



**RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR**  
**ISSN 2675-6218**

**REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19: A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO**

**REFLECTIONS OF THE LEGAL DEFINITION OF THE CRIMINAL SYSTEM CHARGE IN LAW No. 13,964/19: THE PRODUCTION OF SUBSIDIARY EVIDENCE AND THE COMMITMENT TO THE IMPARTIALITY OF THE MAGISTRATE**

Guilherme Antonio Saboia Macêdo<sup>1</sup>, Camila Soares Silva<sup>2</sup>, Marcus Vinicius do Nascimento Lima<sup>3</sup>

**Submetido em: 25/04/2021**

e24264

**Aprovado em: 15/05/2021**

**RESUMO**

A proposta do trabalho incidiu na ponderação crítica circunstanciada acerca da possibilidade de o juízo determinar a produção de provas subsidiárias, averiguando, por conseguinte, em que medida esta diligência compromete o direito a uma apreciação jurídica equânime, considerando a importância de um processo democrático-acusatório. O presente estudo teve o fito de analisar o ativismo judicial da magistratura concernente à instrução subsidiária no processo penal e respectivas consequências quanto aos direitos fundamentais do acusado. A relevância do estudo assentou-se na defesa sócio-pragmática de uma ordem constitucional democrática, com aplicação do direito fundamental a um julgamento imparcial pelo magistrado e da presunção de inocência. Para tanto, arrimar-se-á em pesquisas bibliográficas, *verbi gratia*, na mais hodierna doutrina, associados a revistas científicas e artigos no Google Acadêmico cuja análise será procedida mediante o método bibliográfico dedutivo. A presente pesquisa bibliográfica teve como conclusão que a permanência da autorização da atividade instrutória subsidiária por parte do juiz, prevista no Código de Processo Penal, destoava do sistema acusatório recepcionado pela Constituição Federal, bem como positivado na Lei n.º 13.964/2019, que dispõe expressamente, em seu art. 3º-A, sobre a aderência à estrutura acusatória, ao passo que demonstra a forma pela qual a imparcialidade do magistrado se manifesta corrompida, tornando-se insuficiente o afastamento tão somente da instrução de ofício.

**PALAVRAS-CHAVE:** Modelo acusatório. Lei n.º 13.964/2019. Gestão da prova. Instrução subsidiária. Julgamento imparcial pelo magistrado.

**ABSTRACT**

*The purpose of the work focused on a detailed critical weighting about the possibility of the court determining the production of subsidiary evidences therefore investigating to what extent this diligence compromise the right to a fair legal assessment, considering the importance of a democratic-accusatorial process. This study aimed to analyze the judicial activism of the magistrate concerning the subsidiary instruction in the criminal procedure and its consequences on the fundamental rights of the accused. The relevance of the study is based on the social-pragmatic defense of a democratic constitutional order, with application of the fundamental right to an impartial trial by the magistrate and the presumption of innocence. To this end, it will be based on bibliographical research, verbi gratia, the most modern doctrine, associated with scientific journals and articles in Google Scholar, whose analysis will be carried out using the bibliographical method. The present bibliographical research had as conclusion that the permanence of the authorization of the subsidiary instructional activity by the judge, provided in the Code of Criminal Procedure, differs from the accusatorial system accepted by the Federal Constitution, as well as established in Law No. 13,964/2019, which expressly provides, in*

<sup>1</sup> Discente do Curso de Direito no Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

<sup>2</sup> Discente do Curso de Direito no Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA).

<sup>3</sup> Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

*its art. 3º-A, about the adhesion to the accusatorial structure while it demonstrates the way in which the impartiality of the magistrate is corrupted, making the departure of the ex officio instruction insufficient.*

**KEYWORDS:** *Accusatory model. Law No. 13.964/2019. Evidence management. Subsidiary instruction. Impartial trial by the magistrate.*

### INTRODUÇÃO

Remontando ao cenário pós Segunda Guerra Mundial, notória foi a tentativa de renomados juristas de revogarem o sistema inquisitorial vigente nos ordenamentos legais, buscando assegurar, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, o contraditório e a ampla defesa, como princípios inerentes a um devido processo legal. Todavia, no Brasil, positivados no Código de Processo Penal outorgado, por sua vez, na constância do Estado Novo, subsistem alguns institutos decorrentes de uma conjuntura totalitária.

Como decorrência do aumento da criminalidade e da sensação de insegurança social, delega-se, ao Poder Judiciário, a finalidade de concretizar a segurança pública, por intermédio de dispositivos constantes no Código de Processo Penal, que consubstanciam uma postura ativa do magistrado na condução processual, a exemplo da instrução subsidiária, comprometendo, por conseguinte, a imparcialidade do magistrado.

Considerando que a instrução probatória subsidiária pelo julgador resulta de uma cultura inquisitorial do processo penal, a quem efetivamente compete a gestão probatória? Em qual medida a produção de provas subsidiárias obstam o exercício imparcial do *jus persequendi*? E, por fim, de que maneira os fatores dispostos alhures reverberam na perquirição penal?

Tendo em vista a incongruência existente entre as condutas ativas de instrução probatória subsidiária com o sistema processual penal acusatório-democrático recepcionado pela Constituição Federal e positivado na Lei n.º 13.964/19, demonstra-se imprescindível explicitar a incompatibilidade da gestão probatória concentrada no magistrado, bem como de que modo a respectiva imparcialidade, peculiaridade que difere o Judiciário dos demais poderes, resta prejudicada.

Para tanto, foi utilizado no presente estudo o método dedutivo e a pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, mediante consulta e avaliação doutrinária, legislativa e jurisprudencial atinente à temática. Com isso, infere-se que a pesquisa tem o intuito meramente laudatório, sem intenção de esgotar o assunto, fazendo-se necessárias sucessivas imersões pela academia jurídica, tendo em vista o atual cenário que se desenha, em que persistem resquícios de um processo penal de matriz autoritária e utilitarista.

Diante do exposto, em suma, demonstrou-se imprescindível a avaliação sobre os sistemas processuais penais e, como decorrência, de que modo a gestão da prova reverbera na adoção do princípio que rege o modelo acusatório e, por fim, de que modo a instrução subsidiária compromete a apreciação equânime e imparcial do litígio.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

### 2 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

#### 2.1 Da escolha política do sistema processual penal

Operou-se, dentre os séculos XII e XIV, a substituição progressiva do sistema processual penal acusatório pelo inquisitorial, em virtude da postura de alheamento inerente à atuação do magistrado naquele modelo, da conseguinte ineficácia em resolver os problemas decorrentes da criminalidade, bem como “dos defeitos da inatividade das partes”<sup>1</sup>.

Contudo, no Período Napoleônico, fez-se necessário sedimentar as mudanças políticas decorrentes da limitação do Poder Estatal absoluto, como produto da incorporação sociais dos ideais iluministas vigentes no século XIX, ao ser garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa na fase processual do *jus puniendi*. Deste modo, restou insuficiente a resolução de conflitos com a aplicação de procedimentos exclusivamente inquisitivos que obstavam a incidência dos aludidos valores no caso penal, à época tidos como direitos naturais.

O processo de recepção do sistema processual penal no Brasil, por sua vez, assemelha-se à positivação dos modelos inquisitorial e acusatório na vigência do período feudal europeu e do século XIII na Inglaterra, respectivamente, que, consoante leciona Jacinto Coutinho<sup>2</sup>, adveio primordialmente de escopo político, *in verbis*:

Os dois sistemas dos quais se fala (inquisitório e acusatório) vieram a lume, como se sabe, por razões políticas. Outras, de ordem teológica, econômica, filosófica e jurídica (entre tantas), foram altamente relevantes, mas, decididamente, secundárias ou, pelo menos, sempre estiveram subordinadas àquelas políticas. [...] Na realidade – e em compatibilidade com o que se pode ler dos fundamentos históricos dos dois sistemas – a opção, no caso, é política, seja por um ou por outro sistema.

Considerando, portanto, como intrínseca a relação entre a escolha do sistema processual penal e o regime político vigente em um Estado, é notório que o processo criminal brasileiro materializou, como decorrência, aspectos jurídicos autoritários, com supedâneo em uma tradição que incorpora o delito como infração, à medida que o respectivo descumprimento acarreta em violação às normas emanadas pelo Estado, legitimando o *ius perseguendi*. Neste íterim, assevera Alberto Binder<sup>3</sup>:

Essa nova concepção de delito é a que permitiu “estatizar” – ainda que esse verbo seja inadequado – de um modo crescente o funcionamento da justiça penal. Graças a esse artifício, o poder real fica autorizado (legitimado) para intervir em qualquer desses conflitos, o que lhe permite, por um lado, presença e autoridade políticas e, por outro, enormes lucros mediante o confisco de bens do condenado. Esse mecanismo de poder [...] foi acompanhado de um conjunto de dimensões culturais, intelectuais, comunicacionais e morais.

<sup>1</sup> LOPES JR., Aury. “Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?”. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

<sup>2</sup> COUTINHO, Jacinto. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 46, p. 103-115, 2009.

<sup>3</sup> BINDER, Alberto. “A rede inquisitorial: história e tradições na configuração da justiça penal”. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 100.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

Mitiga-se, no âmbito do sistema inquisitorial, garantias hodiernamente garantidas pela Constituição democrática vigente, como o contraditório e a ampla defesa, frustrando, outrossim, o devido processo legal. Os poderes do magistrado, ademais, passam a tangenciar a esfera do julgamento decorrente, de maneira típica, da apreciação exauriente das provas instruídas no processo, à medida que passa a atuar como acusador.

Não é conveniente olvidar, desta maneira, a tendência existente em consagrar o sistema inquisitorial em países cuja política adotada se assenta em regimes totalitários ou autoritários nos respectivos ordenamentos jurídicos, ao passo que se adota o modelo acusatório preponderantemente nos Estados com matrizes democráticas, conforme leciona Aury Lopes Jr.<sup>4</sup>:

Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

Impende delinear, diante do exposto, a influência que a vigência do Estado Novo exerceu no contexto de elaboração e conseguinte outorga do Código de Processo Penal de 1941, uma vez determinante o papel da política, como fator jurídico, nas diretrizes estabelecidas pelo ordenamento, porquanto inseridos os ideais político-sociais dentre os elementos balizadores componentes do processo legislativo. Nesta esteira, descreve Paulo Nader<sup>5</sup>:

Os fatores jurídicos, por seu próprio significado, podem levar o legislador a elaborar novas leis, espontaneamente, ou podem ser impostos mediante apoio ou instrumento de certas forças atuantes na sociedade, como a política [...] Cada segmento político deve corresponder a um ideário de valores sociais, ligado à organização da sociedade em seu amplo sentido. Em função de sua linha doutrinária, cada partido político deve movimentar-se, a fim de que suas teses se realizem concretamente.

Destaca-se, portanto, que, em decorrência da concentração do poder no regime varguista, incorporou-se ao ordenamento pátrio peculiaridades do sistema inquisitorial, em que o juiz “atua como parte, investiga, acusa e julga”<sup>6</sup>. Os efeitos da opção legislativa em apreço remanescem hodiernos, ao ser autorizada a instrução probatória de ofício e subsidiária pelo magistrado, ainda que com o advento da Constituição Federal de 1988, bem como a positivação expressa do sistema acusatório no bojo normativo da Lei n.º 13.964/19<sup>7</sup>.

Tendo em vista que a Constituição integra o ordenamento jurídico como alicerce de modo que os princípios e disposições normativas nela positivados, por inteligência do sentido jurídico-positivado proposto por Hans Kelsen, irradiam sobre os diplomas legais que o compõem, qualquer

<sup>4</sup> LOPES JR., Aury. “Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?”. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 32.

<sup>5</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

<sup>6</sup> LOPES JR., *op. cit.*, p. 35.

<sup>7</sup> **BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 13 out. 2020.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

antinomia entre a legislação ordinária e o texto constitucional torna-se conspurcada pela inconstitucionalidade.

Desta maneira, resta clarividente que a instrução probatória subsidiária incorporada dentre as competências do magistrado, além de denotar resquícios de um sistema processual totalitário, consiste em função incompatível com a imparcialidade, recepcionada, por sua vez, pelo Poder Constituinte Originário, que deve ser remodelada “[...] à nova ordem constitucional vigente, cujos alicerces demarcam a adoção do sistema acusatório. É uma imposição de conformidade das leis processuais penais à Constituição, e, portanto, ao sistema acusatório [...]”<sup>8</sup>.

Em suma, sob o pretexto de tornar legítimas as debruçadas peculiaridades, consoante o exposto, assimiladas no diploma em apreço, segmentou-se, no processo penal brasileiro, o *persecutio criminis* em duas fases, quais sejam: a pré-processual, caracterizada pela condução inquisitiva no inquérito policial, notadamente inquisitorial, e, por fim, a processual propriamente dita, cujo trâmite, teoricamente, dá-se eminentemente pela adoção de procedimentos acusatórios, com a separação entre as atividades de julgar e de acusar<sup>9</sup>.

Assevera Ricardo Jacobsen Gloeckner<sup>10</sup>, acerca da separação inicial das atividades acusatórias e de julgamento como único critério para aferição de um sistema acusatório, senão vejamos:

Esta fragilidade encontra eco nos diversos procedimentos criminais que, ao longo da história, apesar de manter separados o órgão julgador do acusador, nem por isso apresentaram características (em seu funcionamento) creditáveis a um modelo acusatório. Apenas a título exemplificativo, atribuir à separação de funções o condão de determinar, por si só, a acusatoriedade ou a inquisitoriedade de um sistema seria equivalente a afirmar que o sistema processual penal da Itália, na década de 30, era acusatório. Como é cediço, na Itália, durante o fascismo, o sistema não era acusatório. Todo o oposto.

Deste modo, cumpre elucidar que a existência de segregação entre as funções acusatórias e de julgamento na segunda fase da persecução não se demonstram suficientes para se definir a adoção do princípio dispositivo, que rege o sistema processual acusatório, no prisma jurídico pátrio, uma vez que resta maculada a imparcialidade do magistrado quando inserida a instrução subsidiária dentre as competências do juízo penal.

### 2.2. Da insuficiência epistemológica do sistema processual penal misto

Insta ressaltar que, no Brasil, a doutrina majoritária entende ser adotado o modelo processual o qual se convencionou a denominar de sistema misto, arquitetado ainda na constância do período napoleônico, como maneira de sedimentar as reformas decorrentes da Revolução Francesa,

<sup>8</sup> LOPES JR., Aury. “Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?”. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 48.

<sup>9</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>10</sup> GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. “Metástases do sistema inquisitório”. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 14.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

incorporando, no ordenamento jurídico francês, os princípios que regiam os valores político-sociais da época. Neste sentido, assevera Aury Lopes Jr.<sup>11</sup> (2017, p. 32-33):

Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos. A doutrina brasileira, majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto [...].

Evidencia-se, contudo, que resta inviável qualquer idealização de um modelo misto, uma vez que a concepção de sistema pressupõe a composição de elementos, ilados em decorrência de um princípio unificador, cuja regência é definida mediante uma finalidade específica. É o que se denota das lições de Jacinto Coutinho<sup>12</sup> ao analisar a Arquitetônica da Razão Pura postulada por Immanuel Kant:

[...] foi Kant que concebeu [...] a *possibilidade de se encontrar a verdade em estruturas complexas* e assim o fez imaginando a possibilidade de se conhecer os conjuntos [...]. Para ele, sistema era o conjunto de elementos colocados em relação sob uma ideia única. Ela, por sua vez, seria determinada pela *finalidade* do conjunto e estaria colocada como princípio de ligação entre os elementos integrantes, logo funcionaria como um *princípio unificador* [...].

No âmbito do processo penal, resta acentuada a impossibilidade de concepção de sistema misto, considerando que o princípio unificador dispositivo, inerente ao modelo acusatório, deve ser determinado, prioritariamente, pela gestão da prova que norteia a formação da cognição judicial. Desta maneira, uma vez concentrada a gestão probatória a cargo do magistrado, faz com que o sistema processual penal brasileiro seja, na fundação, inquisitório, conforme descreve Jacinto Coutinho<sup>13</sup>:

[...] pode-se concluir que o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil. [...] não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema.

Isto é, ou delega-se a função instrutória a órgão distinto do juízo, restringindo sua atuação na produção probatória, na forma do princípio dispositivo-acusatório, ou concentra-se as duas atividades em um mesmo ente, conforme princípio inquisitivo, sendo insuficiente a separação meramente inicial para fins de diferenciação acerca da adoção ou não de sistema acusatório, de maneira desconexa do princípio da imparcialidade e do contraditório, conforme descreve Aury Lopes Jr<sup>14</sup>:

A concepção de sistema acusatório está íntima e indissolúvelmente relacionada, na atualidade, à eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade [...] Portanto, pensar sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, é incorrer em grave reducionismo. É necessário que se mantenha a

<sup>11</sup> LOPES JR., Aury. “Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?”. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 32-33.

<sup>12</sup> COUTINHO, Jacinto. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 46, p. 103-115, 2009.

<sup>13</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

<sup>14</sup> LOPES JR., *op. cit.*, p. 44-45.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes.

Ademais, a base epistemológica da Verdade contribui com a concentração probatória a cargo do juízo e, nos termos concebidos pela inquisição, sofreu mutação como decorrência das comutações político-sociais do século XVIII, dos ideais iluministas, bem como do antagonismo existente entre os valores político-liberais daqueles característicos da concentração de poderes inerente aos Estados Absolutistas. Neste ínterim, leciona Sergio Moccia e Cleília Iasevoli<sup>15</sup>:

A alegada recondutibilidade do sistema inquisitório à “verdade material” e o acusatório à “verdade formal” possui uma lógica própria [...] tender a fins diversos comporta inevitáveis diferenças de estrutura e regulações dos direitos envolvidos [...]. As novas tendências da epistemologia conduziram, assim, a ingressar na estrada da relativização do conceito de verdade, preferindo aproximações culturalmente contíguas ao método acusatório descrito [...].

Insta consignar que, na Baixa Idade Média, período em que foi sedimentada a perspectiva inquisitorial de processo penal, o escopo do processo penal consistia em ratificar uma verdade absoluta de culpabilidade do agente incorporada à cognição do magistrado em momento prévio à instrução probatória, de modo que, no decurso da inquisição geral, os atos de perquirição eram praticados com o fito de se obter confissão da prática do fato típico pelo *débil*, ainda que ausentes a materialidade ou a autoria.

Para Coutinho<sup>16</sup>, o Código de Processo Penal, ainda que nele estejam contidos elementos inerentes ao arcabouço acusatório, “mantém na base o *Sistema Inquisitorial*”, e não “misto”, uma vez possibilitada a produção de provas subsidiárias pelo magistrado, inobstante recepcionado o sistema penal acusatório, pelo Poder Constituinte originário, uma vez positivados os princípios da imparcialidade, do contraditório e da ampla defesa, na forma do arts. 5º, incisos XXXVII e LV, e 95, parágrafo único, da Constituição Federal, *verbi gratia*.

Deste modo, considerando que o alheamento judicial em relação à matéria e às partes consiste em fator imprescindível para a garantia de um devido processo penal garantista, por materializar a imparcialidade recepcionada pela Constituição, infere-se que a instrução probatória subsidiária pelo juízo afronta o direito constitucional ao julgamento equânime da lide, além de macular a estrutura dialética da situação jurídica, por reverberar uma peculiaridade inerente ao modelo inquisitorial. Corroboram Lorena Bachmaier Winter<sup>17</sup> com o delineado, à medida que:

Se a valoração de provas vem já determinada pelos atos realizados na fase da investigação, de modo unilateral e sem plenitude de oportunidades de defesa para o acusado, o sistema carece de igualdade de oportunidades de defesa e, ademais, da garantia da imparcialidade. Em um sistema no qual quem investiga também julga, a

<sup>15</sup> MOCCIA, Sergio; IASEVOLI, Cleia. “Verdade Substancial e Verdade Processual”. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 151.

<sup>16</sup> COUTINHO, Jacinto. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 46, p. 103-115, 2009.

<sup>17</sup> WINTER, Lorena Bachmaier. “Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal”. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 67



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

instrução processual – se chega a celebrar-se – converte-se em uma mera ratificação [...]

Com o advento da Lei n.º 13.964/19<sup>18</sup>, no art. 3º-A, foi endossada a adoção pelo sistema acusatório no processo penal pátrio, porquanto positivado em sede do diploma em comento, que, caso coadunada com os princípios constitucionais, tem como consequência imediata a vedação da iniciativa probatória pelo magistrado na fase instrutória.

*Ex positis*, portanto, considerando a inadequação em tratar o sistema processual penal brasileiro como misto, pelo fato de que não se define o princípio unificador dispositivo tão-somente com a segmentação em duas fases do *persecutio criminis*, e, além disto, reconhecendo a incongruência, com o ordenamento jurídico vigente, da possibilidade de instrução processual subsidiária pelo magistrado, por representar resquícios inquisitoriais não recepcionados pela Constituição, impende consignar aspectos concernentes à teoria da prova no processo penal, abaixo delineado.

### 3 DA PROVA NO PROCESSO PENAL

#### 3.1 Conceito de prova e busca pela verdade processual

A prova, no Direito Processual Penal, molda-se como mecanismo usado para o convencimento do julgador. Deste modo, em virtude do caráter que a reveste, as partes instruem os autos com material probatório na tentativa de reconstruir o fato alegado no processo, sendo o processo probatório dividido em fases: da proposição, produção e valoração da prova, a última direcionada a atividade do juiz. Edilson Mougenot<sup>19</sup> sobre prova afirma: “A prova é um instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional”.

Neste viés, nos termos do Código de Processo Penal, no que concerne à valoração da prova, deve o magistrado formar sua cognição exauriente mediante a apuração de todas as provas acostadas aos autos pelas partes, para que, no final do processo judicial, prolate sua sentença devidamente fundamentada. Nesta perspectiva, infere-se que o processo penal e as provas a ele acostadas balizam a formação da cognição do julgador, o qual formará sua convicção de modo a legitimar a sentença proferida<sup>20</sup>.

A prova é limitada pelas garantias constitucionais, como o contraditório, a verdade formal, e pela licitude da sua obtenção. Dessa forma, segundo enuncia Juarez Tavares, a prova apresenta a finalidade de fundamentação, a qual pode ser vista em dois aspectos: o primeiro, empírico, uma vez

<sup>18</sup> BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 13 out. 2020.

<sup>19</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 407.

<sup>20</sup> LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/x00ccxe>. Acesso em: 26 abr. 2021.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

que a prova tem a função de demonstrar a existência dos fatos e o dinamismo das relações, e o segundo, discursivo, pois verifica todas as condições necessárias para torná-la válida<sup>21</sup>.

Diante do exposto, é de suma importância salientar que a reconstrução não visa à busca pela verdade dos fatos, uma vez que é impossível se alcançar de forma fiel os acontecimentos passados, o que se procura é a reconstrução por meio da dialética do mais próximo do ocorrido. É cognoscível, portanto, que o processo, por não ser estático, torna a busca pela verdade um objetivo utópico, criando uma falsa ilusão de que o magistrado efetiva a justiça tão aclamada pela sociedade.

Ademais, a crença que é possível alcançar a certeza dos fatos enseja no juiz o anseio por buscá-la de maneira incessante, o que acaba por culminar na violação de garantias constitucionais, como a imparcialidade do juiz e a presunção de inocência do réu, princípios balizadores de um sistema acusatório de processo. Nesta linha de raciocínio, consigna Marcos Alexandre Coelho Zilli<sup>22</sup> que a “[...] obtenção da “verdade plena” configura, pois, um mito que não se sustenta diante da realidade imposta pela obediência aos métodos de acerto regrados por um Estado de Direito”.

Portanto, a verdade formal obtida por meio das provas colhidas no processo de viés democrático e acusatório é suficiente para alcançar o objetivo do processo penal que é instrumentalizar o direito material por meio de um devido processo legal, previsto no artigo art. 5º, inc. LIV da Constituição Federal, fruto do garantismo, que acaba por controlar o poder punitivo do Estado, pois impõe as regras que devem ser usadas durante o processo.

### 3.2 Das espécies e da valoração das provas

Prova, de maneira geral, é utilizada em diversas áreas do saber, mas, ao trazer ao campo jurídico, sua finalidade está em fundamentar as alegações de ocorrência do fato e autoria apresentada, ou seja, está intrinsecamente relacionada à sua valoração.

No tempo primitivo, não se via a presença do uso de um conjunto probatório para solucionar atritos sociais, as sociedades eram ancoradas por um sistema de solidariedade e quando tinham essas condições de vida colocadas em risco, procurava-se, por meio de rituais primitivos, a busca pela verdade, com o intuito de demonstrar a existência de uma prova de natureza supersticiosa, obtendo, assim, uma resposta para o problema<sup>23</sup>.

Posteriormente, com o desenvolvimento do Estado e das civilizações, surge a presença da prova dentro de um sistema legal, estando o conjunto probatório indicado para cada circunstância e seu valor predeterminado. No entanto, é possível destacar que esse sistema acaba por limitar a atividade de julgar do juiz, conforme leciona Tavares e Casara<sup>24</sup>, senão vejamos:

<sup>21</sup> TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 174.

<sup>22</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 114.

<sup>23</sup> TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

<sup>24</sup> BALDIN, Stenio Augusto Vasques; CORRÊA, Lygia Aparecida das Graças Gonçalves. Prova: Dos Primórdios à Atualidade. **Revista Pensar o Direito**, UNILAGO. São José do Rio Preto, v. 4, n. 1, p. 64-85, 2014. Disponível em: <http://www.unilago.edu.br/publicacao/>. Acesso em: 26 abr. 2021.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

No Sistema de prova legal, cada prova tinha um valor pré-estabelecido por Lei, inalterável e constante de sorte que ao Juiz não era livre a avaliação, agindo bitolado. Daí porque também chamado de sistema tarifado, já que as provas têm uma tabela da qual não se pode escapar ou fugir.

Pode-se perceber que as provas partiram de um sistema legal para o sistema da livre convicção do juiz, recepcionado pelo código de processo penal atual. Nesse sistema, o juiz valora as provas, porquanto não há provas absolutas. Outrossim, são utilizadas de maneira livre, sendo a escolha da prova feita para melhor atender no caso concreto.

As provas devem ser obtidas legalmente, necessitando que o meio esteja de acordo com as condições de legitimidade. Por sua vez, podem ser classificadas em relação ao seu valor, em plenas ou não plenas. As primeiras são provas que trazem o fato alegado de forma verídica, são suficientemente cabais e verossímeis, como o documento ou a prova testemunhal. Já as segundas não expressam esse juízo de certeza, mas ajudam na formação da decisão do magistrado, sendo, nesse caso, as provas provenientes de indícios e suspeitas<sup>25</sup>.

Independente da classificação, toda prova que respeite as garantias constitucionais e tenha legitimidade é usada para a convicção do juiz, consoante o disposto no art. 155, do Código de Processo Penal<sup>26</sup>, senão 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.

Embora seja expresso “livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”, é possível, por meio da interpretação, partir do processo inserido no Estado democrático de direito e do sistema acusatório previstos na Constituição, interpretar que, na verdade, essa liberdade é relativa.

A decisão do juízo está limitada às provas apresentadas na persecução acusatória, e, por isso, é necessário que, ao realizar o juízo de valoração, se utilize de critérios. Nesse sentido é o pensamento de Tavares e Casara<sup>27</sup>, que acredita que “o juiz não pode violar os princípios da lógica ao valorar o conjunto probatório, nem abandonar a pretensão ao descobrir a verdade, salvo diante de limites legais à produção e à obtenção da prova”.

Destaca-se que a decisão deve ter por base a “prova produzida em contraditório e não exclusivamente nos elementos informativos da investigação”, essa regra reprime a arbitrariedade do magistrado. Todavia, analisa-se, com a leitura do dispositivo, que a presença de elementos provenientes do inquérito policial para fundamentar a decisão, ainda que não exclusiva, acaba fomentando a contaminação do juiz, uma vez que foram obtidos por meio da fase pré-processual sem presença do contraditório.

<sup>25</sup> EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal**: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. 275 p.

<sup>26</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, 13 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 30 abr. 2021.

<sup>27</sup> TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.p. 52.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

A Lei n.º 13.964/2019<sup>28</sup> inovou na implementação de um processo democrático acusatório, com a separação do juiz da fase processual dos atos investigatórios, por meio do art. 3-C, § 3º, suspenso por decisão cautelar do Ministro Luiz Fux, o qual preconiza a não inclusão do inquérito nos autos do processo, evitando, dessa forma, que o juiz se contamine com informações obtidas e condene o acusado, preterindo as provas obtidas durante a fase processual.

### 3.3 Do dinamismo do processo e da gestão da prova

Inicialmente, para entender o dinamismo presente no processo penal, é necessário entender primeiramente que este surge como forma de atender a ascensão de uma sociedade que busca controlar os riscos externos aos quais estão submetidos, ou seja, as infrações penais resultado de uma sociedade violenta. Todavia, imaginar o processo penal como segurador desses riscos, demonstra a infantilidade e imediatismo presente na sociedade, uma vez que a insegurança é intrínseca a vivência em sociedade.

Nesse sentido são as palavras de Aury Lopes Jr.<sup>29</sup>, a saber: “Vivemos inseridos na mais completa epistemologia da incerteza. Como consequência desse cenário de risco total, buscamos no direito penal a segurança perdida. Queremos segurança em relação a algo que sempre existiu e sempre existirá: violência e insegurança”. Infere-se que o processo visa instrumentalizar a persecução penal por meio do garantismo constitucional, justamente por reconhecer esses riscos o qual está inserido. Desse modo, é inequívoca a incerteza que permeia o processo, essa incerteza se manifesta na imprecisão da decisão futura.

J. Goldschmidt afastou a ideia do processo como relação jurídica, uma vez que rejeita os pressupostos processuais e a existências de direitos e obrigações. Diante do exposto, pode-se aferir o processo penal como situação jurídica, uma vez que é compreendido por um compilado de situações processuais necessárias para se chegar em uma sentença, evidenciando, portanto, o seu caráter dinâmico partindo do direito material estático para o processo, que é incerto e em constante movimento<sup>30</sup>.

Em relação a produção das provas, em conformidade com o devido processo penal garantista, que visa instrumentalizar o sistema de princípios fundamentais, o juiz, como um terceiro imparcial, perfaz a dialética entre as partes, não atuando como um agente ativo na gestão probatória, sendo a gestão tarefa das partes. A dialética no processo penal é imprescindível, visto que a

<sup>28</sup> BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 13 out. 2020.

<sup>29</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 79.

<sup>30</sup> LOPES JR., Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. A incompreendida concepção do processo como “situação jurídica”: vida e obra de James Goldschmidt. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Buenos Aires, v. Ano II, p. 169-182, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10923/11259>. Acesso em: 13 out. 2020.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

participação e atuação das partes influem na vontade do magistrado que se encontra condicionada ao comportamento ativo ou de inércia das partes<sup>31</sup>.

Para que se alcance esse objetivo, é imprescindível a presença do contraditório e da ampla defesa previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988<sup>32</sup>. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948<sup>33</sup>, que diz respeito aos direitos básicos humanos para assegurar a dignidade em vida, os quais, por sua vez, devem ser respeitados e promovidos por todas as nações, declara em seu art. 10º e 11º o direito, a igualdade, a presunção de inocência e imparcialidade do juízo, proporcionando o contraditório.

Tratando-se do contraditório, este foi visto como necessário na perspectiva do contexto inserido no pós Segunda Guerra Mundial, a partir do qual houve maior interesse pelo aumento da participação e proteção da democracia a nível processual<sup>34</sup>. Por consequência disso, abriu-se às partes o direito de exercer sua defesa e acusação de forma ampla no curso do processo.

Nesse sentido, aduz Jacinto Coutinho<sup>35</sup> que “[...] é forçoso reconhecer que, por tal princípio, reflete-se um dever-ser que reclama (exige) a dialética de um processo de partes, ou seja, o diálogo entre a acusação e a defesa, perante um juiz imparcial”. Embora a gestão caiba às partes, o acusado, por ser a parte débil no processo, e sobre ele incidir a presunção de inocência, conforme art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, não tem o ônus de produzir provas.

Trata-se de instrumento de garantia processual, sendo essa carga (*actus probandi*) incumbida ao órgão acusador, uma vez que, até trânsito em julgado, inocente é, devendo ser tratado como tal e sem necessidade de produzir provas. Não se pode, portanto, pronunciar a respeito de compartilhamento de carga probatória. Nesta perspectiva, discorrem Aury Lopes Jr. e Silva<sup>36</sup>:

Carga é um conceito vinculado à noção de unilateralidade, logo, não passível de distribuição, mas sim de atribuição. No processo penal, a atribuição da carga probatória está nas mãos do acusador, não havendo carga para a defesa e tampouco possibilidade de o juiz auxiliar o MP a liberar-se dela (recusa ao ativismo judicial).

Entende-se, dessa forma, que o juiz tem o dever de se manter inerte e o réu, ao escolher produzir prova, se utiliza apenas do direito ao contraditório com o objetivo de atenuar o risco de uma sentença não favorável.

<sup>31</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México. Tradução de, Mauro Fonseca Andrade. 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.

<sup>32</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 30 abr. 2021.

<sup>33</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 30 abr. 2021.

<sup>34</sup> TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

<sup>35</sup> COUTINHO, Jacinto. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, a. 30, n. 30, 1998. p. 187. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>. Acesso em 26. abr. 2021.

<sup>36</sup> LOPES JR., Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. A incompreendida concepção do processo como “situação jurídica”: vida e obra de James Goldschmidt. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Buenos Aires, v. Ano II, 2012. p. 34. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10923/11259>. Acesso em: 13 out. 2020.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

### 4 DA FUNÇÃO DO JUIZ E O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

#### 4.1 Do Estado Democrático de Direito e o processo penal instrumentalista

Estado Democrático de Direito é representado pela soberania popular e a subordinação do poder Estatal a lei. O processo penal é limitado pelas regras do Estado democrático Direito, que impõe que o processo seja instrumento democrático para efetivar as garantias fundamentais, podendo-se aferir as funções de limitar abusos e assegurar garantias, a respeito do Estado Democrático de Direito Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>37</sup> manifesta a importância de dois itens que refletem diretamente no processo penal democrático “o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais do ser humano pelo Direito do Estado e a participação democrática do cidadão na elaboração e aplicação deste Direito”.

A Constituição Federal de 1988 é manifestadamente democrática e busca assegurar as garantias fundamentais, fazendo incidir um processo, que além de instrumentalizar o direito material, com o fito de imputação de pena, busca instrumentalizar o viés democrático previsto nela. Nas palavras de Aury Lopes Jr.<sup>38</sup>: “O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido”.

Em relação a instrumentalidade do processo penal, nas lições de Rangel Dinamarco<sup>39</sup>, é analisado o aspecto negativo, que afasta a concepção do processo penal ser um fim em si mesmo, negando o formalismo exacerbado, ou seja, a instrumentalidade das formas, e o aspecto positivo, esse evidencia o garantismo, uma vez que prioriza o alcance a efetividade não apenas jurídica, mas também social e política, dando espaço para participação democrática e assegurando aspectos imprescindíveis para a investigação processual, como admissão em júízo; o modo de ser do processo; a justiça das decisões e, por fim, a efetividade, na busca de garantir os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos.

Ante o exposto, é forçoso perceber que o processo penal só se legitima pela efetivação da democracia, que é constituída a partir da Constituição<sup>40</sup>. Dessa maneira, seguindo a hierarquia normativa, deve haver a constitucionalização do processo penal e o controle de convencionalidade das leis penais e processuais penais em consonância com a convenção Americana de Direitos Humanos, norma, esta, superlegal.

<sup>37</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 75.

<sup>38</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 36.

<sup>39</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

<sup>40</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

Todavia, o código processo penal brasileiro ainda apresenta dispositivos que vão de encontro a Constituição e o Estado Democrático de Direito, especificamente em relação a instrução da prova pelo juiz.

### 4.2 Da postura do juiz e o sistema processual penal garantidor

A jurisdição penal, que é conceituada como o poder-dever do Estado de realizar decisões dentro do processo, sendo, conforme o princípio da indeclinabilidade, o Estado único competente para a resolução de conflitos, não tendo possibilidade de escusa, pois é imprescindível para que ocorra a imputação da pena (*nulla poena sine iudicio*). Essa atividade é realizada no processo por meio da figura do juiz, que é responsável por garantir os direitos fundamentais constitucionais. Como enuncia Aury Lopes Jr.<sup>41</sup>, a jurisdição no processo penal assume função distinta daquela vista no processo civil, uma vez que a jurisdição funciona como garantia e não apenas como o tradicional poder-dever.

Em razão disso, o juiz deve ser o natural, disposto no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal<sup>42</sup>. Entende-se por juiz natural, o juiz que é o devido, ou seja, legalmente instituído para exercer a jurisdição, uma vez que o juízo é determinado na Constituição, não sendo possível que outros órgãos a exerça, muito menos que a sua criação seja posterior à ocorrência do fato.

Ademais, deve se manter equidistante das partes, conservando sua imparcialidade intacta. Imperioso é entender que sua imparcialidade não o impede de ter conceitos e posicionamentos advindos de sua subjetividade, mas o impossibilita de ser representante de uma das partes, devendo conceder oportunidades iguais as duas, efetivando o princípio da igualdade dentro do processo penal, pois só por meio da paridade de armas é possível que se tenha o princípio do contraditório garantido.

A democracia e igualdade são evidenciadas principalmente ao se falar de processo, na esteira que se presencia um estado democrático de direito. Torna-se, portanto, clara a importância de o processo resguardar garantias fundamentais, sendo imprescindível a igualdade material.

A figura do juiz surge como representação do Estado na busca dessa igualdade, ou por outra, da diminuição das desigualdades dentro do processo, e, conseqüentemente, assegura a democracia por meio do contraditório, legitimando a decisão do juiz, uma vez que as partes atuam na gestão da prova para defender sua tese e o juiz valora as provas e teses, efetivando o devido processo legal, sendo este último, resultado do Estado Democrático de Direito. Esse é o entendimento defendido por Marcos Alexandre Coelho Zilli<sup>43</sup>: “O respeito ao devido processo legal, portanto, além de ser um dos

<sup>41</sup> LOPES JR., *ibidem*.

<sup>42</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 30 abr. 2021.

<sup>43</sup> . ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 130.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

corolários do Estado democrático do Direito, configura como o requisito essencial para que uma decisão judicial possa ser qualificada de legítima”.

Dessa forma, o juiz deve respeitar o princípio do juiz natural e se manter imparcial e, por consequência, distante da instrução das provas, pois dessa maneira ameniza as desigualdades presentes entre as partes, perfazendo o processo democrático. Neste sentido, assevera Aury Lopes Jr.<sup>44</sup>:

Como consequência, **o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais** inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como **garantidor** dos direitos do acusado no processo penal. (grifo do autor)

A atuação do juiz no processo atesta o sistema processual penal vigente. Deste modo, o juiz, quando ativo na busca pelas provas, atua como um verdadeiro inquisidor, fruto do sistema inquisitorial. Em contraposição, no sistema acusatório, o juiz é responsável por julgar, mas não investigar, sendo afastado da gestão da prova, tornando-se este último, portanto, o ponto fundamental para a determinação do sistema vigente.

O sistema que vai ao encontro do Estado democrático de Direito, instituído pela Constituição, é o acusatório. Portanto, o processo penal brasileiro deve se moldar para que no processo seja resguardado garantias mínimas, como o contraditório e a ampla defesa; separação da atividade de julgar, defender e acusar; a presunção de inocência; a garantia da jurisdição; e o afastamento do juiz da gestão da prova, ou seja sua imparcialidade. Neste sentido, discorre Gilberto Thums<sup>45</sup>:

O modelo acusatório determina, em sua essência, a separação das funções de acusar, julgar e defender, e, assim, tem como escopo fundamental a efetivação da imparcialidade do juiz, visto que esta é claramente violada em um cenário de julgamento inquisitivo: o modelo acusatório é um sistema de garantia da imparcialidade do julgador e de uma decisão justa.

Embora a Constituição de 1988 e o Código Penal após a reforma de 2019 com o advento da Lei n.º 13.964/19 manifestem um processo penal acusatório, a realidade é que o Código de Processo Penal ainda apresenta dispositivos em relação à gestão da prova pelo juiz, que possui enraizado o dispositivo inquisitorial advindo da sua influência fascista.

A título de exemplo, pode-se citar o art. 28, que possibilita ao juiz se contrapor ao pedido realizado pelo Ministério Público de arquivar o inquérito policial ou os elementos informativos da mesma natureza; o art. 385, do diploma em apreço, que, de forma visivelmente inquisitorial, permite ao juiz condenar o réu ainda que o Ministério Público, parte interessada, opte pela absolvição. No fim do dispositivo é expresso “bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido

<sup>44</sup> LOPES JR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. Revista Ibero Americana de Ciências Penais, 2012.p.7. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/17675/material/Instrumentalidade%20Garantista.pdf>. Acesso em 26. abr. 2021.

<sup>45</sup> THUMS, Gilberto. Sistemas Processuais Penais. Lumen Juris, 2006. p. 259.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

alegada<sup>46</sup>, o final desse artigo emana de forma expressa o desrespeito para com o sistema acusatório aceito no ordenamento jurídico brasileiro.

### 4.3 Da correspondência entre a postura do juiz e o sistema processual penal

O art. 156, do Código de Processo Penal, que fundamenta a iniciativa instrutória de ofício do juiz, ao admitir, especificamente no inciso I, a produção de provas consideradas de premência e, no inciso II, realizar diligências para dizimar dúvidas, não se coadunando com ideia de um juiz imparcial, sendo manifestadamente inconstitucional, e operando-se a revogação tácita do dispositivo em apreço, conforme o sistema processual penal acusatório, que fora positivado, de maneira expressa, no artigo 3º-A da Lei n.º 13.964/19<sup>47</sup>.

Além disso, é imprescindível consignar que este preceito legal contribui para que o juiz, de maneira ativa na gestão da prova, se contamine pela busca de uma verdade real inerente à concepção inquisitorial vedada pelo ordenamento, por criar uma preconcepção do acusado, tratando-o como se culpado fosse e, para corroborar sua tese, busca provas que ratifiquem a própria enunciação, tornando-se protagonista do processo e, como consequência, corrompendo sua imparcialidade.

Neste sentido, sublinha-se as palavras de Jacinto Coutinho<sup>48</sup> (1998, p. 178, apud COUTINHO, 1994, p. 39) abre-se ao juiz a “possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”.

Ademais, demonstra-se a importância da postura ilibada de um juiz em consonância a um órgão supraordenado alheio às partes e, que, em atendimento à presunção de inocência não faça presunção dos fatos alegados, sendo exigidas para a decretação de culpa, provas suficientes em razão de a única presunção aceita no processo penal seja a de inocência. Ferrajoli acredita que “A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início - que forma o objeto do juízo”<sup>49</sup>.

Ainda em relação à postura que o juiz deve manter, se profere o princípio do *in dubio pro reo*, que manifesta que, em caso de dúvida quanto às provas instruídas pelas partes, ocasionada pela falta ou insuficiência delas, hipóteses previstas no arts. 386, incisos V e VII, do Código de Processo Penal<sup>50</sup>, a decisão deve ser em favor da parte débil, sem que o magistrado produza um conjunto

<sup>46</sup> BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 13 out. 2020.

<sup>47</sup> BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 13 out. 2020.

<sup>48</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. **ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 33-43, jan. 1994.

<sup>49</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução de, Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 441.

<sup>50</sup> Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, 13 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 14 out. 2020.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

probatório de forma subsidiária e *ex officio*. Outrossim, a atividade de gerir provas pelo magistrado acomete os princípios do contraditório e da ampla defesa do qual decorre a retórica no processo penal, tendo em vista que não é conferida às partes oportunidades iguais de defesa.

Impende consignar, ainda, os aspectos no que concerne à função subsidiária do magistrado, na forma do art. 212, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Positivado, *a priori*, na Lei n.º 11.690/08<sup>51</sup>, apresentou-se como enunciador do processo penal acusatório, uma vez que fora concedida, com protagonismo às partes, a gestão da prova como visto no *caput* do dispositivo “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha”, e não pelo juiz, agindo este como cooperador no processo de forma supletiva, intentando a efetividade na condução processual, conforme se extrai do parágrafo único: “Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”. Todavia, esse dispositivo ainda não afasta o juiz totalmente da gestão da prova, ponto que se verifica o desvio na trajetória a um processo penal garantidor.

Na esteira do que foi exposto, pode-se inferir que, conquanto o juiz se mantenha distante da produção probatória de ofício, as garantias do acusado não estarão plenamente asseguradas. Dessa maneira, a produção de prova de forma subsidiária pelo magistrado, assim como a *ex officio*, é considerada atentatória ao sistema processual penal acusatório vigente, devendo ao se fazer a leitura do artigo 3-A da Lei nº 13.964/19, visar englobar a substituição da atuação probatória, segundo as palavras de Giacomolli<sup>52</sup>:

o princípio acusatório faz parte das garantias básicas do processo penal e implica, essencialmente, segundo Pico y Junoy, a existência de uma contenda processual entre duas partes contrapostas – acusador e acusado –, a ser resolvida por um terceiro imparcial, com uma clara distinção das funções processuais fundamentais. [...] a iniciativa probatória pertence às partes e o juiz, enquanto tal, é um terceiro imparcial, motivo por que não é sua função a proposição de meios de prova, nem de forma subsidiária.

Isto se deve ao fato de que a gestão da prova de forma subsidiária se concentra, ainda que indiretamente, nas mãos do juiz por meio da complementação, quando, na realidade, cabe às partes, por intermédio da retórica, acostar as provas idôneas à formação cognitiva do magistrado, consoante descreve Lima<sup>53</sup>, “o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é [...] o gestor da prova”. Dessa forma, infere-se a vedação à instrução subsidiária.

<sup>51</sup> BRASIL. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Brasília, 09 jun. 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm). Acesso em: 18 abr. 2021.

<sup>52</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **Atividade do juiz criminal frente à Constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório**. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.), Sistema Penal e Violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 219.

<sup>53</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 40.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

### 5 Imparcialidade do Magistrado

#### 5.1 Da imparcialidade como princípio diferenciador do Poder Judiciário

Impende consignar, preambularmente, que a noção de jurisdição como função estatal decorre da tripartição de poderes e do sistema de freios e contrapesos, de modo que a atividade típica do Poder Judiciário consiste em julgar o litígio, composto de forma heterônoma, mediante a aplicação da lei emanada pelo Estado no caso concreto. Deste modo, denota-se que o exercício do poder estatal judicante exige, pela natureza substitutiva a qual lhe é inerente, que o magistrado seja subjetiva e objetivamente imparcial, mantendo-se em posição de alheamento em relação às partes e à matéria discutida ao apreciar a demanda judicializada. Neste sentido, assevera Zaffaroni<sup>54</sup>:

A jurisdição não existe se não for imparcial. Isto deve ser devidamente esclarecido: não se trata de que a jurisdição possa ou não ser imparcial e se não o for não cumpra eficazmente sua função, mas que sem imparcialidade não há jurisdição. A imparcialidade é a essência da jurisdicionalidade e não o seu acidente.

O juiz, enquanto condutor do trâmite processual, deve atuar comissivamente, desde que para garantir um processo penal democrático instituído pelo Poder Constituinte, por intermédio da aplicação dos princípios recepcionados pela vigente ordem constitucional. A validade da composição heterônoma do litígio penal acaba por se condicionar à observância dos direitos e garantias fundamentais, tais como a presunção de inocência, de tal maneira que não pode lançar mão da própria imparcialidade, por não coadunar a referida postura com o papel processual que desempenha. Destaca Luigi Ferrajoli<sup>55</sup>, com a propriedade que opera, que:

[...] a sujeição do juiz à lei já não é de fato, como no velho paradigma Juspositivista, sujeição à letra da lei, qualquer que seja seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja coerente com a Constituição. E a validade já não é, no modelo constitucionalista-garantista, um dogma ligado à existência formal da lei, mas uma sua qualidade contingente ligada à coerência [...] dos seus significados com a Constituição. [...] o juiz tem o dever e a responsabilidade de escolher somente os significados válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substanciais e com os direitos fundamentais por elas estabelecidos.

Insta registrar, ainda, que a imparcialidade consiste em garantia fundamental das partes, por viabilizar, com supedâneo na paridade de armas, o provimento jurisdicional de maneira equânime, mediante a restrição imposta à atuação do magistrado, dentre outros fatores processuais, mormente no que concerne à análise e julgamento segundo a valoração do contexto probatório instruído nos autos. Aduz Jacinto Coutinho<sup>56</sup>:

Por fim, o princípio da imparcialidade funciona como uma meta a ser atingida pelo juiz no exercício da jurisdição, razão por que se busca criar mecanismos capazes de garanti-la. Desta forma, é forçoso reconhecer que a imparcialidade é uma garantia tanto para aquele que exerce a jurisdição, como para aquele que demanda perante ela [...]

<sup>54</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. Poder judiciário: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 86 e 91.

<sup>55</sup> FERRAJOLI, Luigi. O Direito como sistema de garantias. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.90-91.

<sup>56</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

A hodierna ampliação dos índices de violência urbana e a veiculação constante, em noticiários, acerca dos crimes rotineiramente cometidos consistem em fatores determinantes ao aumento da sensação de insegurança social e, como decorrência, da insatisfação quanto ao provimento jurisdicional referente à aplicação das sanções às infrações penais praticadas.

Inobstante recair o escopo da justiça criminal, sobretudo, na garantia de um devido processo, imbuídos de intento coercitivo, além de amparados na legislação infraconstitucional, os magistrados incorporam os desígnios por uma justiça repressiva no decurso da condução processual, entretanto.

A violência, por ser decorrente do fato social, é intrínseca a qualquer civilização, independentemente do momento histórico. Ao processo, cabe, por intermédio da realização dos atos determinados pelo legislador, a averiguação dos indícios de materialidade e de autoria. Diante disto, faz-se necessária a observância de regramentos mínimos, visando minimizar as consequências do poder persecutório-punitivo<sup>57</sup>.

Deve-se asseverar que a concepção de verdade real, quando incorporada como escopo do processo penal, é um dos fatores do qual decorre a inclusão da instrução subsidiária dentre as competências do magistrado, por intermédio da positivação destas disposições no ordenamento jurídico vigente, conspurcando, como decorrência, a imparcialidade do juiz e, conseqüentemente, o princípio dispositivo que deve reger o processo penal na hodierna ordem constitucional.

Nestes termos, muito embora deva ser absolvido o débil quando duvidosa a materialidade ou autoria do crime em decorrência de insuficiência probatória pela incidência da presunção de inocência e, por conseguinte, do *in dubio pro reo*, ao diligenciar a instrução, ainda que de maneira subsidiária, desvirtua-se o juízo da apreciação equânime e imparcial da lide, tendo em vista que distribuição de carga probatória ao juiz somente convalida uma cognição por ele já internalizada, qual seja, a culpabilidade do agente.

Discorre Aury Lopes Jr.<sup>58</sup> acerca dos estudos desenvolvidos por Bernd Schünemann sobre a consequência no âmbito do processo penal decorrente do efeito inércia, como método de preservação do equilíbrio cognitivo pelo magistrado, senão vejamos:

[...] quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e o próprio recebimento da acusação, menor é o interesse dele pelas perguntas que a defesa faz para a testemunha e (muito) mais provável é a frequência com que ele condenará. Toda pessoa busca um equilíbrio do seu sistema cognitivo, uma relação não contraditória. A tese de defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) conduz à (molesta) dissonância cognitiva. Como consequência existe o efeito inércia ou perseverança, de autoconfirmação das hipóteses, por meio da busca seletiva de informações.

Nesta esteira, a tese defensiva que, *a priori*, deveria ser apreciada paritariamente à acusatória, com isonômicas oportunidades de ponderação e de apreciação imparcial pelo juízo,

<sup>57</sup> GAUER, Ruth M. Chittó. "Alguns aspectos da fenomenologia da violência". In: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (org). **A fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 1999.

<sup>58</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

acaba ocupando segundo plano, à medida em que o magistrado tende a validar a matéria com a qual teve o primeiro contato.

### 5.2 Do comprometimento da imparcialidade pela instrução subsidiária

Cumpra elucidar que, nos moldes preconizados pela situação jurídica processual, a atribuição concernente à instrução probatória é exclusiva das partes, uma vez que, com a liberação de cargas processuais, se potencializa a obtenção de uma sentença favorável, caso efetivamente aproveitadas as chances que lhe emergem no decurso da condução do processo.

A função instrutória quando inserida dentre as competências do juiz, em suma, reverbera valores eminentemente inquisitoriais, considerando que a confusão entre as atividades de julgamento e de instrução é peculiaridade de um autoritarismo jurisdicional incorporada na legislação, de modo a consubstanciar a busca pela utópica verdade dos fatos.

Uma vez utópica, é em vão o esforço pela busca da verdade real por comprometer-lhe a imparcialidade, em virtude dos aparatos processuais que são concedidos ao juízo para concretizar a perquirição. A gestão probatória dispositiva recepcionada pela Constituição resta fulminada, inobstante assegure a reconstrução fática contingencial efetivamente tangível pelo contexto probatório acostados. Por conseguinte, deteriora-se a estrutura dialética que mitiga os riscos inerentes ao dinamismo processual, os quais somente podem ser contidos pela observância de parâmetros procedimentais objetivos delineados em legislação<sup>59</sup>.

A constitucionalização do direito, como fenômeno proveniente da superioridade formal e material da Constituição, demarca as limitações no processo penal necessárias para garantir os princípios em seu bojo recepcionados. Reconhecendo a instrução subsidiária como reprodução de resquício processual inquisitorial não compatível com o sistema acusatório expressamente adotado pela legislação, não há como ignorar a revogação tácita dos dispositivos que viabilizam a adoção desses procedimentos.

Em outros termos, a gestão probatória concentrada dentre as competências do magistrado, ainda que subsidiariamente, representa a incorporação do princípio inquisitivo no âmbito do processo penal e que, pela pungente inconstitucionalidade, deve ser substituído pela atuação instrutória exclusiva das partes, visando garantir, sobretudo, a integridade da respectiva imparcialidade no exercício da jurisdição. Consoante Aury Lopes Jr.<sup>60</sup>

[...] a gestão ou iniciativa probatória é característica essencial do princípio inquisitivo, que leva, por consequência, a fundar um sistema inquisitório. A gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório. Logo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, o contraditório, a igualdade de tratamento e oportunidades e, por derradeiro, a imparcialidade – o princípio supremo do processo.

<sup>59</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

<sup>60</sup> LOPES JR., *ibidem*.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

O princípio da imparcialidade, consoante o delineado, resguarda intrínseca relação com o sistema processual penal acusatório recepcionado pela Constituição Federal. A opção legislativa que se sedimenta no sentido da imprescindibilidade de sua incidência no caso concreto resta consubstanciada quando integrada a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)<sup>61</sup> no ordenamento pátrio com *status* suprallegal, a qual prevê:

Artigo 8, 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Considerando que a jurisdição é, sobretudo, um instrumento do garantismo penal, notório o fato que desenvolve importante papel no equilíbrio das relações jurídicas penais. A cognição desenvolvida pelo magistrado exarada nas sentenças não deve destoar das balizas estabelecidas pelo Poder Constituinte. É defeso, em suma, ao magistrado desligar-se do dever de imparcialidade – peculiaridade do modelo acusatório incorporado ao sistema jurídico com o advento da Lei nº 13.964/2019.

### CONCLUSÃO

Ante o estudo realizado, cumpre elucidar que, na condução do processo penal, a gestão probatória compete exclusivamente ao acusador, de modo que a instrução processual concernente ao débil deve se restringir à prática de atos que conduzam à obtenção de uma sentença que lhe seja favorável, tendo em vista que a formação da cognição pelo magistrado deve se desvencilhar da instrução subsidiária, instituto que compromete a respectiva imparcialidade.

Do processo de constitucionalização do Direito, decorre o fato de que a exegese dos diplomas legais deve se coadunar com os princípios recepcionados pela Constituição Federal, de modo que, em virtude da separação das atividades de acusar e julgar, resta evidenciada a desvinculação da instrução subsidiária com os fundamentos inerentes ao sistema acusatório positivado na Lei n.º 13.964/19.

Portanto, forçoso elucidar que o juiz, em observância ao princípio da imparcialidade, não pode mitigar o contraditório e a ampla defesa ou, ainda, se opor à aplicação do *in dubio pro reo* diante de eventual insuficiência probatória ao instruir subsidiariamente os autos do processo, porquanto vinculada a condução processual e o julgamento que originariamente lhe compete aos fundamentos positivados na Constituição Federal.

<sup>61</sup> Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

### REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 24 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 13 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, 13 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm). Acesso em: 14 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Brasília, 10 jun. 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11689.htm). Acesso em: 14 out. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Brasília, 09 jun. 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm). Acesso em: 18 abr. 2021.

BALDIN, Stenio Augusto Vasques; CORRÊA, Lygia Aparecida das Graças Gonçalves. Prova: Dos Primórdios à Atualidade. **Revista Pensar o Direito**, UNILAGO, São José do Rio Preto, v. 4, n. 1, p. 64-85, 2014.

BINDER, Alberto. “A rede inquisitorial: história e tradições na configuração da justiça penal”. In.: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>. Acesso em: 26. abr. 2021.

\_\_\_\_\_. Sistema acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, p. 103-115, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009. 400 p.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal**: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. 275 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. Tradução de, Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



## RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR ISSN 2675-6218

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N.º 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

\_\_\_\_\_. O Direito como sistema de garantias. *In.*: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (org.). **O novo em Direito e Política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 90-91.

GAUER, Ruth M. Chittó. “Alguns aspectos da fenomenologia da violência”. *In.*: GAUER, Gabriel J. Chittó; GAUER, Ruth M. Chittó (org). **A fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do juiz criminal frente à Constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. *In.*: GAUER, Ruth Maria Chittó (coord.), **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. “Metástases do sistema inquisitório”. *In.*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 7. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOPES JR., Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. **Revista Ibero Americana de Ciências Penais**, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Penal**: Introdução Crítica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

\_\_\_\_\_. “Sistemas processuais penais: ainda precisamos falar a respeito?”. *In.*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

\_\_\_\_\_.; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. A incompreendida concepção do processo como “situação jurídica”: vida e obra de James Goldschmidt. **Revista de Derecho Penal y Criminologia**, Buenos Aires, v. Ano II, p. 169-182, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10923/11259>. Acesso em: 13 out. 2020.

MOCCIA, Sergio; IASEVOLI, Cleia. “Verdade Substancial e Verdade Processual”. *In.*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 30 abr. 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm). Acesso em: 30 abr. 2021.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e Verdade**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. 174 p.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. Lumen Juris, 2006. p. 259

WINTER, Lorena Bachmaier. “Acusatório versus inquisitório: reflexões sobre o processo penal”. *In.*: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org). **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.



**RECIMA21 - REVISTA CIENTÍFICA MULTIDISCIPLINAR**  
**ISSN 2675-6218**

REFLEXOS DA DEFINIÇÃO LEGAL DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO NA LEI N. ° 13.964/19:  
A PRODUÇÃO DE PROVAS SUBSIDIÁRIAS E O COMPROMETIMENTO COM A IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO  
Guilherme Antonio Saboia Macêdo, Camila Soares Silva, Marcus Vinicius do Nascimento Lima

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 86 e 91.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.