

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

MAYARA PEREIRA DE SOUZA

**SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: A ANÁLISE
JURÍDICA DOS SISTEMAS E SEUS REFLEXOS À LUZ DA CF/88**

ARACAJU-SE

2018/2

MAYARA PEREIRA DE SOUZA

**SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: A ANÁLISE
JURÍDICA DOS SISTEMAS E SEUS REFLEXOS À LUZ DA CF/88**

Monografia, apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE, como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira

ARACAJU-SE

2018/2

S719s SOUZA, Mayara Pereira de.

Sistema Processual Penal Brasileiro: a análise jurídica dos sistemas e seus reflexos à luz da CF/88 / Mayara Pereira de Souza; Aracaju, 2018. 62 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira

1. Sistema Processual Penal 2. Acusatório 3. Inquisitório 4. Inconstitucionalidade I. Título.

CDU 343.22(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

MAYARA PEREIRA DE SOUZA
SISTEMA PROCESSUAL PENAL: A ANÁLISE JURÍDICA DOS SISTEMAS E SEUS REFLEXOS À LUZ DA CF/88.

Monografia, apresentada como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovada em 03, 12, 2018.

BANCA ENXAMINADORA

Orientador:

Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

2º Examinador:

Prof. Me. Anderson Clei Santos

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

3º Examinador

Prof. Esp. Fábio Brito Fraga

Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

AGRADECIMENTOS

Desde o início do ano de 2014 até o dia de hoje, foram dias auspiciosos assim como adversos, e com certeza todos eles de muito aprendizado. Hoje posso dizer que consegui, mesmo não sendo fácil chegar até aqui, obrigada meu Deus, por toda a força a mim concedida.

Agradeço aos meus pais, Rosa e Raimundo, e ao meu irmão Maydan, por todo o sacrifício e apoio para que eu pudesse concluir essa etapa tão importante, que juntos podemos chamar de conquista.

Agradeço aos meus professores, pelos ensinamentos, não apenas os jurídicos, mas também os quais posso levar para a vida lá fora. Em especial, agradeço ao meu orientador Prof. Ermelino Cerqueira, o qual tenho grande admiração, desde o primeiro dia de aula no curso de Direito. Meu muito obrigada!

Agradeço aos meus amigos, aqueles que sabem que são de verdade, obrigada por acreditarem em mim, mesmo com toda a minha ausência e falhas. Eu os amo!

Agradeço à vocês que sempre me apoiam, ainda que eu pense que não irei conseguir. Felipe Matheus, Lorena Bomfim, Lorena Nascimento, Jéssica Sá e Graziane Batista, meu sentimento por vocês é de GRATIDÃO!

Agradeço a minha família pela torcida, sei que estão felizes pela minha conquista, obrigada! Em especial, ao meu avô José, você é o sinônimo de amor e humildade, sentimentos esses que quero levar para a minha vida profissional.

Agradeço a todos que estão diariamente comigo na SEPLAG, especialmente a minha chefe Eliana Musse, por sempre me apoiar em tudo. Obrigada!!

Aos meus amigos da academia, que se tornaram uma família, não tenho palavras para descrever vocês. Tantos momentos excepcionais, que nos trouxeram força e base, estando dia após dia, lado a lado para que alcançássemos essa etapa tão significativa em nossas vidas. Aqueles que estão comigo, desde o primeiro período, sou muito feliz por ter vocês. Da

academia pra vida inteira. Galera da FP, do Clube dos Bolinhas&Luluzinhas, em especial a Karol, Yves, Larissa e Milena. Tenho toda a certeza que sem vocês o sabor da conquista não seria o mesmo. Amo vocês!

“Deus é quem efetua em vós tanto o querer como o realizar, segundo a sua boa vontade”.

(Filipenses 2.12-13)

RESUMO

Os sistemas processuais penais são de grande importância para qualquer país, inclusive para que se tenha maior precisão dentro do ordenamento jurídico. Dessa forma, o presente trabalho busca demonstrar os tipos de sistemas processuais penais existentes, os quais são: o sistema inquisitório, sistema acusatório e o sistema misto. Verifica-se a discordância entre a maioria dos doutrinadores, visto que eles entendem que o Brasil adota sistemas diferentes. Percebe-se inclusive, a presença de alguns dos princípios existentes dentro do corpo jurídico, que trazem garantias e direitos para o acusado dentro da persecução penal. A análise dos sistemas demonstra o qual é aplicado dentro do ordenamento jurídico brasileiro respeitando a Constituição Federal. Assim também, fala-se das divergências encontradas sobre o tema. Observa-se exposto, a inconstitucionalidade de alguns dispositivos do Código de Processo Penal, tendo em vista que o mesmo rege e faz parte do processo penal brasileiro. Busca-se compreender as contradições encontradas entre Código de Processo Penal e a Constituição Federal.

Palavras-chave: Sistema Processual Penal. Acusatório. Inquisitório. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The criminal procedural systems are of great importance to any country, including for greater accuracy within the legal system. In this way, the present study seeks to demonstrate the types of existing criminal procedural systems, which are: the inquisitorial system, accusatory system and the mixed system. The disagreement between the majority of the doctrinaires is verified, since they understand that Brazil adopts different systems. It is even noticeable, the presence of some existing principles within the criminal prosecution. System analyses demonstrates which one is applied within the Brazilian legal system, respecting the Federal Constitution. In this way, is talked about the divergences found on the topic. It is observed the unconstitutionality of some provisions of the Brazilian Code of Criminal Procedure. It seeks to understand what happens to the contradictions found between the Code of Criminal Procedure and the Federal Constitution.

Keywords: Criminal Procedure System. Accusatory. Inquisitorial. Unconstitutionality.

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

CPP – Código de Processo Penal

p. – Página

TJ – Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	11
2.1. Sistema Inquisitório.....	14
2.2. Sistema Acusatório.....	17
2.3. Sistema Misto.....	25
3. DAS CONTRADIÇÕES E INEXATIDÕES TRAZIDAS PELO SISTEMA ADOTADO NO BRASIL.	33
3.1. Inconstitucionalidade do Código de Processo Penal.....	35
3.2. Da Prisão Decretada de Ofício Pelo Juiz.....	36
3.3. Da Iniciativa Probatória do Juiz.....	42
3.4. Da Proibição do Juiz Condenar Enquanto o MP Pede Absolvição.....	50
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS.....	58

1. INTRODUÇÃO.

Para que haja organização dentro de cada país, é necessária a instituição de sistemas, sejam organizacionais, políticos, governamentais ou os sistemas processuais penais.

Segundo Rangel (2014) o sistema processual penal é uma totalidade de regras e princípios que são constitucionais e que se comportam de acordo com o que o Estado e a sociedade estão passando em cada época, direcionando o que deve ser aplicado e seguido, respeitando o direito penal a cada caso concreto.

É certo que em todo país há um tipo de sistema processual penal, os quais são: sistema inquisitório, sistema acusatório ou o sistema misto. No Brasil, há uma relação do sistema adotado com os princípios dispostos na Constituição Federal de 1988, buscando resguardá-los de forma que se encontrem garantias para aqueles que são regidos por esse sistema.

Segundo Nucci (2014) no Brasil, o sistema adotado é o misto, ainda que a Constituição Federal traga em seu rol dispositivos que, se seguidos ao pé da letra, nos remeteria ao sistema acusatório. Como não utilizamos somente a CF/88, não denominamos esse sistema como predominante, já que há um Código específico mais antigo que a própria Constituição.

Esse código foi criado para conduzir o processo penal brasileiro, tendo em vista que por ser um pouco mais antigo, opta por alguns dos princípios adotados perante uma perspectiva do sistema inquisitório. Ou seja, deixa claro o porquê do sistema adotado, já que vislumbramos aspectos dos dois sistemas no ordenamento jurídico do país.

Os sistemas processuais têm características bastante diferentes, fica fácil de identificar qual tipo de sistema processual que está sendo aplicado, o que se pode entender quando da distinção de cada um deles.

O sistema acusatório é um sistema consoante com o princípio da publicidade, respeita as garantias e outros vários princípios e, inclusive os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988; assim como

“caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas.” (AVENA, 2015, p. 9).

Em contrapartida o sistema inquisitório segue outra linha, a qual não separa as funções, concentrando-as em uma única pessoa, no juiz. Portanto, ele pode exercê-las sem parâmetros, já que o acusado não terá certa imparcialidade advinda daquele que o julga, ou até mesmo uma segurança jurídica para aqueles que vivem naquela sociedade. “No sistema inquisitorial, o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos.” (LIMA, 2017, p.39).

Diante da breve explanação de ambos os sistemas, podemos entender que o sistema misto é um pouco de cada um, sendo em alguns momentos regidos pela Constituição Federal e em outro momento pelo Código de Processo Penal brasileiro. O que nos leva buscar compreender qual o sistema adotado realmente no Brasil, e se é constitucional.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.

São sistemas “1. Reunião de princípios reunidos de modo a estabelecer uma doutrina, ou a constituir um conjunto. 2. Modo de governo, de administração, de votação, etc. 3. Plano; modo; uso; método.” (ROCHA, 2012, p.650).

Sabemos que os sistemas processuais penais não surgiram de agora, podemos perceber substancialmente o Código Processual Penal Brasileiro, criado em 1941, o qual não é tão novo em questão de tempo de criação, tendo em vista que sua elaboração foi anterior à Constituição Federal de 1988.

Ou seja, muita coisa mudou da década de 40 para os dias atuais, por isso houve reforma, razão pela qual os sistemas processuais penais devem acompanhar cada fase que o Estado e a sociedade estão vivenciando.

Observa-se, dessa forma, que o sistema processual de cada Estado varia com o contexto político-social em que se encontra. De modo que, nos Estados totalitários, a moldura da legalidade se estende, aumentando o espaço para a discricionariedade e para o campo de atuação do Estado-juiz. Já nos Estados democráticos, a atuação do juiz é mais restrita, encontrando seu limite nos direitos individuais. (RODRIGUES, 2013).

Com o advento da Constituição Federal surgiram muitas garantias para aqueles que são parte no processo, e com isso, acabou firmando o sistema acusatório, que vem regado de direitos.

Há muito tempo o Estado tomou para si a capacidade de mediar as questões, interferindo diretamente nas relações, porém nesse contexto, não na forma de Estado-Juiz, e sim de garantidor. Não deixando que as coisas se resolvam simplesmente de forma positiva para quem detém mais força, pelo fato de que nem sempre aquele que ganhava, necessariamente, era de forma justa e porque merecia, sabe-se que antigamente era muito comum a autodefesa.

Como atestam alguns autores, que: “Á época não havia a figura do Estado-Juiz, mas sim da figura do mais forte, assim com o desenvolvimento

das sociedades, o Estado avocou para si a aplicação do direito, com o intuito de proteger a coletividade.” (TAMBARÁ, 2013).

A partir do momento que começou a existir a intervenção do Estado, este começa a buscar o equilíbrio para mediar as relações entre as partes a fim de que nenhuma se sobressaia perante a outra, o que possibilita uma certa segurança jurídica para a sociedade.

Inclusive, essa segurança vem sendo dada através da concretização de regras, ou seja, a partir da eficácia das leis, e a partir disso, entende-se que existe limites e, que eles devem ser respeitados, por isso a existência dos sistemas processuais penais, para que seja dado às partes através do processo o que elas realmente têm direito.

Esses sistemas tiveram seu início na antiguidade e permanecem até os dias de hoje. Eles surgiram, principalmente, da necessidade de assegurar igualdade entre as partes integrantes do processo, evitando, assim, que o Estado se exima da sua obrigação de julgar a lide. (TAMBARÁ, 2013).

Isto é, o Estado tem o dever de fazer a sua parte, não se esquivar de cuidar de lide, se colocando entre as partes e justamente através do processo avaliar qual a parte que deve obter êxito. Como é disposto em alguns artigos:

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:

XXXV- a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988).

Na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (BRASIL, 1988).

Segundo Rangel (2014) o sistema acusatório assegura ao sujeito garantias, inclusive aquelas nas quais o próprio Estado acaba desrespeitando

de algum modo, ou até mesmo falhando com a sua responsabilidade. Já o sistema inquisitório, se dá quando o Estado acaba tomando do indivíduo os direitos que lhe pertencem, reprimendo suas garantias e agindo de forma arbitrária.

Os sistemas foram evoluindo ao longo dos anos e ainda precisam melhorar a cada dia que passa, portanto, percebe-se que há evolução dentro da sociedade, e é necessário que haja um desenvolvimento constante para que tenha melhor eficácia, porque seria totalmente divergente aplicar, por exemplo, o código processual penal da época em que foi criado nos casos concretos atuais.

Além do mais, se não houvesse cada fase, cada progresso, não teríamos atualmente o modo que é utilizada essa ferramenta, a qual chamamos de sistemas processuais penais.

Esses sistemas foram feitos para organizar e, nesse caso constituir um arcabouço jurídico de um país, ou seja, os sistemas dos processos penais servem para executar o direito material, quer dizer, os casos concretos acontecem e é preciso uma estrutura para que aqueles que estão inseridos na demanda consigam ter o devido processo legal, a aplicabilidade devida e para isso, conta-se com esses sistemas para obter efetividade.

Avena (2015) ressalta a existência de três espécies de sistema processual penal, que são eles: sistema acusatório, sistema inquisitório e sistema misto.

De acordo com Lopes Jr:

Historicamente os sistemas se distinguem pela mera separação inicial das funções de acusar e julgar, sendo isso suficiente para o nível de evolução civilizatória atingida. (LOPES JR, 2013).

Nagima resume de forma clara a aplicação do sistema processual:

os sistemas processuais são intimamente interligados com o modelo político de Estado. Vale dizer que quanto mais o Estado aproxime ao autoritarismo (ditadura, monarquia), mais reduzidos ficam as garantias do réu, e mais se aproxima ao sistema inquisitório. O contrário também é verdadeiro: quanto mais o Estado se aproxime à democracia e ao Direito, maiores ficam as concessões de garantias e, por conseguinte, mais se

aproxima ao modelo acusatório puro. Por fim, vale ressaltar que não existem sistemas puros. (NAGIMA, 2011).

Sendo que os dois primeiros são os sistemas principais que encontramos no ordenamento jurídico brasileiro. Os quais são conhecidos e debatidos entre a maioria da doutrina brasileira.

2.1. Sistema Inquisitório.

“O sistema inquisitório, na sua pureza, é um modelo histórico. Até o século XII, predominava o sistema acusatório, não existindo processo sem acusador legítimo e idôneo.” (LOPES JR, 2016, p.26). Isto é, o sistema inquisitório é um sistema processual que é atrelado a um momento histórico da humanidade.

Inquisição – “1. Ato ou efeito de inquirir. 2. Antigo tribunal eclesiástico instituído para investigar e punir crimes contra fé católica.” (AURÉLIO, 2008, p.293). A inquisição era um processo adotado pelos tribunais representados por pessoas da igreja para fazer a investigação dos crimes que ocorriam na época, os quais entendiam ser contra a fé.

Inclusive, aqueles que investigavam eram os mesmos que julgavam, conferindo penas absurdas aos condenados, como por exemplo, a pena de morte.

Segundo Rangel (2014) o sistema inquisitivo foi sendo aprimorado ao longo do tempo, surgindo na época do regime monárquico, e evoluindo no período chamado de inquisição, quando se observava principalmente, os dogmas da igreja. Havia concentração nas mãos do Estado-Juiz, das funções de acusar e julgar concomitantemente, ou melhor, não havia imparcialidade, aquele que detinha o poder era o responsável pela decisão, podendo ela ser justa ou não.

Assim como, não era admitido que o particular detivesse em suas mãos o poder de justiça, propriamente dita. Isto é, não queriam que qualquer pessoa pudesse exercer a justiça de qualquer forma, podendo deixar desobrigado aquele que realmente merecia ser punido e condenar aquele que fazia jus a liberdade.

Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar. (LOPES JR, 2016, p.26).

Se torna ilógico quando a mesma pessoa que tem a função de acusar, acaba posteriormente libertando o acusado. Essa figura precisaria ter um discernimento infundável, para que em sua própria consciência conseguisse ser imparcial. O que acaba demonstrando que a justiça não era de fato, efetiva.

De acordo com Nucci:

O sistema inquisitivo é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa. (NUCCI, 2014, p.69).

Ou seja, Nucci traz várias particularidades do sistema processual inquisitório, e uma das mais marcantes diz respeito a confissão do réu como sendo a maior das provas, tendo em vista que todos os métodos são escritos, e não é o réu que as registra. Esse tipo de processo acaba não possuindo uma concretude, se realmente o fato se deu como conta o réu, ou se condiz com o que é posto pela acusação.

Dessa forma não há a disposição de outros meios de demonstração de que aquilo que está sendo apontado, é o que realmente aconteceu. Deixando claro que há uma certa insuficiência, onde o inquisidor pode influenciar diretamente no desenlace daquela demanda.

Bem como afirma, Aury Lopes Jr:

Na medida em que o núcleo fundante do processo é a gestão de prova, tudo gira em torno da prova enquanto instrumento de reconhecimento e captura psíquica do juiz. Superou-se a visão tradicional que o sistema estava demarcado pela separação inicial das funções, repensando o próprio alcance do *ne procedat iudex ex officio*. Ademais, imprescindível afastar o juiz da iniciativa probatória em nome do contraditório e da necessária imparcialidade do julgador. (LOPES JR, 2013).

Conforme também é dito por Renato Brasileiro:

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, 2016, p.12).

Esse sistema tem como principal característica a junção das funções de julgar, acusar e defender em um só personagem, ou seja, uma única pessoa impondo sua vontade, os seus fundamentos.

No sistema inquisitivo, não existe a obrigatoriedade de que haja uma acusação realizada por órgão público ou pelo ofendido, sendo lícito ao juiz desencadear o processo criminal *ex officio*. Nesta mesma linha, faculta-se ao magistrado substituir-se às partes e, no lugar destas determinar, também por sua conta, a produção das provas que reputar necessárias para elucidar o fato. (AVENA, 2015, p.10).

No sistema inquisitório fica claro e evidente que o acusado acaba por não ter os seus direitos, entre eles alguns princípios fundamentais, os quais estão presentes na fase pré-judicial e judicial, e que o acusado, nesse tipo de sistema, finda tendo suprimido, por exemplo, o direito da ampla defesa e ao contraditório, que está previsto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, vejamos:

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 a ela inerentes; (BRASIL, 1988).

Sem as garantias, o processo fica à mercê de excessos, onde não há defesa para o acusado, nem como este ser processado devidamente, ensejando em ser julgado pelo fato cometido sem parâmetros.

O sistema inquisitório acaba sendo incompatível com a Constituição Federal vigente, justamente porque não respeita os princípios que esta traz. Desse modo acaba sendo injusto, porque o acusado é somente um, lidando

sem defesa contra o inquisidor, e ainda leva - se em conta a falta de imparcialidade dentro da demanda.

Evidentemente fica mais fácil ser condenado por tal crime, razão essa dada por não ter uma defesa condigna, podendo inclusive ser condenado por um crime que não cometeu. Como afirma o autor, Paulo Rangel:

O sistema inquisitivo, assim, demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido das legislações modernas que visem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana. (RANGEL, 2014, p.48).

Tal como é dito por Lopes Jr (2012) O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era pra ser uma contenda isonômica entre acusador e acusado, com equivalência de oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação.

Esse tipo de sistema não é garantista, somente busca analisar o objeto da demanda que é o acusado e, além do mais, não traz para o processo os direitos que o mesmo tem.

2.2. Sistema Acusatório.

O sistema processual penal acusatório é outro sistema importante, que acaba sendo o oposto do sistema inquisitório. Conhecido também como garantista, é o sistema adotado pela Constituição Federal Brasileira de 1988. A maioria da doutrina busca distinguir os sistemas através da separação das funções exercidas por cada um dentro do processo, em cada tipo de sistema.

Nesse sistema fica claro a distinção entre as funções existentes em uma demanda judicial, ou seja, as funções de defesa, acusação e julgamento são divididas e conduzidas por pessoas e órgãos diversos.

As sociedades estão em constante evolução. Passado o período da inquisição, começou a existir a necessidade de maior proteção do acusado, o qual não tinha direito algum, era somente objeto no processo inquisitório, como foi visto anteriormente. Então com o advento da CF/88, foi trazido para os cidadãos brasileiros os direitos e garantias fundamentais, os quais são instituídos a partir de princípios que não devem ser contrariados.

Lopes Jr (2013) afirma que ainda que o tempo passe, muitos acabam que não evoluindo junto, porque estão presos ao tempo arcaico.

O problema é que estamos no século XXI e a complexidade das sociedades contemporâneas exige um constante ajuste e adaptação do Direito e do Processo. Esse é um dos maiores erros de algum setor da doutrina, que, arraigada em conceitos de século XVII (e até antes...), não percebe do discurso empregado. (LOPES JR, 2013).

É preciso que haja um progresso conciliado entre o que a sociedade está vivenciando e que o sistema processual acompanhe esse ritmo de evolução. Fica claro que muitos acabam não acompanhando a evolução que a sociedade em si necessita, olhando pelo prisma de um código processual penal da década de 40, mesmo que haja uma reforma ou outra, acaba não suprimindo por completo a insuficiência.

Falamos da questão que se deve olhar para frente, buscar o que a sociedade carece em cada fase, principalmente no agora, que é o momento de buscar modificar e não tentar delinear os sistemas conforme o que foi feito no passado.

Não se pode ficar debatendo de forma estéril (e às vezes histórica) conceitos e concepções do século XVIII, ou ainda mais remotos, deixando de lado as novas exigências sociais, processuais e, principalmente, democráticas e constitucionais. (LOPES JR, 2013).

Segundo NUCCI (2014) esse sistema possui uma clara separação entre quem acusa e quem julga, logo são atores diferentes. No sistema acusatório há o total reconhecimento dos direitos do acusado e a isonomia entre as partes dentro do processo, respeitando os princípios trazidos pela Constituição.

No Brasil, o sistema acusatório tem como base o ordenamento jurídico pátrio, onde o juiz exerce a função de julgador e garantidor dos direitos dentro

de tal demanda, haja vista que o acusador terá a função de colher todas as provas da infração penal.

Em contrapartida, há a figura de defesa, a qual é responsável por trazer o auxílio na efetividade dos princípios, como o da ampla defesa e do contraditório. Estando desta maneira assegurado pelos princípios e dispositivos constitucionais.

Há muitos princípios importantes que prezam as garantias daqueles que são parte num processo judicial, principalmente o acusado, vejamos alguns desses:

Princípio do devido processo legal, acredita-se que esse princípio seja um dos mais importantes para o acusado, porque garante que ele não seja preso, por exemplo, sem que passe por todo o trâmite processual, sem que apresente os recursos e, durante todo o processo ele consiga demonstrar seus direitos, de fato. “O devido processo legal é o princípio reitor de todo o arcabouço jurídico processual. Todos os outros derivam dele.” (RANGEL, 2014, p.5).

Este princípio está disposto na CF/88, em seu art. 5º, inciso LIV:

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:

LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; (BRASIL, 1988).

Segundo Rangel (2014) o processo é uma garantia ao indivíduo durante o momento que esteja em curso. Aquele que é parte terá constante proteção, essa que é concedida por princípios dispostos na CF. Não sendo permitido que esses direitos sejam restringidos, salvo expresso em lei.

Princípio da presunção de inocência, previsto também na CF/88:

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:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988).

Esse princípio busca demonstrar, no processo, que o indivíduo que está sendo acusado só será condenado com a certeza de que realmente é culpado. Até que se prove o contrário, ele será inocente.

Um princípio que de certa forma protege, por exemplo, aquele que está sendo acusado injustamente. Rangel trata a respeito do surgimento desse princípio e também a forma que ele foi implementado no ordenamento, vejamos:

Surgiu a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, a qualquer preço, queria sua condenação, presumindo-o, como regra, culpado. Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce o diploma marco dos direitos e garantias fundamentais do homem: a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, de 1789. Nesta fica consignado, em seu art.9º, que:

Todo o homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indisponível a sua prisão: todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei. (RANGEL, 2014, p. 24).

Quer dizer, tem uma certa segurança para aquele que está sendo acusado, dispondo de mais respeito e dignidade dentro de uma demanda judicial.

Princípio da imparcialidade do juiz, talvez esse seja um dos princípios que mais evidenciam o sistema processual acusatório, considerando-se que o juiz não se envolve, ele é inerte, precisa ser provocado, para que assim tome partido do que está acontecendo, com o intuito de julgar o que lhe foi ofertado. Não se comprometendo com nenhuma das partes, apenas exercendo a sua função, tendo em vista a separação da função da defesa e acusação.

A imparcialidade do juiz tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, pois, exatamente visando retirar o juiz da persecução penal, mantendo-o imparcial, é que a Constituição Federal deu exclusividade da ação penal ao Ministério Público, separando nitidamente, as funções dos sujeitos processuais. (RANGEL, 2014, p.20).

Esse princípio também é contemplado na Constituição Federal de 1988, observemos:

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:

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (BRASIL, 1988).

“Ou seja, deve o Estado-juiz interessar-se apenas pela busca da verdade processual, esteja ela com quem estiver, sem sair de sua posição *supra partes*.” (RANGEL, 2014, p.20).

São muitos os princípios constituídos para proteção e melhor andamento do processo penal, não sendo necessário citá-los aqui, visto que usufruiria de muito tempo falando sobre eles, o que de fato, no momento, não nos interessa.

Basta ver que foram demonstrados alguns dos princípios mais importantes deste sistema, onde se pode visualizar as características com um olhar mais digno àqueles que estão no curso de um processo judicial.

Conforme é dito por Nucci (2014) as características do sistema processual acusatório são várias. No processo, o acusado tem direito ao contraditório, onde pode ter a sua defesa, demonstrar o que está errado para eles através de provas, inclusive chegar a derrubar teses da acusação. Possui essa liberdade de se defender, ele tem o direito de ser parte equivalente à acusação, sendo o processo levado de forma isonômica, a demanda pode ser acompanhada pelas pessoas, onde se consegue visualizar o princípio da publicidade.

Dispõe também do direito de interpor recurso quando a decisão não for favorável ou for injusta para o acusado, assim como, desfruta da mesma forma

do princípio da presunção da inocência, o qual diz que o acusado não será considerado culpado até o trânsito em julgado do processo.

O sistema acusatório também conta com a oralidade, onde o acusado tem o direito de manifestar sua defesa oralmente, de frente para o juiz, para o promotor, demonstrando de modo falado e não só materializada de forma escrita, sendo uma forma bastante interessante, por exemplo, no caso do tribunal do júri, onde os jurados conseguem observar e dali obter conclusões, não ouvindo somente a acusação e a defesa, mas como o próprio acusado.

Está presente nesse sistema, a função do Ministério Público de acusar, conforme foi disposto na Constituição Federal de 1988, no artigo 129, inciso I. O MP e as autoridades policiais serão responsáveis por trabalhar na parte investigativa, ou seja, antes mesmo de se dar início ao processo de fato. Quando é feita a propositura da ação, a partir desse momento, o juiz é provocado e então começa a se movimentar dentro da demanda.

Assim, como há a acusação e o seu órgão responsável, há também o órgão responsável pela defesa, que é exercido por advogados e também, em linhas gerais pela defensoria pública, por meio dos defensores públicos, que em regra é utilizada por aqueles que são hipossuficientes e não conseguem arcar com os custos de um advogado particular.

Da mesma forma há em questão as provas, o que é totalmente oposto ao outro sistema. Nesse caso, as provas podem ser apresentadas pela defesa e acusação, dando a oportunidade de ter mais possibilidades de demonstrar o fato de forma verdadeira. O que, para o juiz, tornar concreto o seu juízo de valor fica muito mais fácil. “No sistema acusatório, a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais.” (LIMA, 2016, p.14).

Muitos autores discutem a questão do tipo de sistema aplicado por causa de algumas particularidades. Uma delas, talvez a mais debatida, seja a questão da produção de provas. Se o juiz mandar produzir alguma prova, ele

não estará sendo imparcial, tornado o sistema acusatório em inquisitório, por exemplo.

O que pode acabar afetando o processo diante das garantias da CF/88, ou se as provas só podem ser exclusivamente produzidas pelas partes do processo, deixando intacta a imparcialidade do juiz. São essas as questões discutidas entre os doutrinadores.

Percebendo outro ponto de vista, busca-se compreender que o fato do juiz pedir a produção de uma prova ou outra, se necessário dentro de um processo não o tornará definitivamente parcial, visto que está analisando a demanda por outro prisma, podendo julgar necessário tal prova diante de uma circunstância que não ficou clara. O que podemos compreender diante do que o autor Wagner Marteleto afirma:

Para a maioria dos autores tradicionais, as funções de acusar e julgar já se apresenta como suficiente para a identificação do sistema acusatório. A gestão da prova, para estes, não se erige em categoria identificadora do sistema, o que possibilita a produção de provas pelo juiz, *ex officio*, sem a ruptura do princípio acusatório. Contudo, vozes divergentes começam a ecoar defendendo que a gestão da prova pelas partes compõe o núcleo fundante do sistema acusatório e sustentando que a produção de provas de ofício pelo juiz é característica essencial do sistema inquisitório. (MARTELETO FILHO, 2009).

O processo no sistema acusatório serve para regular o poder do Estado, a forma como deve portar-se em meio a tudo que acontece, principalmente em cada caso concreto, por isso existem princípios para que o acusado não fique à mercê. O Estado tem o dever de garantir e punir, partindo dele um poder enorme, e que é preciso ter controle, justamente contra si, por isso esse tipo de sistema é tão valorizado, já que é garantista.

O processo, portanto, enquanto instrumento necessário para a atuação da jurisdição e do próprio exercício legítimo do *jus puniendi*, deve ser encarado essencialmente, como um instrumento de limitação do poder de punir do Estado e de garantia dos direitos fundamentais do réu (instrumentalidade constitucional do processo), e não como um instrumento de produção da inatingível *verdade real*. (MARTELETO FILHO, 2009).

O verdadeiro sistema acusatório busca uma sustentação e autenticidade no decorrer dos seus processos, apanhando para si às questões que realmente são válidas, não buscando somente um resultado, e sim, uma qualidade, sendo então um autêntico garantidor de direitos.

Ou seja, o Estado tem como dever assegurar que o seu papel seja cumprido, papel esse de interventor dentro de uma lide. E, não buscar julgar vários casos para que haja andamento no sistema judiciário e sim fazer o oposto, buscar justiça dentro dos parâmetros constitucionais.

Na maioria das vezes o Estado quer mostrar a sociedade que é eficaz, o que na verdade não é bem assim, a quantidade de condenados, não é realmente o que se necessita. “O eixo das mudanças propostas é sempre no sentido de tornar mais eficiente, infalível e rigoroso o exercício do jus puniendi. O que se pretende, indisfarçavelmente, e que haja um aumento de réus condenados.” (MARTELETO FILHO, 2009).

Atualmente, o Poder Judiciário sofre com certo afogamento perante a quantidade de processos existentes na esfera penal, o que gera uma certa ânsia para que seja resolvido o maior número de processos.

Todavia, conforme já afirmamos, efficientismo não pode significar desrespeito aos direitos e garantias fundamentais. Sendo o processo o meio estatal legítimo de limitação da liberdade individual, o objeto pretendido por seus protagonistas não pode suplantar a estrita observância às regras do jogo. (ROSA, 2017 apud LOPES JR; ROSA; SILVA, 2018).

Portanto, em geral nem sempre é viável, tendo em vista que acaba sendo prejudicial ao acusado, por não ter o esgotamento de todos os seus direitos, ou não compondo-se um julgamento adequado perante aquele caso concreto.

É lamentável ver o rumo que caminha a República e seus defensores da ordem jurídica. A vontade de vencer o jogo processual é levada ao cabo, a todo e qualquer custo. O investigado/acusado é instrumentalizado a fim de se ter provimento na ação proposta. (LOPES JR; ROSA; SILVA, 2018).

O que leva ao juiz ser parcial em determinados momentos, por vezes agindo como inquisidor, abrindo mão do juízo de valor que poderia ser feito de um modo mais efetivo, talvez utilizando até meios inqualificáveis para chegar à uma conclusão, querendo manter uma ordem pública, sobre de algo que desvirtuado, pois acaba sendo contraditório, querer consequências positivas em cima de condutas negativas.

Marteleteo diz respeito:

ainda que ao preço da absoluta aniquilação de sua imparcialidade; onde as garantias relacionadas à legitimidade da coleta da prova são cada vez mais esvaziadas, beirando-se a autorização da tortura e/ou outros métodos insidiosos de coação do acusado para que se coopere com a acusação (*verbi gratia*, a delação premiada); onde a prisão processual perde suas características cautelares e passa a ser utilizada indiscriminadamente, para atender a uma suposta e muitas vezes indemonstrável *garantia da ordem pública*. (MARTELETO, 2009).

Tendo em vista o que esse tipo de sistema traz a reboque, as inúmeras garantias, assim como os princípios, e as variações de aplicabilidade, por vezes imprecisas. Sabemos que o sistema acusatório é o que mais chega próximo dos direitos trazidos pela nossa Carta Magna de 1988.

2.3. Sistema Misto.

O sistema misto que também pode ser chamado de acusatório formal, é um sistema que surgiu a partir da junção dos outros dois sistemas mais importantes da história, e/ou os únicos, que são: o sistema acusatório e inquisitório. E, que acabou se tornando mais um tipo de sistema.

Este sistema foi criado diante da utilização de um tanto de um sistema como de outro, ou seja, quando um sistema acaba falhando parcialmente, inclui-se o outro para complementar, o que ocorre há muito tempo ao longo da história. Ademais, ressalta Paulo Rangel:

Procurou-se com ele temperar a impunidade que estava reinando no sistema acusatório, em que nem sempre o cidadão levava ao conhecimento do Estado a prática da infração penal, fosse por desinteresse ou por falta de estrutura mínima e

necessária para suportar as despesas inerentes àquela atividade; ou, quando levava, em alguns casos, fazia-o movido por um espírito de mera vingança. Nesse caso, continuava nas mãos do Estado a persecução penal, porém feita na fase anterior à ação penal e levada a cabo pelo Estado-juiz. (RANGEL, 2014, p.51).

Quer dizer, não existia um certo limite para determinadas condutas, ficava a critério de cada um, valendo – se disso, estava presente ambos os tipos de sistema processual penal e, a partir disso, surge esse novo sistema, chamado de sistema processual penal misto.

Destarte, essa nova implementação que foi sendo utilizada cada vez mais, de modo que podia ser escolhido dentre os dois sistemas, ou como dito anteriormente a fusão de ambos, trazendo uma conveniência para a sociedade, logo, um “sistema” vantajoso para todos, desde as partes ao julgador.

Esse sistema misto se deu através dos doutrinadores, principalmente, no Brasil. A mistura do uso do sistema inquisitório com acusatório, acabou criando essa nomenclatura para poder distinguir, tendo em vista que nenhum dos sistemas são absolutos.

Pode – se visualizar um exemplo, em que o STJ em uma decisão monocrática fala a respeito do sistema misto, vejamos:

APELAÇÃO. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. PRELIMINARES DE NULIDADE. REJEIÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PRIVILEGIADORA DO § 2º DO ART. 155 DO CP. INCIDÊNCIA DESCABIDA. APENAMENTO. MANUTENÇÃO. INDENIZAÇÃO QUANTO AOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. AFASTAMENTO. I - Preliminar de nulidade do processo por afronta ao art. 212 do CP. Ainda que se esteja em plena caminhada à adoção do sistema acusatório no direito processual penal brasileiro, **convive-se hoje no país com o modelo de sistema acusatório misto**. A tanto é bastante verificar no vigente Código de Processo Penal as várias possibilidades de iniciativa probatória entregues ao juiz. É tarefa do legislador, dada a vinculação (constitucional) ao princípio da legalidade, traçar o modelo de processo penal aplicável no território nacional, seja ele o denominado modelo acusatório puro, nos moldes de direito anglo-americano, ou o acusatório misto, como o alemão (continental europeu), ou outro a ser eventualmente formatado dentro da exclusiva experiência jurídica brasileira a ser revelado. Sob tal enfoque não se pode considerar como nulidade tão só o fato de a

iniciativa da inquirição, em audiência, ter partido do juiz. Neste momento de transição do sistema inquisitório ao acusatório o que importa é assegurar o respeito ao equilíbrio processual entre a acusação e a defesa, devendo-se verificar se tal balanço foi concretamente aplicado, e assim, concretamente, o direito à ampla defesa. Em outras palavras, se houve inversão na ordem dos questionamentos, com o magistrado iniciando as indagações, tal procedimento, por si só, não é suficiente para gerar a decretação da nulidade do ato. Nos termos do artigo 563 do CPP, "nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para defesa". Ou seja, descabida é a decretação de nulidade de ato processual pela mera inobservância da forma se ele produziu o resultado pretendido pela norma. Precedentes desta Corte e do egrégio STJ [...]. (STJ – AREsp Nº 413.586 - RS (2013/0351135-1). Relator: Ministro Ribeiro Dantas. DJe: 07/11/2016).

O Superior Tribunal de Justiça e alguns doutrinadores dizem que o sistema misto é o qual o Brasil adota, devido que há uma integração entre os dois sistemas, tendo em vista o sistema inquisitório na fase pré processual, onde no inquérito policial, o investigado não goza do contraditório, somente a autoridade policial constitui provas, dizendo-se assim que essa fase é inquisitorial.

Já na fase judicial, constituído o início do processo, o juiz começa a dar andamento e a partir disso são assegurados os direitos e garantias daquele que de investigado passa a ser acusado, e é nessa fase que se subdivide os órgãos responsáveis por cada uma das funções, trazendo para dentro do processo pontos concretos e objetivos do sistema acusatório.

“Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto no segundo, presentes se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas.” (NUCCI, 2014, p.70).

Pode-se perceber que nesse segundo momento há a presença de pessoas distintas no processo, ou seja, a figura do acusador, da defesa e do julgador. Do mesmo modo, as provas são constituídas pelas partes.

E, deixa claro nesse instante que o sistema processual aplicado é o acusatório, o qual já sabemos que é o sistema garantidor dos direitos do

acusado. "Afirma-se que a fase pré-processual brasileira é inquisitorial, e a fase processual, por sua vez, acusatória, já que é marcada pelo contraditório e pela ampla publicidade dos atos processuais." (LIMA, 2018).

Conforme é dito por Nucci, podemos entender:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas, etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo [...]) (NUCCI, 2014, p. 70).

Um olhar pela vertente adotada por Nucci, que corrobora o que prega o STJ, deixa claro que o sistema é misto, sendo híbrido por se utilizar da Constituição Federal e o Código Processual Penal. Ambos se contradizem em alguns momentos, são regidos por princípios distintos, e criados em anos diferentes, podendo constatar que a CF/88, traz princípios mais atualizados devido a sua juvenilidade.

No entanto, Pacelli entende:

No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação. (PACELLI, 2014, p.14).

Ou melhor, é necessária uma análise a respeito da fase pré-processual, levando em conta não fazer parte do processo, propriamente dito, já que se trata de uma parte administrativa, tratando-se de uma fase meramente investigativa, o que acaba por divergir da tese conferida por Nucci.

Ainda sobre as afirmações de Nucci, vejamos:

É certo que muitos processualistas sustentam que o nosso sistema é o acusatório. Contudo, baseiam-se exclusivamente nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção da inocência etc.) Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial,

presidido por um bacharel em Direito, concursado, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e de ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.). Somente após, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório. (NUCCI, 2014, p.71).

Por mais que não seja a maioria da doutrina, a visão de alguns acabam tendo uma certa lógica correspondente ao cotidiano, observando que é necessário salvaguardar os direitos e garantias do acusado durante o processo, como a imparcialidade do julgador, por exemplo, já que é ele que irá proferir a sentença impessoal daquele réu.

Conforme Pacelli diz:

somente quando (se) a investigação fosse realizada diretamente perante o juízo (como ocorreu no Juizado de Instrução francês, por exemplo) seria possível vislumbrar contaminação do sistema, e, mais ainda, e, sobretudo quando ao mesmo juiz da fase de investigação se reversasse a função de julgamento. Não é esse o caso brasileiro. (PACELLI, 2014. p.14).

Na fase pré processual, a do inquérito policial, não se necessita de direitos e garantias, tendo em vista que só é uma busca por fatos, através de diligências feitas pela autoridade policial, sendo que se não forem reunidos os elementos necessários, é possível que a ação penal não seja nem ao menos constituída. Portanto, não há aquela necessidade crucial de implementar o contraditório, por exemplo.

A visão de Nucci fica clara como a da maioria da doutrina, que a fase do inquérito policial faz parte do processo, como um todo, tornando assim, o que acontece lá, fragmento do sistema inquisitivo, deixando o processo ser regido por sistema misto, por haver uma porção de um e de outro.

Há que entenda que o Brasil adotou o sistema inquisitivo (ou inquisitório), baseando-se em disposições do Código de Processo Penal, mormente naquelas que versam sobre a tramitação do inquérito policial e sobre os poderes instrutórios conferidos ao juiz para a condução da ação penal. Parcela mais considerável da doutrina, a seu turno, aponta que o sistema processual adotado pelo ordenamento brasileiro é o acusatório. Para tanto, sustenta que, com o advento da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se uma nítida separação entre as atribuições que tocam aos órgãos de acusação e de julgamento, o que é razão suficiente para

concluir que o Brasil encampou, de fato, o modelo acusatório. (REIS JR, 2016).

Torna-se mais claro que o sistema acusatório acaba se sobressaindo em comparação aos outros, justamente por causa da lei maior, que é a Constituição Federal. Além do mais, a Carta Magna foi criada e tornou-se vigente anos após o Código de Processo Penal, faz-se mais atualizada de acordo com o que o Estado e a sociedade estavam necessitando no momento.

Podemos perceber, através das palavras do autor Pacelli:

Convém insistir que o inquérito policial, bem como quaisquer peças de informação acerca da existência de delitos, destina-se exclusivamente ao órgão da acusação, não se podendo aceitar condenações fundadas em provas produzidas unicamente na fase de investigação. A violação ao contraditório e à ampla defesa seria manifesta. As exceções ocorrem em relação às chamadas provas irrepetíveis, necessariamente realizadas na fase de investigação e de (materialmente) impossível reprodução e repetição no processo. (PACELLI, 2014, p.15).

Ou seja, tudo que é constituído na fase pré-processual, acaba sendo tomada novamente na fase processual, como por exemplo, a oitiva de testemunhas no inquérito policial, e posteriormente, no decorrer do processo, sendo que o inquérito policial servirá somente para construção da ação penal.

As informações adquiridas no processo administrativo de investigação acabam por não ser objeto absoluto de prova para fundamentar a decisão que será proferida pelo juiz.

O magistrado fará seu juízo de valor. Com base nas provas e no processo durante seu curso, sempre observando a ampla defesa e o contraditório. Irá, também ao longo do mesmo, formando sua concepção, e ao final proferirá a sentença.

Há muitas opiniões sobre o sistema adotado no Brasil ser misto ou não, sendo que os doutrinadores entendem que ele de forma alguma é somente inquisitório. Já outros entendem que é só acusatório, e há aqueles que entendem que é misto, justamente, pela marca forte do inquisitivíssimo na criação do Código de Processo Penal. Porém, certos autores conseguem visualizar o sistema misto como um todo, nada obstante, vejamos:

A visão que Aury Lopes Junior tem diante do sistema misto, é que todos os sistemas atualmente são mistos, porque um acaba levando um pouco do outro para a sua prática. Não sendo nem um, nem outro, porque só poderia ser somente acusatório, ou somente inquisitório em sua essência, quando eles foram criados. “é reducionista, na medida em que atualmente todos os sistemas são mistos, sendo os modelos puros apenas uma referência histórica.” (LOPES JR, 2016, p. 28).

Quer dizer, como atualmente não conseguimos ter um tipo de sistema em sua essência, ser totalmente da forma que o sistema em sua base diz que é, temos uma serie de misturas dentro de cada tipo de processos, de maneira que os sistemas acabam mesclando, por esse prisma temos um sistema misto, porque é utilizado um pouco de cada um no outro.

Fica demonstrado que não se é utilizado só um tipo de sistema, ao decorrer de cada processo, o julgador vai demonstrar em seus atos qual o sistema que terá predominância.

"Em outros dizeres: o sistema processual será definido de acordo com a atuação do julgador no curso do processo, pois não basta a separação inicial de funções para que o sistema seja classificado como acusatório, inquisitório ou misto." (LIMA, 2018).

Lopes Jr (2013) ainda diz que não se pode ficar debatendo o tempo inteiro, ficando preso a discutir sobre o tipo de sistema que é utilizado, considerando-se que foram conceitos criados no século XVIII, ou ainda mais antigos, sendo que é necessário se atentar ao que a sociedade e o Estado pedem atualmente. Além do mais, vivemos no século XXI, e as formas de Estado também evoluíram, junto das suas constituições e conseqüentemente, a democracia. Daniel Lima refere-se em seu artigo, se utilizando da mesma linha de pensamento que Aury Lopes Jr, que os sistemas não são exclusivamente únicos e sim todos mistos, uma vez que os deixar ser singulares é uma atitude do julgador. Notemos:

Por fim, conclui-se que a separação inicial de funções e a existência de uma fase de natureza preliminar são critérios insuficientes para classificar o nosso sistema processual penal como sendo misto ou de natureza acusatório, pois, conforme já dito, o que diferencia um sistema do outro é o *alheamento* do julgador. (LIMA, 2018).

Portanto, fica a critério do julgador o sistema processual penal que será utilizado, podendo ser mesclado durante o decorrer do curso do processo, tendo em vista as ferramentas das quais ele irá se utilizar, o que posteriormente determinará o sistema predominante no processo.

3. DAS CONTRADIÇÕES E INEXATIDÕES TRAZIDAS PELO SISTEMA ADOTADO NO BRASIL.

Sabemos que há uma enorme discussão sobre qual sistema é adotado no nosso país, simplesmente, pelo fato de que em nosso sistema há um código especial para tratar da questão processual no âmbito do direito penal, como há em outras áreas, e que ele é um tanto contraditório com a nossa Carta Magna de 1988.

Portanto, duas fontes jurídicas chegam a gerar dúvidas entre os doutrinadores quanto ao tipo de sistema, o que leva a cada um se posicionar de uma forma.

Uma parte entende que o sistema adotado no Brasil é o sistema processual penal inquisitório propriamente, haja vista que o Código de Processo Penal é a ferramenta que direciona e rege o processo em sua forma. Em contrapartida, a Constituição Federal de 1988, traz em seu âmago, garantias para todos os cidadãos brasileiros, inclusive na esfera do processo penal em si.

É papel do Estado ser equilibrado para conseguir ter uma visão mais ampla, para só assim, vir a julgar e condenar tal indivíduo perante o delito cometido, necessitando ter um cuidado especial para que não seja deixado impune aquele que de tal modo realmente cometeu o crime e, nem punir quem assim não o fez.

Aury Lopes Jr, comenta a respeito da inconstitucionalidade:

O processo penal de inspiração democrática e constitucional tem apenas um princípio unificador: a democraticidade. Um sistema não pode ser inquisitório porque substancialmente inconstitucional (como são os diversos dispositivos do CPP); tampouco pode ser misto, pois admitiríamos que ao menos metade dele é inconstitucional [...] pode ser acusatório, por elementar, pois conforme a Constituição. (LOPES JR, 2013).

O Código Processual Penal vigente no Brasil foi criado em 1941, antes da CF, que foi constituída em 1988, conseqüentemente mais de quarenta anos depois.

Isto posto, sabe-se que as sociedades evoluem praticamente dia após dia, por exemplo, no direito material penal, crimes acabam deixando de existir, porque para a sociedade aquela conduta já não tem mais a necessidade de ser punida, bem assim, podemos falar que o processo precisa de atualizações.

Deste modo, visto ser necessária atualizações e que o Código de Processo Penal, pelo fato de ser obsoleto, deu – se algumas reformas, para que assim conseguisse acompanhar a evolução da sociedade e, portanto, acompanhar a Constituição Federal, a qual foi criada mais recente. No que tange o direito previsto na CF/88, ainda há uma certa inconstitucionalidade dentre alguns artigos do CPP.

Podemos ver a análise das autoras Mezzalira & Giuliani:

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988 passou-se a verificar a necessidade de uma reforma do Processo Penal brasileiro. Isso decorreu do rol de garantias asseguradas no art. 5º da Carta Magna, as quais aplicadas ao processo demonstravam que muitos dos institutos previstos no Código de Processo Penal de 1941 não haviam sido recepcionados pelo texto constitucional. Nesse contexto, a atualização e a modernização do Código de Processo Penal mostravam-se imperativas. As Leis nº. 11.689, 11.690 e 11.719, que entraram em vigor em 2008, trouxeram alterações substanciais em diversas fases da persecução criminal, modificando várias facetras da dinâmica processual. (MEZZALIRA; GIULLIANI, 2010).

Há uma clara contradição em dizer que o sistema adotado é puramente acusatório, como foi dito anteriormente, o CPP precisou de reformas para que os seus artigos não ficassem totalmente em desacordo com a Constituição.

Sabe-se que em regra artigos não se contradizem com o que prega a Constituição, o que nos leva a dizer que há uma certa inconstitucionalidade no Código de Processo Penal. O Código faz parte do nosso ordenamento jurídico,

já que é a lei que rege o processo de forma direta sem que haja outras ramificações, ou seja, é específico para tal.

Podemos dizer então que existe essa certa inexatidão com o sistema adotado, tendo em vista o sistema acusatório que busca de todas as formas o garantismo para as partes no processo, o que não se pode dizer totalmente de certos dispositivos do Código de Processo Penal, observando a sua essência inquisitorial.

3.1. Inconstitucionalidade do Código de Processo Penal

Mesmo com a reforma no Código ainda há alguns artigos que demonstram incompatibilidade, não deixando que fique claro e puro o sistema acusatório, criando várias incongruências com os princípios garantidores existentes na lei maior.

Esses artigos acabam sendo presentes no decorrer do processo penal, observando claramente que não foram retirados do ordenamento jurídico, e mesmo com a reforma, não foram ajustados como carece, podendo-se dizer que ainda persiste certa inconstitucionalidade com o que a CF prega.

Assim, é dito por Aury Lopes Jr:

O sistema processual penal antidemocrático parte do “desamor ao contraditório”, estabelecendo os contornos de um processo que autoriza o ativismo judicial, com o juiz (ator) buscando prova de ofício (art.156), decretando prisões cautelares também de ofício (art.311), condenando sem pedido (art.385), rompendo a igualdade de tratamento e de oportunidades. Em decorrência também fulmina a garantia da imparcialidade do juiz, pois é flagrante a contaminação. (LOPES JR, 2018).

Veremos a seguir alguns artigos que são aplicados e buscaremos entender tanto o descompasso com a CF, quanto o porquê de serem ditos como inconstitucionais.

No artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal, observemos:

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

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

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 2008).

Já o Artigo 311 do Código de Processo Penal, diz respeito:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (BRASIL, 2011).

Artigo 385 do Código de Processo Penal, vejamos:

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL, 1941).

Os legisladores pecaram quando reformaram esses artigos, deixando resquícios do sistema inquisitorial. Formando assim uma certa inconstitucionalidade dentro do próprio Código e, conseqüentemente, dentro do processo penal.

Considerando que todos os dispositivos presentes no ordenamento jurídico que não estão dentro da Constituição Federal, deve dispor de obediência à mesma.

3.2. Da Prisão Decretada de Ofício Pelo Juiz.

Como foi visto no decorrer do trabalho, há uma certa contradição, que acaba gerando uma inconstitucionalidade no ordenamento jurídico do país. Uma dessas inconstitucionalidades se encontra no art.311 do Código de Processo Penal, tendo em vista que o mesmo possui uma estrutura inquisitorial, e mesmo com a reforma segue contrariando a nossa lei maior.

O artigo 311 do CPP, diz que:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (BRASIL, 2011).

Ou seja, ainda que não tenha começado de fato a demanda judicial o juiz já possui autonomia de prender o investigado/acusado, o que acaba ferindo de certa forma um princípio basilar concernente à liberdade, direito este conferido ao acusado.

Podemos olhar pela perspectiva do inquérito policial, onde o juiz não deve possuir nenhuma presença na investigação, haja vista ser um processo administrativo, que é integralmente conduzido pela autoridade policial.

Os juristas Lopes Jr, Alexandre Morais e Philipe Benoni falam a respeito em um dos seus artigos que faz alusão entre a falha do árbitro de vídeo durante a Copa do Mundo e o Processo Penal em sua aplicação, vejamos:

Em outro giro, o processo penal parece estar em involução. Cada vez mais o Supremo Tribunal Federal é chamado a se manifestar sobre o óbvio – inconstitucionalidade da condução coercitiva, cumprimento provisório da pena, quebra do princípio da presunção de inocência. (LOPES JR; ROSA; SILVA, 2018).

O processo acaba por ter uma certa regressão, diante de tais atos, considerando que a nova Constituição é regada de direitos e garantias, mas ainda assim, o processo traz artigos em que o direito ali decai. Como inclusive, pode ferir os ditames da Carta Magna.

Assim, continua Lopes Jr, Alexandre de Morais e Philipe Benoni quando se refere a esse tipo de inconstitucionalidade:

Infelizmente, às vezes passa em branco. A falta é cometida, as garantias são quebradas, o gol ilegal é marcado, e a torcida do acusador comemora. E o inocente é conduzido coercitivamente. É preso temporária e/ou preventivamente. É condenado. Vai, definitivamente, para a prisão, sem o trânsito em julgado do processo. E não importa o que a Constituição da República garante. E assim segue o jogo, com gol contra. (LOPES JR; ROSA; SILVA, 2018).

Sendo assim, se demonstra quando fala: “às vezes passa em branco”, é que por mais de uma vez é coberto o direito do acusado. Por ser um dispositivo em que o juiz tem respaldo para a sua decisão, acaba se tornando um objeto mais válido para o juiz do que um dispositivo que não se deve aplicar devido observância negativa para o acusado.

Sabe - se que o magistrado tem total conhecimento das garantias do acusado, estas então presentes na Constituição. Porém o próprio julgador não as emprega de modo correto no processo.

Já que o juiz deve ser imparcial, o mesmo deve exercer o seu papel de modo acertado, conferindo ao acusado o que lhe é de direito.

Segue dizendo Lopes Jr, Alexandre de Moraes e Philippe Benoni:

Ou ele se faz de cego e não vê os duros golpes violadores dos direitos e garantias fundamentais, ou, às vezes, parece “influenciado” unicamente pela hipótese levantada pelo órgão acusador. Nesses casos, a imparcialidade parece não ser mais a regra do jogo. (LOPES JR; ROSA; SILVA, 2018).

Desse modo, fica demonstrado o quanto o dispositivo deixa a desejar, constatando-se inconstitucionalidade, no sentido de retirar do acusado um direito que já lhe fora concedido com o advento da CF.

esta decretação de ofício segue caminho contrário dos ditames constitucionais, e contra o sistema processual penal acusatório, no qual a polícia investiga; o Ministério Público acusa; o acusado se defende e o Juiz julga de acordo com as provas colhidas durante a instrução. (LUZ, 2013).

É necessário que se tenha imparcialidade dentro da demanda judicial, cada um exerce sua função, para que somente assim, possa obter absoluta eficácia. Ou melhor dizendo, o juiz não tem que interferir na fase pré processual, se ainda não é o momento que deve proceder, pois não é até então uma ação penal, e sim meramente uma investigação.

Diante disso, de que forma o juiz irá prender de ofício na fase do inquérito policial, se ainda não há o conhecimento dos fatos, levando em conta estar na fase de apuração dos mesmos.

Para que o juiz seja envolvido dentro de uma demanda é necessário que haja a provocação, observando o princípio da inércia, e não que parta de ofício do magistrado, ainda por cima, dentro de um processo administrativo que é de atribuição do delegado de polícia.

notadamente ao decretar uma prisão preventiva, sem qualquer pedido / parecer da acusação, titular da ação processual penal, o torna inegavelmente um juiz-inquisidor, rompendo com a exigência e crença na imparcialidade judicial. Se, de antemão, o próprio juiz decreta de ofício a prisão cautelar, o que se dirá da sentença ao final do processo (?!) (ABRÃO, 2012).

Além de ferir o princípio da inércia e o da imparcialidade, fica claro que há vestígios do sistema inquisitorial, que finda indo de encontro com a CF/88, restando inconstitucionalidade.

Havendo, inclusive decisões nesse sentido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL. ORDEM PÚBLICA. PRISÃO DE OFÍCIO. 1. O paciente, vereador licenciado para concorrer à candidatura de Deputado Estadual, foi condenado em primeiro grau, pelo delito de receptação. A pena privativa de liberdade foi substituída por restritiva de direitos, sendo, outrossim, concedido o direito de apelar em liberdade. 2. Após ter sido instado a explicar na tribuna sobre sua condenação, manifestou indignação, alegando ser inocente. Foi-lhe decretada a prisão preventiva, com fundamento na ordem pública. 3. Além de a segregação cautelar ter ferido frontalmente o sistema acusatório, pois a decretação foi de ofício, prática rejeitada pela Constituição de 1988, foi totalmente desnecessária, tendo em vista que os pronunciamentos no âmbito da Casa Legislativa, onde o paciente é vereador, criticando instituições, não ameaçam a ordem do Estado de Direito, cuja artificial reason transcende aos limites da urbe localizada. 4. Além de não haver ofensa à ordem pública, não houve demonstração de nenhuma outra situação que pudesse ensejar a decretação da custódia cautelar, tal como o risco de fuga, por exemplo. Tanto é verdade que respondeu ao processo em liberdade e lhe foi concedido o direito de apelar em liberdade. LIMINAR CONFIRMADA. ORDEM CONCEDIDA. (Habeas Corpus Nº 70016461592, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 31/08/2006).

Julgado no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia:

EMENTA: HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA DE OFÍCIO (SEM REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL E SEM PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, QUE OFERECERAM DENÚNCIA E NÃO PLEITEOU PELA CUSTÓDIA CAUTELAR). ILEGALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ. ORDEM CONCEDIDA. (Classe: Habeas Corpus, Número do Processo: 0009711-24.2017.8.05.0000, Relator (a): Carlos Roberto Santos Araújo, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Publicado em: 25/09/2017)

(TJ-BA - HC: 00097112420178050000, Relator: Carlos Roberto Santos Araújo, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Data de Publicação: 25/09/2017).

Julgado pelo Tribunal Regional Federal 1ª Região:

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. PRISÃO PREVENTIVA DE OFÍCIO. 1. Para que a Justiça seja justa, o juiz não deve, no nosso regime democrático, decretar de ofício prisão preventiva. No nosso regime democrático, um acusa, outro defende e o terceiro julga. As funções são distintas e bem definidas. 2. Diante da Constituição Federal de 1988 não é mais possível a decretação de prisão preventiva de ofício pelo juiz. O modelo inquisitorial é incompatível com o Estado Democrático de Direito. O juiz deve ser imparcial. Daí se pretender o juiz de garantias. A posição do Magistrado deve ser supra partes. 3. A nova redação do art. 311 do Código de Processo Penal estabelece expressamente, portanto, que o juiz não tem mais legitimidade para decretar a prisão preventiva de ofício durante a investigação policial.

(TRF-1 - HC: 12599 GO 0012599-83.2012.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 02/04/2012, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.920 de 13/04/2012).

Julgado pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso:

HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRISÃO FLAGRANCIAL NÃO HOMOLOGADA, PORÉM DECRETADA A PRISÃO PREVENTIVA – SUSTENTADA A ILEGALIDADE DA ATIVIDADE EX OFFICIO DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA – SUBSISTÊNCIA – EXIGÊNCIA DE PROVOCAÇÃO NÃO OBSERVADA NA FASE INQUISITIVA – VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO E AO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE – INFRINGÊNCIA AO DISPOSTO NO ART. 311, CAPUT, DO CPP – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – ORDEM CONCEDIDA. Não obstante a presença de fundamentos idôneos para justificar a presença do fumus comissi delicti e do periculum libertatis, uma vez inobservado o disposto no art. 311, caput, do Código de

Processo Penal, tem-se por ilegal a prisão preventiva decorrente de decreto ex officio proferido antes do início da ação penal, o qual além de violar o sistema acusatório vigente, contraria manifestamente o princípio da imparcialidade. (HC 145706/2016, DES. PEDRO SAKAMOTO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 16/11/2016, Publicado no DJE 24/11/2016)

(TJ-MT - HC: 01457067520168110000 145706/2016, Relator: DES. PEDRO SAKAMOTO, Data de Julgamento: 16/11/2016, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 24/11/2016).

Entende-se, portanto, que há uma incompatibilidade no art.311 do Código de Processo Penal com a Constituição Federal e o sistema processual penal adotado no ordenamento jurídico do Brasil.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, através de um acórdão mais recente, demonstra a constitucionalidade do art. 311 do CPP. Vejamos:

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO DE OFÍCIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO DE PROCESSO E AO PRINCÍPIO DA INÉRCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. MODUS OPERANDI. 1. Presentes os requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal e demonstrado o periculum libertatis, admite-se ao Magistrado converter a prisão em flagrante em preventiva, aos ditames do art. 310, II, do Código de Processo Penal, sem que tal fato se confunda com a decretação da segregação preventiva ex officio na fase investigativa. Não se verifica, pois, a alegada violação à norma adjetiva penal, tampouco a desconformidade com o sistema acusatório de processo ou com o princípio da inércia, adotados pela Constituição da República de 1988. Precedentes. 2. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração do que consiste no periculum libertatis. 3. No caso, a custódia cautelar está justificada, pois destacado no decreto que o paciente esteve envolvido em disparos de arma de fogo (com numeração suprimida) em local público e na troca de tiros com policial militar, quando praticou delito com emprego de violência e grave ameaça, em concurso com adolescente. Evidenciado, portanto, o receio fundado de que, se posto em liberdade, afrontará normas de boa convivência social, em decorrência do modus operandi empregado na conduta delitiva, demonstrando-se a necessidade de acautelamento da ordem pública. 4. Ordem denegada. (STJ – HC Nº 392.294 - RS

(2017/0057158-0). Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO. DJ: 09/05/2017.

Entende-se que a prisão de ofício pelo juiz, na fase investigativa não interfere na imparcialidade do magistrado, e que esse tipo de cerceamento de liberdade é apenas prisão cautelar, sendo assim, não ofende os princípios constitucionais. Tal ato somente direciona o processo.

3.3. Da Iniciativa Probatória do Juiz.

Conceito de prova: Iniciamos o estudo do tema probatório pelas mais basilares nomenclaturas, definindo a prova como todo e qualquer elemento material dirigido ao juiz da causa para esclarecer o que foi alegado por escrito pelas partes, especialmente circunstâncias fáticas. (RUBIN, 2013).

As provas são fundamentais para que se chegue a uma conclusão dentro do processo penal, se o acusado é punido ou absolvido, sendo elas utilizadas para convencer o magistrado. Analisa-se o art.156 do CPP, para maior entendimento a respeito das provas dentro da demanda judicial.

A lei 11.690/08 alterou alguns artigos do Código de Processo Penal, estando entre eles o artigo 156, *in verbis*:

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

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

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 2008).

No caput do art.156 do CPP está expressamente consagrado o princípio do ônus da prova. Assim, afirma a respeito do ônus, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

O termo *ônus* provém do latim – *ônus* – e significa carga, fardo ou peso. Assim, *ônus da prova* quer dizer encargo de provar. Ônus não é dever, em sentido formal, pois este não se constitui em obrigação, cujo não cumprimento acarreta uma sanção

autônoma. Entretanto, não é demais salientar que as partes interessadas em demonstrar ao juiz a veracidade do alegado possuem o *dever processual* de fazê-lo. Do contrário, haveria uma *sanção processual*, consistente em perder a causa. (NUCCI, 2014, p.340).

Isto é, quem fizer a alegação tem o dever de provar. No processo penal não há a inversão do ônus da prova, tendo o acusado o direito ao contraditório e a ampla defesa, inclusive possui o direito de produzir prova em seu benefício, demonstrando dentro do processo a exclusão da culpabilidade.

Em vista disso, Nucci aponta, que:

“Como regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através de denúncia ou da queixa-crime.” (NUCCI, 2014, p.340).

Isto posto, percebe-se que de fato a acusação deve ter o ônus da prova, levando em conta que esta alega o delito dentro da persecução penal. E, que caso não o faça, poderá fomentar no insucesso perante a ação. Haja vista o princípio do *in dubio pro reo*.

Também conhecido como princípio do *favor rei*, o **princípio do “in dubio pro reo”** implica em que na dúvida interpreta-se em favor do acusado. Isso porque a garantia da liberdade deve prevalecer sobre a pretensão punitiva do Estado. (GOMES, 2010).

Ou seja, caso não se tenha como provar a imputação, deverá prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*, sendo assim, absolvido.

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (BRASIL, 2008).

Desse modo, é assegurado pelo art. 386 do Código de Processo Penal, que caso haja dúvida, ou falta de prova quanto a culpa do acusado, decide a favor do réu, tendo em conta ser a parte mais fraca dentro da demanda judicial.

Ora, se, para absolver, basta a dúvida e se, para o Estado-juiz, a absolvição interessa tanto quanto a condenação, é irrefutável

que, no momento em que parte à procura de provas, o juiz está descendo para o lado da acusação, fulminando sua imparcialidade. O juiz não precisa buscar provas para absolver, por isso, quando as busca, no fundo o faz para continuar uma hipótese condenatória, por ele mentalmente criada como possível. É a primazia da hipótese sobre o fato. (MARTELETO FILHO, 2009).

Pode-se perceber com a leitura do art.156, que a reforma nada acrescentou no ordenamento jurídico, porque ao invés de garantir a conformidade com o sistema acusatório, o dispositivo parece repudiar o princípio garantista da imparcialidade do julgador.

É evidente que o artigo 156 do Código de Processo Penal legitima práticas arbitrárias do magistrado, alegando que a busca pela verdade ontológica se faz necessária para a melhor aplicação das leis, evitando, assim, erros judiciais capazes de prejudicar o indivíduo. Entretanto, mais a frente, será demonstrado o equívoco quanto a esse posicionamento, pois, uma vez que a legislação permite que o representante do Estado pratique arbitrariedades mínimas que sejam, ela pode permitir atrocidades. (GIFONI, 2018).

O juiz que de ofício realiza a produção de provas acaba ferindo alguns princípios, e o principalmente, o da imparcialidade, haja vista que as provas devem ser produzidas pelas partes, para que só assim sejam analisadas, ensejando o livre convencimento.

O art.155 do CPP, traz o princípio do livre convencimento motivado, vejamos:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 2008).

Como dito no artigo acima, o juiz tem livre apreciação, ou seja, não há uma valoração taxativa das provas, o juiz que determina a importância de cada uma dentro do processo. Posteriormente, fundamenta os motivos que o levaram a determinada decisão, todas incrustadas sob o crivo do contraditório.

Os dois institutos do art. 156 do CPP, reverberam resquícios do sistema inquisitorial. Pelo fato que o juiz acaba por determinar de ofício,

realização de prova na fase pré-processual, sendo deliberada por autoridade policial, o outro inciso deixa claro a falta de imparcialidade do julgador, quando o mesmo acha necessário buscar provas.

Pode – se observar um acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que deixam claro a existência do sistema inquisitorial no processo penal:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA. REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO POR JUIZ DURANTE A FASE INQUISITÓRIA, ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 3º, DA LEI DE PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO QUE PERMITA AO MAGISTRADO PROCEDER À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. RETORNO AO **SISTEMA INQUISITÓRIO**. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E GARANTIAS DO CIDADÃO. RECURSO PROVIDO.

1. Hipótese em que o Juiz, antes de haver, sequer, o oferecimento da denúncia, estando ainda no curso da investigação preliminar, se imiscuir nas atividades da polícia judiciária e realizar o interrogatório do réu, utilizando como fundamento o artigo 2º, § 3º, da Lei 7.960/1989.

2. A lei da prisão temporária permite ao magistrado, de ofício, em relação ao preso, determinar que ele lhe seja apresentado e

submetê-lo a exame de corpo de delito. Em relação à autoridade

policial o Juiz pode solicitar informações e esclarecimentos.

3. A Lei 7.960/1989 não disciplinou procedimento em que o Juiz pode, como inquisidor, interrogar o réu.

4. O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal, eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional.

5. O **sistema acusatório** regido pelo princípio dispositivo e contemplado pela Constituição da República de 1988 diferencia-se do **sistema inquisitório** porque nesse a gestão da prova pertence ao Juiz e naquele às partes.

6. No Estado Democrático de Direito, as garantias processuais de julgamento por Juízo imparcial, obediência ao contraditório e à ampla defesa são indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais do homem.

7. Recurso provido.

(STJ – RHC Nº 23.945 - RJ (2008/0142326-4). Relatora: MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). DJ: 05/02/2009. T6 – SEXTA TURMA.).

O magistrado é capaz de averiguar as provas que foram trazidas ao processo pelas partes, para que a partir disso, construa uma fundamentação para julgar cada caso concreto. E, não deve constituir provas, para que não haja uma dúvida quanto a imparcialidade, dado que, caso isso ocorra, demonstra-se que as provas levadas ao processo não foram suficientes para sentenciar o acusado.

Tendo em vista não ter todos os indícios necessários para condenação do réu, se emprega o princípio *in dubio pro reo*.

Alguns autores defendem a prova produzida de ofício pelo juiz a consagração do princípio da verdade real. Esse princípio está imposto pelo Código de Processo Penal.

O jurista Luiz Flávio Gomes, descreve a definição do princípio da verdade real: “princípio da verdade real, informa que no processo penal deve haver uma busca da verdadeira realidade dos fatos.” (GOMES, 2010).

Entende-se que o princípio deve trazer ao processo a devida realidade dos fatos, desde que trazidas pelas partes.

Não pode se admitir erros dentro do processo penal, razão pela qual a verdade real dos fatos deve ser trazida à baila de todas as maneiras possíveis, devendo, ainda, o magistrado promover diligências no sentido de corroborar para o levantamento dos fatos nos autos. (RUTHERFORD, 2015).

Por essa óptica, o autor vislumbra a falta de erros dentro do processo penal, mas esquece dos princípios trazidos pelo sistema acusatório que protege, justamente, de erros maiores, o que pode dar margem ao magistrado utilizar-se de parcialidade, quando da produção de provas determinadas por si próprio.

Segundo GOMES (2010) afirma que em outros ramos do direito o Estado se contenta com as provas oferecidas pelas partes, o que é diferente

no processo penal, que caso não baste para o entendimento do juiz, pode-se buscar provas além do que as partes trazem ao processo. Para que assim, o magistrado consiga concretizar de melhor forma o seu julgamento, ou seja o *jus puniend*.

Entretanto, data vênua, sabe-se que o sistema processual penal adotado pelo Brasil é o sistema acusatório, que traz garantias e direitos ressaltados na Constituição Federal, e que preza pela democracia, sendo assim, não deve o magistrado constituir prova prejudicando não apenas o acusado, mas as partes.

No sistema acusatório, percebe-se que há uma verdadeira tecnicidade, pois o que importa é a regra, sendo um absurdo desvirtuá-la e isso faz que esse sistema seja neutro, visto que observa formalidades e não permite ao magistrado reconhecer provas que foram obtidas fora do ritual preestabelecido. Contudo, no sistema inquisitório, a prova é tudo aquilo que revela o que supostamente aconteceu e deve ser levado aos autos de qualquer forma; independentemente à existência de regras, as mesmas podem ser burladas para que a verdade real seja alcançada nos autos. (GIFONI, 2018).

Ora, se a imparcialidade é a preocupação central do sistema acusatório – que para atingi-la separou as funções de acusar e julgar -, afigura-se evidente que a gestão da prova também compõe o núcleo fundante do sistema. A tarefa de produzir provas deve ser atribuída exclusivamente às partes, uma vez que atribuí-la ao juiz desvela a prevalência do interesse de punir sobre o de assegurar os direitos fundamentais do acusado. E se a Constituição Federal adotou, como vimos, o sistema acusatório, a veia inquisitiva do Código de Processo Penal deve ser secada, proibindo-se, de uma vez por todas, a produção de prova de ofício pelo juiz. Somente assim, a partir dessa necessária filtragem constitucional, que implica a proclamação da invalidade dos dispositivos que conferem poderes instrutórios ao juiz, é que poderemos afirmar que vivemos em um sistema verdadeiramente acusatório. (MARTELETO FILHO, 2009).

Assim sendo, fica claro que o sistema inquisitorial segue presente no art.156, ainda que tenha sido reformado. O momento em que o magistrado pede de ofício produção de provas ainda na fase pré – processual, fere diretamente o princípio da inércia, tendo em vista que ainda não houve o início da ação penal. Permanece em seus incisos a figura do juiz inquisidor, ferindo o

devido processo legal, o princípio do juiz imparcial, do que trata o sistema acusatório dentro da lei maior, ou seja, na Constituição Federal.

Os autores se referem a modo que ainda que o sistema adotado seja o acusatório está presente em seus artigos resquícios fortes do inquisitório, faltando ao acusado um processo garantista, tendo assegurado o seu direito. Torna-se obvio o retrocesso do processo penal no ordenamento jurídico do país. Devendo o juiz respeitar os limites quanto a sua atuação dentro da demanda judicial.

Por outro lado, a jurisprudência traz outra vertente, onde busca demonstrar que o art. 156 do CPP, não fere o sistema acusatório, ainda que tenha nuances inquisitoriais.

Vejamos algumas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 156 DO CPP. JUIZ SINGULAR. REQUISIÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DO ACUSATÓRIO. INEXISTÊNCIA. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1. Segundo entendimento desta Corte Superior, por força do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, pode o juiz, com observância do contraditório e da ampla defesa, determinar a produção de prova que considere indispensável para a solução do caso concreto, sem que isso caracterize ofensa ao sistema acusatório.

2. Na situação dos autos, a requisição do histórico de verificação do etilômetro foi devidamente fundamentada pelo Juízo singular, sendo que tal determinação teve como causa dúvida suscitada pela própria defesa acerca da calibração do aparelho. E, após a juntada do relatório requisitado, houve abertura de vista à acusação e, posteriormente, à defesa, que se manifestaram sobre o documento.

3. Inexistência de ilicitude da prova.

4. Agravo regimental improvido.

(STJ – AgRg no REsp: 1.497.068 - RS (2014/0303043-7). Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. DJ: 17/11/2015. T6 – SEXTA TURMA, DJe 04/12/2015).

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. LATROCÍNIO, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA E CORRUPÇÃO DE MENORES. INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO.

COMPATIBILIDADE. LIMITES. PODER RESIDUAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A estrutura acusatória do processo penal pátrio impede que se sobreponham em um mesmo sujeito processual as funções de defender, acusar e julgar, mas não elimina, dada a natureza publicista do processo, a possibilidade de o juiz determinar, mediante fundamentação e sob contraditório, a realização de diligências ou a produção de meios de prova para a melhor reconstrução histórica dos fatos, desde que assim proceda de modo residual e complementar às partes e com o cuidado de preservar sua imparcialidade. 2. Não fora assim, restaria ao juiz, a quem se outorga o poder soberano de dizer o direito, lavar as mãos e reconhecer sua incapacidade de outorgar, com justeza e justiça, a tutela jurisdicional postulada, seja para condenar, seja para absolver o acusado. Uma postura de tal jaez ilidiria o compromisso judicial com a verdade e com a justiça, sujeitando-o, sem qualquer reserva, ao resultado da atividade instrutória das partes, nem sempre suficiente para esclarecer, satisfatoriamente, os fatos sobre os quais se assenta a pretensão punitiva. 3. O uso, pelo magistrado, de seus poderes instrutórios, presentes em inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal, não autoriza, porém, posturas de vanguarda ou de protagonismo judicial. Assim, deve ser anulada a decisão da autoridade judiciária que, ao manter o recebimento da denúncia, determinou, imotivadamente, a oitiva de delegado e de inspetores de polícia, pois ao determinar, antes do início da instrução criminal, prova não urgente e não requerida pelas partes, o Juiz agiu em substituição aos litigantes. 4. Entretanto, deve ser prestigiada a atividade probatória deflagrada depois do término da audiência de instrução, quando, na própria ata, o Juiz determinou, de ofício, a oitiva de pessoas a que as testemunhas se referiram, de forma residual e em consonância com o art. 209, § 1º, do CPP, para a correta verificação de fatos referidos durante a produção da prova oral. 5. Recurso ordinário parcialmente provido para declarar somente a nulidade da decisão que, ao ratificar o recebimento da denúncia, ordenou, de ofício, a oitiva de delegado e de inspetores de polícia, devendo tais depoimentos ser desentranhados dos autos do processo, sem prejuízo de que tais testemunhos sejam requeridos pelas partes, na fase do art. 402 do CPP, ou, justificadamente, determinados pelo Juiz, nos termos dos arts. 156 ou 209 do CPP.

(STJ - RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 58.186 - RJ (2015/0075572-5). Relator: Rogério Schietii Cruz. DJ: 06/08/2015. T6 – SEXTA TURMA).

Inclusive, o STJ continua com o mesmo entendimento de constitucionalidade do art. 156, onde o juiz pode designar e constituir provas, vejamos:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA E QUADRILHA. OITIVA DE TESTEMUNHA INDICADA DE OFÍCIO PELO JUÍZO.

CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. 1. O nosso sistema processual é informado pelo princípio da cooperação, sendo pois, o processo, um produto da atividade cooperativa triangular entre o juiz e as partes, onde todos devem buscar a justa aplicação do ordenamento jurídico no caso concreto, não podendo o Magistrado se limitar a ser mero fiscal de regras, devendo, ao contrário, quando constatar deficiências postulatórias das partes, indicá-las, precisamente, a fim de evitar delongas desnecessárias e a extinção do processo sem julgamento do mérito. 2. A regra ne procedat judex ex officio não transforma o juiz num órgão absolutamente inerte, pois a autoridade judiciária, pode e deve, promover o bom e rápido andamento do feito. Presidindo a instância penal, cabem ao juiz (art. 251, Código de Processo Penal) a direção e regularidade do processo. 3. A teor do art. 209 do CPP, o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes, não havendo, assim, que falar em nulidade na oitiva de testemunhas indicadas pelo próprio Magistrado. Precedentes. 4. No caso, não fere o sistema acusatório a determinação, de ofício, pelo Juízo processante da oitiva de testemunha sigilosa cujo depoimento foi colhido no inquérito policial. 5. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (STJ – RECURSO EM HABEAS CORPUS - 102.457 - SP (2018/0223940-7). Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. DJ: 09/10/2018. QUINTA TURMA).

Os ministros do Superior Tribunal de Justiça deixam claro através das jurisprudências, que o art. 156 do Código de Processo Penal não afronta a Constituição Federal, sendo empregado ordinariamente no processo penal sem que confronte o sistema acusatório.

3.4. Da Proibição do Juiz Condenar Enquanto o MP Pede Absolvição.

O Decreto – Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941, traz em seu rol, o artigo 385, *ipsis litteris*:

Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. (BRASIL, 1941).

Considerando o já exposto, tomemos, portanto, a inconstitucionalidade de mais um artigo dentro do Código de Processo Penal que contraria os preceitos aplicados na Constituição Federal de 1988.

O presente artigo demonstra em sua própria conjuntura, uma afronta ao sistema acusatório, a partir do momento que se trata de reconhecer agravantes, que nem sequer foram apresentadas dentro do processo, no devido momento. O que gera a quebra do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Obviamente, devido processo legal, ampla defesa e contraditório são mandamentos que se inserem na sistemática constitucional de previsibilidade e segurança jurídica. Em outras palavras, devido processo legal, ampla defesa e contraditório só revelam algum sentido constitucional quando puderem ser concretizados por meios e instrumentos prévios de manifestação da parte interessada. (GUEDES, 2018).

Com o objetivo de reconhecer uma agravante, é fundamental que seja apresentada durante o curso do processo, onde a parte contrária terá a oportunidade de apresentar o contraditório, não sendo constitucional e democrático apresentá-la posteriormente.

“Por isso que, no Estado Constitucional, especialmente no âmbito do processo penal, o acusado tem o direito a confiar no Estado-acusador e no Estado-juiz, daí decorrendo o direito a não ser surpreendido no seu julgamento.” (GUEDES, 2018).

Ademais, o magistrado não pode reconhecer agravantes, sem que tenham sido alegadas durante a persecução penal, de modo que, dar-se-á oportunidade a acusação e nega-se o direito do acusado ocasião que o converte em juiz parcial. No qual constata incongruência com a carta constitucional.

Do mesmo modo que, o magistrado querer proferir a sentença, haja vista, a acusação entende que o acusado é inocente. Nesse momento o princípio desrespeitado é o da inércia da jurisdição, sabe-se que o dever de prestar jurisdição se dá quando há provocação, e não havendo, não há fundamentos sumos para prosseguir na demanda.

Assim sendo, afirma o autor Gabriel Martins Furquim:

O órgão acusador, quando não sustenta a condenação, não tem nenhuma pretensão acusatória, a partir da qual o poder punitivo estatal poderá ser exercido. Ou seja, estará ausente a busca pela satisfação jurisdicional – e a jurisdição é inerte, pois posta em movimento pela ação penal e correspondente insistência. (FURQUIM, 2017).

Consequentemente, não há o porquê do acusado ser condenado, tendo em vista não ter mais a pretensão acusatória. Observa-se, ainda que o magistrado decreta a sentença condenando o acusado após o veredito do MP, deixa claro a afronta direta a CF/88. O juiz, nesse caso, age de forma arbitrária, ofendendo notoriamente o sistema acusatório e suas garantias previstas.

Sabe-se a importância do órgão estatal da acusação, não podendo nenhum outro órgão agir do mesmo modo, compreende-se também, que o MP detém a titularidade sobre a ação penal pública, não podendo o magistrado comportar-se contrariamente ao que é inferido pelo Parquet em relação a acusação do indivíduo, considerando a sua função.

Inclusive, há julgado referente ao tema, e que em sua decisão busca preservar o sistema acusatório, vejamos:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - ABSOLVIÇÃO DOS REUS DECRETADA - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS - VINCULAÇÃO DO JULGADOR - SISTEMA ACUSATÓRIO. I - Deve ser decretada a absolvição quando, em alegações finais do Ministério Público, houver pedido nesse sentido, pois, neste caso, haveria ausência de pretensão acusatória a ser eventualmente acolhida pelo julgador. II - O sistema acusatório sustenta-se no princípio dialético que rege um processo de sujeitos cujas funções são absolutamente distintas, a de julgamento, de acusação e a de defesa. O juiz, terceiro imparcial, é inerte diante da atuação acusatória, bem como se afasta da gestão das provas, que está cargo das partes. O desenvolvimento da jurisdição depende da atuação do acusador, que a invoca, e só se realiza validade diante da atuação do defensor. III - Afirma-se que, se o juiz condena mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo Ministério Público em alegações finais está, seguramente, atuando sem necessária provocação, portanto, confundindo-se com a figura do acusador, e ainda, decidindo sem o cumprimento do contraditório. IV - A vinculação do julgador ao pedido de absolvição feito em alegações finais pelo Ministério Público é decorrência do sistema acusatório, preservando a separação entre as funções, enquanto que a possibilidade de condenação mesmo diante do espaço vazio

deixado pelo acusador, caracteriza o julgador inquisidor, cujo convencimento não está limitado pelo contraditório, ao contrário, é decididamente parcial ao ponto de substituir o órgão acusador, fazendo subsistir uma pretensão abandonada pelo Ministério Público.

(TJ-MG 100240570257690011 MG 1.0024.05.702576-9/001(1), Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, Data de Julgamento: 13/10/2009, Data de Publicação: 27/10/2009).

O julgado corrobora com a questão da inconstitucionalidade encontrada no dispositivo 385 do CPP, demonstrando que o juiz, de fato, quando condena sem a requisição do MP, está exercendo o papel de Juiz - inquisidor.

Em contrapartida, há decisões recentes do Supremo Tribunal de Justiça, através de jurisprudências, de modo a entender que mesmo o MP requerendo absolvição, o juiz pode condenar. Observa-se os julgados:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO DO JUIZ. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. 1. Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição. 2. O artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal. Precedentes desta Corte. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1612551 RJ 2016/0179974-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 02/02/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/02/2017).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME MILITAR. PEDIDO ABSOLUTÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES FINAIS. DECISÃO CONDENATÓRIA DO CONSELHO DE JUSTIÇA. OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO NÃO CONSTATADA. SÚMULA N. 83 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a manifestação do Ministério Público, em alegações finais, não vincula o julgador, que deve decidir a causa com base no princípio do livre convencimento motivado e após cuidadoso exame dos autos. 2. Na hipótese, a Corte de origem entendeu que a decisão do Conselho de Justiça, ao condenar o agravante, a

despeito da manifestação ministerial em sentido contrário, não ofendeu o sistema acusatório. Incidência da Súmula n. 83 do STJ. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 414440 MG 2013/0346596-1, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 28/06/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2016)

Inobstante a incontestável sapiência desta corte, data máxima vênua, a mesma não merece prosperar, haja vista que o artigo 385 do Código Processual Penal traz, de forma explícita fragmento evidente do sistema inquisidor.

Portanto, dessa forma, deixa claro que o artigo é inconstitucional em sua totalidade, menosprezando os princípios que constitui a garantia do cidadão. Traz, sem mais discussões acerca da ofensa à CF/88, a realidade da insegurança jurídica da sociedade, onde se tem um sistema garantista e sempre será surpreendido por violação deste. Onde percebe-se o conformismo em dizer que o sistema é misto, e que ainda com as violações as claras, alguns dispositivos não são ditos como inconstitucionais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O trabalho exposto buscou demonstrar os tipos de sistemas processuais penais existentes, assim do mesmo modo suas divergências. Parte da doutrina brasileira enxerga de uma maneira e o restante consegue perceber diferentes aspectos dentro do mesmo ordenamento jurídico, dando espaço para um grande debate a respeito de qual o sistema adotado no Brasil.

O sistema inquisitório foi o primeiro sistema a eclodir, tendo notável aparição na história mundial, fazendo-se notar pelo seu método rígido, onde somente aquele que detinha o poder, se tornava a única figura importante, que ordenava e controlava todo o processo, sendo o acusado um mero objeto.

Não se era concedido a oportunidade de defesa ao acusado, assim como nenhuma outra garantia, chegando a sofrer penas descabidas. Esse sistema ainda é presente em alguns Estados que possuem um sistema mais absolutista, ou seja, quanto mais severo, menos direitos e garantias. O que, com certeza, não ocorre no Brasil, tendo em vista a CF/88.

O que leva a entender que o sistema inquisitório nada mais é do que um método de dirimir a dignidade da pessoa humana. Em sua forma concreta, esse sistema não permite que haja o contraditório e a ampla defesa (princípios estes encontrados no sistema acusatório), sendo imposto aquilo que o Juiz-inquisidor considerar.

Em compensação, o sistema acusatório veio para contemplar garantias que podem ser oferecidas a qualquer ser humano, um sistema que busca justiça, de fato. Esse sistema processual penal tem como escopo trazer para o processo isonomia entre as partes, para que nenhuma delas permaneça em uma persecução penal com condição inferior, até porque seria uma forma adotada pelo sistema inquisitorial.

Todos os direitos e garantias são baseados em princípios sedimentados na lei maior do Estado, que é a Constituição Federal. Para que isso seja de fato aplicado, há a separação das funções, não as submetendo a uma única figura. E, a partir disso demonstra-se que há uma busca pelo

correto, onde cada órgão cumpre com a sua função. Pode-se dizer que é um sistema democrático e garantidor.

A partir desses dois tipos de sistema, surge um novo sistema, o sistema processual penal misto, é o qual vai equilibrar a atuação de cada tipo de sistema num ordenamento jurídico.

Ou seja, quando há a junção e aplicação dos dois sistemas, ele se torna misto, devido que não há como no Brasil o sistema ser puramente acusatório ou inquisitório, em sua aplicabilidade, tendo em vista que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal foram criados sob olhar e tempo diversos.

Há muita discussão entre a doutrina e, inclusive os tribunais do mesmo modo a respeito da categorização do sistema adotado e dos dispositivos presentes na legislação vigente.

Em regra, o sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico é o sistema acusatório, porém parte da doutrina entende que nessas hipóteses do CPP não há como ser inquisitório puro, ou acusatório puro, devido as nuances do outro tipo de sistema estar juntamente presente dentro do mesmo ordenamento, o que ocasiona a percepção de um sistema acusatório predominante com fragmentos inquisitórios.

Estando portando, compreendido que alguns doutrinadores concluem que alguns dispositivos são inconstitucionais por ferirem princípios dispostos pelo sistema acusatório, assim como o Superior Tribunal de Justiça discorda devido as minúcias inquisitoriais presentes no sistema processual penal brasileiro acusatório não o deslegitimando e conseqüentemente não o tornando inconstitucional.

Contudo, sabe-se que o Código de Processo Penal tem muitos resquícios do sistema inquisitório, tendo em vista que este foi criado em um período no qual não havia democracia. E, por isso, diverge tanto com os princípios adotados na Constituição Federal de 1988, tornando-se compreensível a visão discordante a respeito do sistema adotado no país.

Posto isso, ao longo do trabalho conclui-se que o sistema processual penal brasileiro é um sistema acusatório puro com alguns aspectos inconstitucionais.

REFERÊNCIAS.

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **A prisão preventiva, no curso da investigação, pode ser decretada de ofício por juiz?** 2012. Disponível em: <<https://guilhermerodrigues3.jusbrasil.com.br/artigos/121941988/a-prisao-preventiva-no-curso-da-investigacao-pode-ser-decretada-de-oficio-por-juiz>>. Acesso em: 25 out 2018.

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal: esquematizado**. São Paulo: MÉTODO, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 de outubro de 1988.

BRASIL, 1941. **Código de Processo Penal Decreto-Lei 3.869**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 27 out 2018.

BRASIL, 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 25 set 2018.

BRASIL, 2011. **Decreto – Lei 12.403 de 04 de maio**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 25 out 2018.

BRASIL, 2008. **Decreto-Lei 11.690 de 09 de junho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em: 25 out 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio Edição Especial, O dicionário da língua portuguesa**. Curitiba: ED. POSITIVO, 2008.

FURQUIM, Gabriel Martins. **Princípio acusatório e impossibilidade de condenação na hipótese de pedido de absolvição do MP**. 2017. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/516950428/principio-acusatorio-e-impossibilidade-de-condenacao-na-hipotese-de-pedido-de-absolvicao-do-mp?ref=topic_feed>. Acesso em: 26 out 2018.

GIFONI, Hender Claudio Souza. **Iniciativa probatória do juiz no processo penal. Uma análise à luz da Constituição Federal de 1988**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5389, 3 abr. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61796>>. Acesso em: 25 out. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio do “in dubio pro reo”**. 2010. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121916192/principio-do-in-dubio-pro-reo>>. Acesso em: 30 set 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da verdade real**. 2010. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>>. Acesso em: 30 set 2018.

GUEDES, Néviton. **O direito do réu de não ser surpreendido pela acusação e o artigo 385 do CPP**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-10/direito-nao-surpreendido-acusacao-artigo-385-cpp>>. Acesso em: 15 out 2018.

LIMA, Daniel. **O sistema processual brasileiro é misto?** 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/sistema-processual-brasileiro-misto/>>. Acesso em: 24 out 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. Salvador: ED. JUSPODIVM, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. Salvador: ED. JUSPODIVM, 2016.

LOPES JR, Aury. **(Re) Pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório**. 2013. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/16282573/sistema-processual>>. Acesso em: 26 set 2018.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: ED. SARAIVA, 2016.

LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da; SILVA, Philipe Benoni Melo e. **Quando o árbitro de vídeo falha: a copa e o processo penal.** 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-22/limite-penal-quando-arbitro-video-falha-copa-processo-penal>>. Acesso em: 22 out 2018.

LUZ, Alexandre Salum Pinto da. **A inconstitucionalidade da decretação de ofício da prisão preventiva.** 2013. Disponível em: <<https://alexandresalum.jusbrasil.com.br/artigos/111690506/a-inconstitucionalidade-da-decretacao-de-oficio-da-prisao-preventiva>>. Acesso em: 25 out 2018.

MARTELETO FILHO, Wagner. **Sistema acusatório e garantismo – uma breve análise das violações do sistema acusatório no Código de Processo Penal.** 2009. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/139>>. Acesso em: 28 set 2018.

MEZZALIRA, Ana Carolina; GIULIANI, Emília Merlini. **A reforma do CPP e seus reflexos para o acusado: A busca pela conformidade constitucional do processo penal.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?%20artigo_id=8635&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 30 set 2018.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Sistemas Processuais Penais.** 2011. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6193/Sistemas-Processuais-Penais>>. Acesso em: 30 set 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** Rio de Janeiro: FORENSE, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** São Paulo: ED ATLAS S.A, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** São Paulo: EDITORA ATLAS S.A, 2014.

REIS JÚNIOR, Neider Moreira. **Sistemas processuais penais: a divergência quanto ao modelo encampado pelo ordenamento brasileiro.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 mar. 2016. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55461&seo=1>>. Acesso em: 25 set 2018.

ROCHA, Ruth. **Minidicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: ED. SCIPIONE, 2012.

RODRIGUES, Martina Pimentel. **Os sistemas processuais penais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3833, 29dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26262>>. Acesso em: 22 set 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4 ed. Ver. Atual. E ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RUBIN, Fernando. **Teoria geral da prova. Do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3479, 9 jan. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23414>>. Acesso em: 24 out 2018.

RUTHEFORD, Mikhail. **A verdade real no processo penal**. 2015. Disponível em : < <https://mikhail.jusbrasil.com.br/artigos/234313693/a-verdade-real-no-processo-penal> >. Acesso em: 26 out 2018.

STJ – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 413.586 - RS (2013/0351135-1). Relator: MINISTRO RIBEIRO DANTAS. DJe: 07/11/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=66538238&num_registro=201303511351&data=20161107>. Acesso em: 31 out 2018.

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: AgRg no REsp 1612551 RJ 2016/0179974-0. Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. DJ 10/02/2017. Jus Brasil, 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433511685/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1612551-rj-2016-0179974-0>>. Acesso em: 20 out 2018.

STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AREsp Nº 414440 - MG (2013/0346596-1). Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 28/06/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2016. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/368313548/agravo-regimental-no->

[agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-414440-mg-2013-0346596-1/relatorio-e-voto-368313574](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54833613&num_registro=201403030437&data=20151204&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 31 out 2018.

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no ARESp Nº 1.497.068 - RS (2014/0303043-7). Relator: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JUNIOR. DJ: 17/11/2015. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=54833613&num_registro=201403030437&data=20151204&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 30 out 2018.

STJ - HABEAS CORPUS - HC Nº 392.294 - RS (2017/0057158-0). Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO. DJ: 09/05/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72104357&num_registro=201700571580&data=20170515&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 31 out 2018.

STJ – RECURSO EM HABEAS CORPUS RHC Nº 23.945 - RJ (2008/0142326-4). Relatora: MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). DJ: 05/02/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4605115&num_registro=200801423264&data=20090316&tipo=5&formato=PDF>. Acesso: 31 out 2018.

STJ – RECURSO EM HABEAS CORPUS RHC Nº 102.457 - SP (2018/0223940-7). Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. DJ: 09/10/2018. QUINTA TURMA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88597967&num_registro=201802239407&data=20181019&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 31 out 2018.

STJ- RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 58.186 - RJ (2015/0075572-5). Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. DJ: 06/08/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=50856155&num_registro=201500755725&data=20150915&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 30 out 2018.

TAMBARÁ, Vinícius Otavio Cechin. **A evolução histórica dos sistemas processuais.** Disponível em:

<<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/3040/a-evolucao-historica-sistemas-processuais-penais>>. Acesso em: 25 set 2018.

TJ-BA. Habeas Corpus: HC 0009711-24.2017.8.05.0000. Relator: CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO. DJ: 25/09/2017. Jus Brasil, 2017. Disponível em: <<https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/503114724/habeas-corpus-hc-97112420178050000>>. Acesso em: 19 out 2018.

TJ-MG. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO: 100240570257690011 MG 1.0024.05.702576-9/001(1). Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO. DJ 27/10/2009. Jus Brasil, 2009. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6010340/100240570257690011-mg-1002405702576-9-001-1>>. Acesso em: 20 out 2018.

TJ-MT – HABEAS CORPUS HC: 01457067520168110000 145706/2016, Relator: DES. PEDRO SAKAMOTO. Data de Julgamento: 16/11/2016. SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL. Data de Publicação: 24/11/2016. Disponível em: <<https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/409225939/habeas-corpus-hc-1457067520168110000-145706-2016>>. Acesso em: 31 out 2018.

TJ-RS - Habeas Corpus: HC 70042726190 RS. Relator: NEREU JOSÉ GIACOMOLLI. DJ: 14/06/2011. Jus Brasil, 2011. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19809574/habeas-corpus-hc-70042726190-rs>>. Acesso em: 19 out 2018.

TRF-1. HABEAS CORPUS: HC 0012599-83.2012.4.01.0000 GO 0012599-83.2012.4.01.0000. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO. e-DJF1 p.920 de 13/04/2012. Jus Brasil, 2011. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21613030/habeas-corpus-hc-12599-go-0012599-8320124010000-trf1>>. Acesso em: 20 out 2018.