fatos a serem provados.

⁶ Expressão que significa questão relativamente à qual deve ser entregue a prestação jurisdicional; o que deve ser decidido.

do magistrado dentro do processo se tornam algo de extrema fragilidade para a tutela jurisdicional prestada ao indivíduo.

Destarte, o modelo inquisitorial trouxe considerações opostas ao sistema acusatório em que aquele há uma ruptura com os preceitos constitucionais em face da parte acusada. Tem-se uma busca pela verdade real com aplicação da arbitrariedade e consequentemente se atrela a uma desigualdade na carga probatória em que afasta o órgão julgador do seu escopo de imparcialidade.

4 PRINCIPIOLOGIA RELACIONADA A TEMÁTICA DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA DO PROCESSO E SUA FRAGILIDADE FRENTE AOS SISTEMAS PROCESSUAIS

Diante de todo estudo jurídico, faz-se necessário perpassar pelos princípios nos quais implicam nessa temática. Os principais princípios que estão inclusos no tema abordado para que seja compreendido todo o arcabouço dos sistemas processuais e ainda o que se aplica no ordenamento jurídico brasileiro são: ampla defesa, contraditório e busca da verdade real.

O princípio da ampla defesa, assegurado pela Carta Magna, deve ser interpretado pelo viés de que além do direito a defesa técnica de um procurador, também se qualifica como uma garantia dada ao cidadão para que ele possa ter a oportunidade de resguardar as garantias fundamentais que devem ser protegidas.

O que se extrai, segundo Capez:

Implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja ela pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor) e o de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (CF, art.5º, LXXIV). Desse princípio também decorre a obrigatoriedade de se observar a ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar. Assim, qualquer que seja a situação que dê ensejo a que, no processo penal, o Ministério Público se manifeste depois da defesa (salvo, é óbvio, nas hipóteses de contrarrazões de recurso, de sustentação oral ou de manifestação dos procuradores de justiça; em segunda instância), obriga, sempre, que seja aberta vista dos autos à defensoria do acusado, para que possa exercer seu direito de defesa na amplitude que a lei consagra (CAPEZ, 2008, p. 20).

Nesse sentido, trata-se de uma obrigatoriedade a ser aplicada dentro do sistema jurídico, em especial no processo penal, para que o acusado tenha todo o procedimento processual de forma justa, razoável e que lhe traga uma segurança jurídica que o certo será aplicado.

Posto isso, refere-se que o Estado deve assegurar a todo indivíduo sua mais íntegra defesa, consoante disserta a Constituição Federal em seu artigo 5º: “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 a ela inerentes”. (BRASIL, 1988).

Além disso, importa destacar o princípio do contraditório também previsto na Constituição Federal no artigo supramencionado juntamente com a ampla defesa. O contraditório traz em sua essência um ideal de paridade de armas dentro de uma esfera processual.

Noutras palavras, o princípio constitucional do contraditório assegura as partes o direito de rebater a todas as alegações processuais. Salienta-se que através desse princípio é que se consegue dar uma efetividade a igualdade processual. “O contraditório deve garantir ao acusado não somente o direito de participação no processo, mas também de realizar os atos na mesma intensidade e extensão” (OLIVEIRA, 2012, p. 42).

Contudo, segundo Oliveira (2012), no que tange às questões probatórias, tem-se tanto o princípio da ampla defesa como o dos contraditórios requisitos indispensáveis no processo, de modo que a falta ou o prejuízo de algum deles para com o acusado é capaz de gerar nulidade absoluta dentro da seara processual.

Logo, observa-se que ambos os princípios são garantias fundamentais para toda sociedade, tendo em vista que a partir dessas premissas se tem um processo mais equânime e justo.

Por fim, deve-se dissertar sobre o princípio da busca da verdade real dentro da esfera criminal, haja vista que em se tratando de área cível, o juiz ocupa um papel de

mero observador em que se considera as provas apresentadas pelas partes, ou seja, verdade formal⁷.

Diferentemente, o âmbito penal traz outras tratativas para a persecução penal. Nesse sentido, o juiz não fica limitado apenas as provas trazidas pelas partes, ele tem o direito também de as produzir.

Por esse mesmo raciocínio, Capez disserta:

[...] o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos. Desse modo, o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (CAPEZ, 2008, p. 28).

Observa-se que com toda a exposição do princípio da busca da verdade real, há bastante discussão doutrinária sobre sua aplicabilidade e incidência. Embora seja um princípio que talvez tente impedir fraudes dentro da administração pública no âmbito probatório, é um princípio que fragiliza demasiadamente toda a imparcialidade do magistrado, o que demonstra que já está tendencioso no processo.

Por fim, o que se pode concluir acerca desse tema é que com essa busca da verdade real dentro do processo penal trás muito da figura inquiridora, isto é, quando se tem a aplicação desse princípio se instaura um modelo inquisitivo dentro da seara penal.

5 FUNCIONALIDADE DA PRODUÇÃO DE PROVAS DO MAGISTRADO RELACIONADO À INCONSTITUCIONALIDADE PREVISTA NO ARTIGO 156, I DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O sistema processual penal aplicado no ordenamento jurídico brasileiro é o acusatório, uma vez que as funções de acusar e defender ficam destinados a órgãos distintos. Entretanto, pode-se verificar pontos previstos no Código de Processo

⁷ O princípio da verdade formal é aplicado no Processo Civil Brasileiro em que todo o arcabouço probatório está delimitado ao que fora trazido em juízo, de modo que só é levado em consideração aquilo que foi evidenciado no processo, não podendo o juiz se atentar a produção de provas que não está atrelada as partes, isto é, *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo).

Penal Brasileiro em que ocorre uma confusão ante a separação dos poderes dentro da perspectiva processual.

Em 2008, o Código de Processo Penal Brasileiro, pela Lei 11.680/2008, sofreu inúmeras alterações em muitos artigos previstos na legislação. E, uma das alterações mais importantes para o estudo do presente artigo foi a introdução da nova redação do artigo 156, inciso I.

Disserta tal artigo 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).

Levando em consideração a alteração dada à legislação processual penal, vê-se que o juiz pode decretar a produção das provas antes mesmo de iniciar a ação penal, contanto que a prova seja relevante para toda a persecução penal, considerando sempre as hipóteses de adequação, proporcionalidade e ainda necessidade de cada caso concreto.

Indubitavelmente, o que está dissertado no diploma processual penal vai em confronto com os preceitos pregados na Constituição Federal e seus inúmeros princípios. Além disso, quando se tem a prerrogativa do magistrado a produção de provas em casos de dúvidas relevantes ao processo, o sistema adotado pelo ordenamento jurídico passa a ser questionado, uma vez que o sistema acusatório não traz essas hipóteses probatórias.

Nesse sentido, percebe-se que toda a previsão contida no Código de Processo Penal, que traz a prerrogativa do magistrado a produção das provas para dirimir eventuais dúvidas se embasando no princípio da busca da verdade real, pode-se compreender que há um desacordo no amparo constitucional acerca dessa temática. Salienta que, em casos de dúvidas, deve-se optar pela absolvição do indivíduo dentro do processo, não existindo possibilidade de se buscar mais provas para uma eventual condenação.

Importa destacar que todo processo dentro do ordenamento brasileiro, o princípio que guia o judiciário é o princípio da inércia. Ao levar essa questão a esfera penal e correlacionando com o artigo do processo penal supramencionado, vê-se que o juiz sai da sua função de espectador e julgador do processo e ocupa a função de perseguidor das provas processuais trazendo mais ênfase ao modelo inquisitório dos tempos passados.

Pode-se observar que com a incidência do artigo 156 do Código de Processo Penal, o magistrado fere o princípio da imparcialidade bem como o princípio do *In dubio pro réu*, uma vez que o mesmo sai da sua função primordial de julgador para a função de produção de provas a qual fica a encargo dos demais sujeitos processuais, deixando assim o processo com uma tendenciosidade formada pelo juiz.

Sabe-se que, notadamente, há um confronto com o garantismo penal e com a Carta Magna uma vez que coloca em risco a imparcialidade do magistrado em toda persecução penal. Além disso, faz-se necessário ressaltar que dentro do processo o distanciamento do juiz com a instrução probatória é de suma relevância para que se tenha uma busca pela justiça respeitando todo o devido processo legal bem como o Estado Democrático de Direito.

Toda essa abordagem do diploma processual penal traz inúmeras reflexões no que tange a aplicabilidade desse artigo. Aury Lopes Júnior destaca que esses artigos que dão ao magistrado essas prerrogativas instrutórias, como o próprio artigo 156 do Código de Processo Penal, devem ser expelidos da legislação ou serem objeto de análise cuidadosa e com precaução tendo em vista que ocorre uma quebra da igualdade, do contraditório dentro da dialética do processo quando se tem a aplicação desse artigo (LOPES JÚNIOR, 2013).

Embora haja a incidência do princípio da busca da verdade real norteador do processo penal, não se pode negligenciar os demais princípios constitucionais. Sabe-se que um processo que envolve o direito à liberdade do indivíduo, como o direito penal, fica garantido a presunção de inocência. Logo, o que se pode observar nesse sentido é que a figura do magistrado sempre foi de proteger e garantir que toda a legalidade constitucional fosse aplicada ao processo, com a figura do juiz na

produção do arcabouço probatório se questiona demasiadamente se, de fato, essas garantias vêm sendo asseguradas aos cidadãos.

Implicitamente, a Constituição Federal aplicou o sistema acusatório quando dissertou sobre a separação das funções dentro da dialética penal. Não obstante, ao analisar a redação dada ao artigo 156 do Código de Processo Penal, vê-se que o legislador instaurou um regime inquisitorial e parcial dando ao nobre julgador uma função diversa da dele, de modo que o transformou em um ator processual.

Ante a exposição, nota-se que o problema de pesquisa contida na dissertação desse dispositivo legal diante de todas as garantias previstas na Constituição Federal. Além disso, sobressai a parcialidade do magistrado quando se coloca no lugar de produzir as provas. Sendo assim, demonstra o quão o processo se torna fragilizado para com a sociedade, tendo em vista que é utilizado como instrumento para que os indivíduos obtenham a tutela jurisdicional.

6 DA INCIDÊNCIA PRÁTICA DO CASO RELACIONADO AO EX-JUIZ SÉRGIO MORO CONCERNENTE À TEMÁTICA DEBATIDA NO PRESENTE TRABALHO

Sob a égide do princípio da imparcialidade guiada pelo juiz de direito dentro do processo, sabe-se que se a mesma pessoa que conduz o processo for a que diligenciou as provas para valorar sua decisão, está-se diante uma estrutura inquisitória ignorando todas as temáticas protetoras ao suspeito processado. Dessa forma, evidentemente, o procedimento se tornou frágil uma vez que o magistrado deixou de se dedicar a valoração objetiva e imparcial das provas trazidas para dentro do processo.

Para mais, a diligência das provas feita de ofício pelo juiz de direito fere, incontestavelmente, o princípio do *in dubio pro reo*, como Khaled Jr. (2013, p. 151) expõe:

Não conseguimos vislumbrar casos em que essa atividade não se mostre danosa ao acusado, motivo pelo qual a consideramos em flagrante descompasso com a exigência de democraticidade, o que nos parece inaceitável; afinal, tal atividade desconsidera completamente o *in dubio pro reo*, uma vez que na dúvida o juiz parte em busca de provas, que obviamente só podem ter a

finalidade de obter a condenação a qualquer custo. Em uma estrutura regrada de contenção do poder punitivo, a dúvida não pode qualquer outro resultado que a absolvição, o que expressa o próprio sentido do princípio do *in dubio pro reo* (JUNIOR, 2013).

Por conseguinte, a neutralidade do juízo traz consigo uma ideia de independência dentro do processo, uma vez que a Carta Magna deu a ele prerrogativas substanciais, previstas em seu artigo 95, com o intuito de fazer com que o magistrado não venha sofrer qualquer tipo de influências, opressões ou intimidações com a decisão que irá tomar. Posto isso, a Constituição Federal assegura aos juízes de direito a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios como mecanismo de trazer ao juiz uma segurança para proferir suas decisões (AVENA, 2014).

Importa dissertar acerca de um caso ocorrido de extrema relevância para todo o panorama processual e para o Brasil como um todo em que ex-juiz Sérgio Moro conduziu todo o processo do caso do triplex contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Acontece que, de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, houve uma participação tênue do magistrado em toda produção probatória, colocando-o em um local dentro do processo que ultrapassaria a de observador e julgador das provas.

Infere-se ainda que a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria dos votos, concedeu o Habeas Corpus 164493 para o reconhecimento da imparcialidade do ex-juiz Sérgio Moro na condenação da ação que decretou a condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro relativo ao triplex na cidade do Guarujá em São Paulo.

Ressalta-se que a maioria dos membros do STF deu voto divergente do ministrado pelo Gilmar Mendes para que houvesse a anulação de todas as decisões proferidas pelo Sérgio Moro no caso supracitado, incluindo os atos praticados na fase preliminar do processo, haja vista que se mostrou preponderante a neutralidade na condução do processo na 13ª Vara Federal de Curitiba (PR). Tal situação se agravou mais quando o ex-juiz aceitou assumir o Ministério da Justiça a partir do ano de 2019, fato esse que sobressaiu sua parcialidade em relação ao ex-presidente processado e revela que Sérgio Moro agiu em todo o processo com motivação política.

Com esse fato, foi diagnosticado que o magistrado agiu com extrema parcialidade dentro do processo, característica que não se deve ter dentro do sistema acusatório adotado no Brasil verificado pela Carta Magna. Embora haja a existência do princípio da busca da verdade real, não se deve negligenciar o lugar que deve ser ocupado pelo juiz de direito e que em todo o procedimento deve-se observar a imparcialidade para que seja assegurado o devido processo legal.

Importa ressaltar que o sistema acusatório, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, objetiva afastar a figura do magistrado na função probatória dentro do processo, com a intenção de dar além da segurança jurídica aos envolvidos a imparcialidade para o momento do julgamento. Nessa perspectiva, o juiz se distancia das partes, dando ao processo mais equanimidade, considerando que não se pode admitir que um juiz parcial, que colaborou com a produção de prova, podendo até tê-la elaborado, determine o destino do acusado. Sabe-se que o Estado chama para si a incumbência de promover a justiça, sendo assim, não seria cumprida tal atividade caso o magistrado não agisse com neutralidade (TOURINHO FILHO, 2008).

7 CONCLUSÃO

Considerando todo o estudo realizado, percebe-se que a problemática da produção de provas do magistrado em casos de dúvidas, vai em confronto com todos os princípios mencionados nessa dissertação. Quando isso ocorre, os princípios da ampla defesa, contraditório e imparcialidade são atingidos de forma prejudicial, uma vez que fora afastado o sistema acusatório dificultando que o cidadão pudesse ter um processo justo e neutro.

Quando o assunto é acerca da temática da produção de provas do magistrado frente a um sistema penal acusatório, observa-se a imensa fragilidade apontada a inúmeras disposições dentro de todo ordenamento jurídico. Sabe-se que com todo as controvérsias apresentadas por esse estudo, vê-se o quão a sociedade está vulnerável diante do diploma processual penal.

Ao se mencionar o direito à liberdade, que se refere a um assunto de extrema relevância ao processo penal, tem-se que ter em mente a presunção de inocência.

Noutras palavras, quando não se tem provas suficientes para incriminar um indivíduo, deve o magistrado absolvê-lo.

Diante disso, quando o artigo 156, principalmente em seu inciso I do Código de Processo Penal traz a prerrogativa da realização probatória ao juiz de direito, vê-se que a inconstitucionalidade está muito acentuada, uma vez que há disposições constitucionais que aborda qual a função de um juiz dentro do processo. Posto isso, quando as partes - seja acusação ou defesa - não cumprirem seu encargo pela produção de provas, não caberia ao julgador tal função.

Além disso, dentro da sistemática acusatória, surgem as figuras da acusação e a defesa para que o julgador não tenha esse poder probatório em suas mãos. Essa ideologia surge para que o juiz seja mero espectador e guie o processo com toda a legalidade e neutralidade, dando ao processo um amparo jurisdicional à sociedade.

Portanto, tal encargo trazido pelo diploma processual do artigo 156, inciso I se mostra incompatível com o Estado Democrático de Direito haja vista que todos os cidadãos devem ter um processo guiado pela imparcialidade da autoridade judiciária. Com isso, não se pode abandonar as tratativas regidas pelo sistema penal acusatório, uma vez que o processo deve ser compreendido como um instrumento garantidor da tutela jurisdicional para com o indivíduo.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. Processo penal: esquematizado. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29/10/2020.

BRASIL. Decreto Lei n. 3689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 08/11/2020.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 15ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 767 p.

CASTRO, Adriana Silva. O comprometimento da imparcialidade do juiz diante da possibilidade de produção de provas “ex officio” frente ao modelo processual penal

brasileiro. Âmbito jurídico, Belo Horizonte 19/07/2019. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/o-comprometimento-da-imparcialidade-do-juiz-diante-da-possibilidade-de-producao-de-provas-ex-officio-frente-ao-modelo-processual-penal-brasileiro/>> Acesso em 14/10/2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. “Introdução aos princípios gerais do Direito Processual Penal Brasileiro”, Revista de Estudos Criminais, Separata ITEC, ano 1, nº 4, p. 2. 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do juiz no processo penal. In:

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord) Crítica à Teoria Geral do Direito processual penal. Rio de Janeiro, 2001.

FEDERAL, Supremo Tribunal. 2ª Turma reconhece parcialidade de ex-juiz Sérgio Moro na condenação de Lula no caso Triplex. Notícias e Textos, Brasília 23/03/2021. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462854&ori=1>> Acesso em 10 de maio de 2021.

KHALED JR. Salah. A busca da verdade processual. 1ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013. n.p

KHALED JR., Salah Hassan. A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINAYO, Maria Cecília de Sousa. O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde. Rio de Janeiro: UCIETEC – ABRASCO, 1994, 269 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 6. Ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, 1070 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal – 16. Ed. Atual. De acordo com as Leis nº 12.403, 12.432, 12.483 e 12529, todas de 2011, e Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012. 1.398 p.

RANGEL, Mary. Métodos de Ensino para a Aprendizagem e a Dinamização das Aulas. 2 ed. – São Paulo - Papirus, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008.