

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

NATHÁLIA SOARES DE MATTOS

**FUNDAMENTOS E LIMITES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO
NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: BREVES CONSIDERAÇÕES
SOBRE A FIGURA DO “JUIZ DE GARANTIAS” NO PROJETO DE REFORMA.**

**CURITIBA
2014**

NATHÁLIA SOARES DE MATTOS

**FUNDAMENTOS E LIMITES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO
NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: BREVES CONSIDERAÇÕES
SOBRE A FIGURA DO “JUIZ DE GARANTIAS” NO PROJETO DE REFORMA.**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Professor Luiz Taro Oyama

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

NATHÁLIA SOARES DE MATTOS

FUNDAMENTOS E LIMITES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO
NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: BREVES CONSIDERAÇÕES
SOBRE A FIGURA DO “JUIZ DE GARANTIAS” NO PROJETO DE REFORMA.

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____
Luiz Taro Oyama

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, ____ de _____ de 2014.

Aos meus pais, Eliana Soares de Mattos e Laertes de Mattos, exemplos de vida e fontes de admiração e à minha irmã Marília Soares de Mattos, por me ensinar que as dificuldades existem justamente para serem superadas.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus por ter me concedido força de vontade e estímulo para a elaboração dessa monografia.

Em especial, ao orientador deste trabalho, Luiz Taro Oyama, pelo tempo e paciência a mim dedicados.

Ao meu amado, Bruno M. F. C. Castagin, pelo empréstimo de grande parte da bibliografia utilizada na confecção do trabalho, por sacrificar os finais de semana demonstrando interesse em participar de meus debates acadêmicos e por compartilhar o silêncio nos momentos em que este se fez necessário.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	11
2.1. Noções Gerais.....	11
2.2. Sistema Acusatório	12
2.3. Sistema Inquisitório	14
2.4 Sistema Misto.....	17
3. SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	19
4. A PROBLEMÁTICA DO ART. 156, INCISO I, DO CPP: OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO	24
5. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À GESTÃO DA PROVA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO	27
5.1. Princípio da Iniciativa das Partes	27
5.2 Princípio da Presunção de Inocência	28
5.3 Princípio da Imparcialidade do Juiz.....	29
5.4 Princípio da Verdade Judicial	33
6 A PRODUÇÃO DE PROVA “EX OFFICIO” PELO JUIZ	35
6.1. Da ilegitimidade da intervenção do magistrado na produção da prova	35
6.2 Da legitimidade da intervenção do juiz na instrução processual - O papel do magistrado e a função social.....	41
7. O ANTEPROJETO DO NOVO CPP E A INTRODUÇÃO DO “JUIZ DE GARANTIAS”	47
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	55

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de analisar os fundamentos e os limites dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado no âmbito processual penal ante o atual panorama jurídico do neoconstitucionalismo, bem como verificar se a figura do *juiz das garantias*, introduzido pelo anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal pode ou não sanar a problemática da (im)parcialidade do magistrado no vigente sistema acusatório. Para tanto, faz-se necessário pormenorizar os sistemas jurídicos adotados ao longo da história do direito processual penal brasileiro; enunciar os princípios constitucionais e processuais garantidores que norteiam a seara criminal, especialmente os que se referem ao manuseio das provas; analisar a função social do magistrado na atualidade e verificar se tais exigências se coadunam com as ideias impostas pelo legislador constituinte e, por fim, expor a figura do *juiz das garantias* previsto no projeto de reforma do Código de Processo Penal e verificar até que ponto essa modificação processual poderá contribuir para o saneamento da controvérsia.

Palavras-chave: poderes instrutórios, sistemas processuais, juiz das garantias.

LISTA DE SIGLAS

art.	– artigo
ADI	– ação direta de inconstitucionalidade
CF	– Constituição Federal
CF/88	– Constituição Federal de 1988
CP	– Código Penal
CPC	– Código de Processo Civil
CPP	– Código de Processo Penal
n.	– número
p.	– página
p. ex.	– por exemplo
STF	– Supremo Tribunal Federal
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
ss.	– seguintes
v.	– volume

1 INTRODUÇÃO

A questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado no âmbito processual penal ainda não é tema pacífico pelos estudiosos do ramo. A divulgação do projeto de reforma do Código de Processo Penal, com grandes chances de aprovação, reavivou a discussão acerca do tema, tornando-o ainda mais atual, especialmente quando combinado com o hodierno paradigma do neoconstitucionalismo.

Cada vez mais a doutrina tem se preocupado em ressaltar a importância de salvaguardar os princípios garantidores, objetivando evitar violações aos preceitos constitucionais.

Neste ínterim, a análise dos limites e dos fundamentos dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado na seara processual penal tem especial importância, pois, no comando das diligências probatórias, pode eventualmente o magistrado exceder-se e passar a realizar o papel que, de acordo com o sistema acusatório, seria restrito exclusivamente à acusação. Agindo dessa forma, estaria ferindo o princípio da imparcialidade.

De outro norte, existem sérias críticas à ideia de limitar a atuação do magistrado. Argumenta-se que, impedindo-o de atuar, corre-se o risco de se cometer graves injustiças em nome da dita segurança jurídica e da garantia do sistema acusatório. E mais, esta corrente apregoa ainda que o papel do juiz no atual panorama jurídico deve ser coerente com sua função social, não se restringindo a ser mero destinatário das provas: ao contrário, deve ser necessariamente ativo na fase instrutória, a fim de garantir que as provas produzidas sejam suficientes para a formação de seu convencimento.

Constata-se que, de pronto, não há como se avaliar qual posicionamento é o mais acertado. A opção do legislador constituinte em adotar o sistema acusatório exige uma plena separação nas funções de julgar e acusar, devendo para tanto o magistrado manter uma postura equidistante no curso de toda a marcha procedimental. Todavia, o artigo 156 do Código de Processo Penal autoriza o juiz a diligenciar na busca do material probatório, consagrando os chamados poderes instrutórios do magistrado.

É na confluência destas duas teses que se situa a importância do presente trabalho, vez que pretende aprofundar-se no conteúdo da discussão e assinalar os pontos positivos e negativos de cada posicionamento, permitindo uma análise crítica, a facilitar a opção por um ou outro entendimento.

Não obstante, a temática é ainda atraente em razão de sua atualidade. O projeto de reforma do Código de Processo Penal, objetivando sanar essa divergência doutrinária, traz em seu artigo 15 a figura do *juiz das garantias*, o qual teria a atribuição para ordenar a produção ou antecipação de provas reputadas urgentes e relevantes no curso do inquérito policial. Já ao juiz da instrução ficaria restrita a condução da ação penal e seu julgamento, ficando este menos influenciável por juízos prévios sobre o fato delituoso.

Sendo assim, em virtude da contemporaneidade do assunto, bem como em razão de não haver na doutrina ou jurisprudência entendimento pacífico a respeito do tema, é que se faz necessária uma análise pormenorizada dos elementos que circundam a discussão acerca dos poderes instrutórios do magistrado no campo do processo penal.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

2.1. Noções Gerais

O dito *sistema jurídico* é formado pela reunião de elementos dos diversos ramos do Direito, os quais são autônomos entre si, sendo regidos por princípios próprios.

Para Paulo Rangel, “é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelecem as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito no caso concreto”.¹

Dessa forma, os sistemas processuais penais, segundo a doutrina especializada, se caracterizam pela reunião e organização de elementos de ordem processual penal, permitindo sua investigação e aperfeiçoamento constantes.²

Destaca-se ser de suma importância seu estudo, pois, segundo Marcos Antônio Santos Bandeira, ele “*informa a ideologia política do Estado no ordenamento jurídico, bem como revela a opção do legislador em conferir maior eficiência da defesa social, ou preservação das garantias fundamentais*”.³

Verifica-se, assim, uma íntima relação entre os sistemas processuais penais e o modelo político estatal adotado. Sobre o tema, discorre Aline Frare Armborst⁴:

Assim, em ordens estatais democráticas, é natural que vigore um procedimento penal em que o acusado seja tratado como sujeito de direitos, sendo asseguradas as garantias da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa e da imparcialidade do julgador. Por outro lado, os modelos processuais vigentes em estruturas políticas totalitárias caracterizam-se pela concentração de poderes nas mãos de um único

¹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Luris, 2007, p. 17.

² ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 34.

³ BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista?* Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/os_poderes_instrutorios_marcos_bandeira.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

⁴ ARMBORST, Aline Frare. *A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul, 2008. Biblioteca eletrônica. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

órgão, de modo que incumbe ao juiz-inquisidor as tarefas de perseguir, acusar e decidir, restando ao réu a condição de mero objeto de investigação.

Em resumo, tem-se que a ordem política estatal define o sistema processual penal vigente e, este, por sua vez, apresenta os parâmetros a serem seguidos pelos julgadores. Historicamente, levando em conta seus princípios informadores, é possível identificar três sistemas ou modelos processuais penais, quais sejam: o acusatório, o inquisitório e o misto.

2.2. Sistema Acusatório

Segundo a doutrina majoritária, o primeiro modelo organizado de persecução penal foi o sistema acusatório, tendo surgido originalmente no Direito grego e, posteriormente, se desenvolvido na República Romana, perdurando até o período imperial, quando passou a perder força e a dar lugar ao sistema inquisitorial; todavia, ressurgiu após a queda do Império Romano. Não obstante, forçoso realçar que parcela minoritária da doutrina sustenta que o sistema inquisitório antecedeu o acusatório⁵.

De toda sorte, o fato é que, historicamente, as bases do sistema acusatório foram vislumbradas na Grécia, mais especificamente nos delitos chamados *públicos*, nos quais era facultado ao ofendido ou, ainda, a qualquer um do povo, a convocar o Tribunal, que atuava pura e exclusivamente como órgão dito *julgador*, reservando-se tão somente às partes a produção das provas alegadas. A acusação popular era reduzida a termo pelos cidadãos ou, ainda, excepcionalmente, por um órgão estatal distinto do juiz, os quais exerciam diretamente a função de acusar, configurando um procedimento público e oral, realizado sempre na presença do acusado, oportunizando o exercício do contraditório, para só posteriormente resultar a decisão final proferida pelo magistrado.

Na República Romana, o sistema acusatório era evidenciado no pressuposto da *accusatio*, pautado na premissa de que ninguém poderia ser levado a juízo sem

⁵ ANDRADE. Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 50.

uma alegação, sendo absolutamente vedada qualquer iniciativa instrutória do julgador. Durante o Império Romano, tal sistema mostrou-se insuficiente, ocasionando-se, com certa frequência, uma persecução penal inspirada por ânimos de vingança, razão pela qual os magistrados foram cada vez mais ampliando suas esferas de atribuições, havendo durante este período coexistência do sistema da *accusatio* com o procedimento penal de ofício.⁶

Após a queda do Império Romano, o sistema acusatório ressurgiu, consolidando-se no mundo anglo-saxão, sob a estrutura do *adversary system*⁷, no qual é incumbência da acusação e defesa - os *adversários* - dar impulso à persecução penal, detendo a exclusividade da atividade probatória, não havendo maior interferência ou envolvimento do juiz na marcha do processo até o julgamento do processo.

Desse modo, no sistema acusatório da antiguidade, a acusação não poderia, em hipótese alguma, ser elaborada pelo juiz, visto que se iniciava sempre pela *accusatio*, vedando-se ao julgador a investigação pessoal e a produção de provas, que eram competências exclusivas das partes.

Com base em tais características, diz-se que no sistema acusatório *puro* ou *genuíno*, em que o processo é essencialmente um *processo de partes*, não se admite que o julgador tome a iniciativa da ação penal, nem tampouco que pratique *ex officio* atos de investigação ou de produção de provas, devendo manter-se sempre em posição de inércia e passividade, mesmo que isto possa significar um distanciamento da busca da verdade, visto que, sendo um processo de partes, devem estas, e somente estas, perseguirem os meios probatórios hábeis a demonstrar a procedência de suas alegações.

Hodiernamente, pode-se afirmar que o sistema acusatório é - ao menos fundamentalmente - almejado por todos os Estados Democráticos de Direito,⁸ por ter como pressuposto estrutural e lógico a separação expressa entre juiz e acusação.

Dessa forma, doutrinariamente, diz-se que constitui característica essencial à configuração do sistema acusatório a exigência de separação das funções, atribuindo a cada sujeito processual tão somente uma das funções do processo, ou

⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 76.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão teoria do garantismo penal*. São Paulo: revista dos tribunais, 2002, p.453.

⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 107.

seja, ao acusador se atribui a função de acusar, ao defensor se incumbe a tarefa de defender o acusado e, por final, ao juiz compete a função de julgar, preservando-se assim a máxima isenção e imparcialidade do órgão julgador.

Nesse passo, Tourinho Filho, de maneira didática e objetiva, delineou as características principais do modelo acusatório:⁹

No processo acusatório são traços profundamente marcantes: a) o contraditório como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao juiz iniciar o processo sem provocação da parte (...); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois “*non debet licere actori, quod reo non permittitur*” (não deve ser lícito ao autor o que não é permitido ao réu); g) iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado.

Na atualidade, pois, o sistema acusatório é encontrado, principalmente, em países democráticos preocupados em garantir a liberdade individual do cidadão frente ao *jus puniendi* do Estado¹⁰, preservando-se a imparcialidade do julgador.

2.3. Sistema Inquisitório

Os primeiros traços da estrutura inquisitória são do período da Monarquia Romana, quando vigorava o procedimento denominado *cognitio*, não havendo limitação alguma ao poder do magistrado. Todavia, o apogeu desse sistema ocorreu na Baixa Idade Média, com a Inquisição, que se assentava no dogma da verdade absoluta, cuja gravidade atribuída ao delito de heresia justificaria a perquirição da prova de ofício pelo juiz. Assim, bastava o mero boato de que alguém teria atentado contra a fé, para que se formasse uma relação linear entre juiz e réu, na qual este

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 78.

¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 161.

deixa de ser considerado sujeito de direitos, passando a ser mero objeto de investigação.¹¹

O surgimento do sistema inquisitório ou inquisitivo está atrelado à insuficiência do sistema acusatório durante o Império Romano, uma vez que não eram raras as vezes em que a persecução penal era inspirada por sentimentos de ódio e vingança, havendo alta incidência de acusações falsas, além da aparente sensação de impunidade ante a não execução das sentenças, o que fez com que os magistrados ampliassem cada vez mais suas atribuições, invadindo a esfera antes reservada aos litigantes, culminando na unificação das funções de acusar e julgar.

Assim, na medida em que o sistema inquisitório foi ganhando espaço, observou-se uma nítida mudança na execução do julgamento: *“o que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado”*.¹²

Com efeito, no novo modelo sistêmico instaurado, o magistrado passou a concentrar as funções de defender, acusar e julgar, deixando de ser um mero espectador e destinatário das provas para ser um sujeito ativo na “busca da verdade”.

Na ânsia de obter a dita verdade absoluta, não era vedado nenhum tipo de obtenção de prova, admitindo-se a tortura física e psicológica, bem como o uso de “denúncias anônimas”, o que garantia o sigilo da identidade do informante, sendo esta suficiente para iniciar *ex officio* à investigação de um fato. Uma vez identificado, o denunciado era preso, interrogado e torturado até que confessasse a prática criminosa. No sistema da prova tarifada, característico do modelo inquisitório, a confissão era a “rainha das provas”, sendo suficiente para ensejar a condenação.¹³

Outra alteração significativa refere-se ao tratamento dado ao acusado, que, de um sujeito co-atuante no processo com direitos e garantias, passou a ser tratado como um mero objeto de investigação, e, em regra, permanecia segregado durante

¹¹ ARMBORST, Aline Frare. *A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul, 2008. Biblioteca eletrônica. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

¹² LOPES JUNIOR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008 p. 61.

¹³ *Ibidem*.

todo o processo à disposição do juiz inquisidor, que poderia, inclusive, dispor do corpo do acusado até obter a confissão.¹⁴

De maneira sintética, Marcos Antônio Santos Bandeira destaca traços característicos desse sistema:

É caracterizado pela concentração das funções de acusar e julgar nas mãos do juiz. O acusado é considerado mero objeto da persecução penal sem qualquer garantia de defesa; a tortura é admitida, assim como outra qualquer forma de prova ilícita, como meio de se obter a “verdade real”; os procedimentos normalmente são secretos e escritos; o juiz, como se depreende, tem funções postulatórias, não havendo contraditório ou respeito ao princípio da igualdade e da dignidade humana. Nesse sistema era outorgado ao juiz poderes ilimitados na produção de provas para se chegar a verdade real. O sistema de provas, em regra, é o legal ou tarifário.¹⁵

Diferentemente do que se esperava, com o transcurso do tempo constatou-se que a concentração das funções em uma só pessoa, qual seja, o juiz inquisidor, não correspondia às pretensões de justiça, mas, ao contrário, a concessão de todos os poderes em um único órgão acarretou a busca desenfreada por uma verdade que muitas vezes não existia, sendo comum a condenação de inocentes que, não mais aguentando as fortes torturas, acabavam confessando crimes que não praticaram, permanecendo livre o verdadeiro autor dos fatos.

Por tais razões, atualmente o sistema inquisitório é rechaçado por todos os Estados comprometidos em garantir e respeitar os direitos do acusado, como bem assinalou Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró:

“o sistema inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violador dos mais elementares princípios processuais modernos. Sem um julgador equidistante das partes não há imparcialidade. O juiz que formula a acusação liga-se psicologicamente à causa, perdendo a objetividade no

¹⁴ ARMBORST, Aline Frare. *A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul, 2008. Biblioteca eletrônica. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

¹⁵ BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista?* Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/os_poderes_instrutorios_marcos_bandeira.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

juízo. Há uma nítida incompatibilidade entre as funções de julgar e acusar”¹⁶.

2.4 Sistema Misto

O sistema misto, também chamado de reformado ou napoleônico, começou a despontar juntamente com os ideais iluministas. Passou-se a criticar severamente o modelo inquisitorial vigente à época, em razão da desumanidade do procedimento, consistindo em uma das reivindicações da Revolução Francesa, que, dentre outros elementos, objetivava a implementação do sistema processual acusatório. Todavia, o ideal revolucionário encontrou óbice nas milenares tradições inquisitoriais, arraigadas culturalmente, o que acabou por fazer incluir, nos diplomas legais acusatórios, resquícios do sistema inquisitório.¹⁷

Inicialmente, o procedimento misto foi implementado na França e compunha-se de três etapas: a primeira, uma instrução preparatória, a cargo de um juiz de instrução, junto ao qual atuava o Ministério Público; a segunda, consistente na decisão sobre a viabilidade da acusação, executada por uma câmara e a terceira, finalmente, a fase judicial. Por volta de 1856, a segunda etapa passou a ser incorporada pela primeira, instituindo-se o sistema bifásico¹⁸, sendo a primeira etapa uma fase de investigação preliminar, nitidamente inquisitória, e a segunda destinada ao julgamento, com contornos do sistema acusatório – debates orais e públicos e acusação feita por órgão distinto do julgador.

Com efeito, Mauro Fonseca Andrade discorre sobre as fases do sistema misto:

[...] o *Code d'Instruction Criminelle* possui dois grandes méritos: pôs fim à tortura, que era utilizada desde as primeiras manifestações do sistema acusatório no direito clássico e ao longo do sistema inquisitivo histórico; e

¹⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.24.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 454.

¹⁸ ARMBORST, Aline Frare. *A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório*. Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul, 2008. Biblioteca eletrônica. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 16 de abr. 2014.

difundiu, por toda a Europa, o abandono do sistema inquisitivo, propondo a adoção de um sistema de processo que restringia os poderes do juiz [...] Em sua primeira fase havia a supremacia de elementos e princípios encontrados no sistema inquisitivo, como, p. ex., a abertura do processo de ofício pelo juiz ou mediante a representação de *notitia criminis*, o segredo do processo e o princípio da escritura. Já a segunda fase tinha seu início com uma acusação representada por pessoa distinta do juiz, vigorando os princípios acusatório, contraditório, da publicidade e da oralidade¹⁹.

Uma vez compreendidas as características e o funcionamento do sistema misto, importante ressaltar que, na opinião de Jacinto Coutinho, atualmente não existem sistemas processuais puros, sendo, em tese, todos mistos. Entretanto, ressalta que essa classificação seria apenas simbólica, haja vista que, em essência, continuam sendo ou inquisitórios ou acusatórios:

[...] não há mais sistema processual puro, razão pela qual se têm, todos, como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro²⁰.

Assim, conclui-se que o sistema misto possui duas fases distintas, uma de investigação preliminar, na qual prepondera o caráter inquisitorial, e outra propriamente judicial, com respeito a todos os direitos e garantias referentes ao acusado, o qual é considerado sujeito de direitos. No entanto, tendo em vista que hodiernamente constata-se uma inexistência de sistemas ditos “puros” e, ainda, considerando que todos os sistemas devem ser classificados de acordo com sua essência ou núcleo preponderante, imperiosa se faz a análise do sistema processual adotado no Brasil.

¹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 402-416.

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro*. Revista de Estudos Criminais. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do RS, Porto Alegre, n. 1, p. 27-56, mar. 2001.

3. SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

A maior parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras sustenta que a Constituição Federal de 1988, legítima expressão do Estado Democrático de Direito, elegeu, no âmbito processual penal, o sistema acusatório, na medida em que o art. 129, inciso I, da Carta Magna conferiu ao órgão do Ministério Público, precipuamente, a titularidade de promover a ação penal pública. Sobre a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal, Mauro Fonseca Andrade destaca:

Quando o assunto é a definição do sistema processual penal brasileiro, não há como negar que a corrente majoritária se definiu por apregoar que aqui vigora o sistema acusatório [...] A argumentação que mais vezes se faz presente está fundada na titularidade da ação penal concedida ao Ministério Público, prevista no art. 129, inc. I, da Constituição Federal²¹.

Todavia, há ainda pequena parcela que caracteriza o sistema processual brasileiro como sendo um sistema de natureza *mista*, apontando feições acusatórias e inquisitoriais. Sobre o tema, pontua Guilherme Nucci que alguns alegam que a existência do inquérito policial na fase pré-processual já seria, por si só, indicativa de um sistema misto; outros, com mais propriedade, apontam determinados poderes atribuídos aos juízes no Código de Processo Penal como a justificativa da conceituação antes mencionada.²²

Os adeptos de tal concepção defendem, em síntese, que no Processo Penal brasileiro o juiz efetivamente concentra características inquisitoriais, apontando para o fato de que lhe é facultado atuar de ofício, determinando diligências e contribuindo para a formação do conjunto probatório, conforme se extrai da redação dos arts. 127 (sequestro de bens), 156 (diligências de ofício), 196 (reinterrogatório do acusado), 209 (testemunhas do juízo), 242 (busca e apreensão), 311 (prisão preventiva), 383 (condenação diversa da capitulada na denúncia), 385 (reconhecimento de

²¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 452-454.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 101.

agravantes), 574, incisos I e II (recurso de ofício) etc., todos do Código de Processo Penal vigente.

Assim manifestou-se o supracitado autor:

[...] é mais uma mostra de que o juiz, no processo penal brasileiro, *afasta-se de sua posição de absoluta imparcialidade, invadindo seara alheia, que é do órgão acusatório*, decretando medida cautelar de segregação sem que qualquer das partes, envolvidas no processo, tenha solicitado. Insistimos, pois, que nosso sistema de processo é misto [...]²³.

Não se pode olvidar que o Código de Processo Penal brasileiro, Decreto-Lei n. 2.848/1940, vigente desde 1º de janeiro de 1942, foi elaborado sob a égide de um modelo político eminentemente autoritário, conhecido como Estado Novo²⁴. Não obstante tenha passado por reformas pontuais com a Carta Magna de 1988, para muitos ainda conserva resquícios inquisitoriais. Nesse aspecto, posiciona-se Tourinho Filho:

No Direito pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer, não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes. Na verdade, pode o Juiz requisitar abertura do inquérito (art.5º, II, do CPP), decretar de ofício a prisão preventiva (art. 311, do CPP), conceder *habeas corpus* de ofício (art.654, §2º, do CPP), ser destinatário da representação (art. 39, do CPP), ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (art. 156, II, do CPP), ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes (art. 209, do CPP) e, inclusive, as referidas pelas testemunhas (§1º do art. 209, do CPP) etc.²⁵

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 617-618.

²⁴ "Estado Novo é como ficou conhecido o período da história republicana brasileira que vai de 1937 a 1945, quando foi Presidente do Brasil Getúlio Vargas. [...] Esse regime político recebeu o nome de Estado Novo, (nome tirado da ditadura de António de Oliveira Salazar em Portugal), e durou até 29 de outubro de 1945, quando Getúlio foi deposto pelas Forças Armadas. Getúlio Vargas determinou o fechamento do Congresso Nacional e extinção dos partidos políticos. Ele outorgou uma nova constituição, que lhe conferia o controle total do poder executivo e lhe permitia nomear interventores nos estados, aos quais Getúlio deu ampla autonomia na tomada de decisões, e previa um novo Legislativo, porém nunca se realizaram eleições no Estado Novo. Esta constituição, que tinha a alcunha de "Polaca", (denominação usada para mostrar que a Constituição Brasileira de 1937 foi amplamente influenciada pela Constituição autoritária da Polônia e, depreciativamente, o nome de uma zona de baixo meretrício no Rio de Janeiro), na prática não vigorou pois Getúlio governou durante todo o Estado Novo por decreto-lei e nunca convocou o plebiscito previsto na "Polaca" [...]" Wikipédia. A Enciclopédia Livre. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_Novo_\(Brasil\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Estado_Novo_(Brasil))>. Acesso em: 17 mai. 2014..

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p.79-80.

Diferente posicionamento adota Eugênio Pacelli, defendendo a adoção do sistema acusatório pelo ordenamento brasileiro, e rebatendo as críticas feitas por aqueles que defendem ser misto o sistema penal processual em vigor:

No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema *processual* há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é *processo*, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação. De outra parte, somente quando (se) a investigação fosse realizada diretamente perante o juízo (como ocorre no Juizado de Instrução francês) seria possível vislumbrar contaminação do sistema (...) De todo modo, e, sobretudo, a partir da possibilidade de participação do acusado e de seu defensor no ato do interrogatório, não vemos como não se reconhecer, ou não vemos por que abdicar de um conceito *acusatório* de processo penal na atual ordem constitucional.²⁶

Segue o autor afirmando ser *medieval* o modelo em que o juiz afasta-se completamente de quaisquer funções probatórias, tomando como premissa legitimadora uma suposta igualdade de partes. Merece nota, ainda, a conclusão de Mauro Fonseca Andrade:

[...] um sistema processual será considerado inquisitivo sempre que possuir dois elementos fixos: o caráter prescindível da presença de um acusador distinto do juiz, e o fato de o processo ser instaurado por acusação, *notitia criminis* ou de ofício pelo juiz [...]. Como se vê, para esse autor a questão da produção de prova “*ex officio*” pelo juiz não é característica essencial do modelo inquisitório.²⁷

Há ainda outra posição sustentando que o Processo Penal brasileiro não se enquadra em nenhum desses sistemas. Com efeito, ao tratar sobre a definição do sistema nacional, Mauro Fonseca de Andrade conclui que não se adota um sistema processual penal definido, seja acusatório, inquisitório ou misto, mas apenas modelos de processo. Ressalta o autor que tal fato ocorre em razão da omissão constitucional e infraconstitucional a respeito do sistema adotado e da ausência, em

²⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13-15.

²⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 383.

nível infraconstitucional, de um princípio unificador – *principium unitatis* –, que segundo o autor seria responsável pela unidade de todo o sistema normativo. Em não havendo esse princípio, a conclusão seria uma só - o Processo Penal brasileiro não adota sistema algum, é indefinido, conforme excerto a seguir:

[...] A realidade legislativa nacional prevê a existência de processos criminais representativos de dois sistemas processuais diferentes. De um lado, temos aqueles vinculados ao sistema misto, como ocorre nas hipóteses em que a investigação criminal for realizada por um magistrado. De outro, há aqueles vinculados ao sistema acusatório, cujo processamento se dará em todos os demais casos [...] Frente a essa realidade, não haverá, de nossa parte, nenhum exagero em se afirmar que nosso país não adota nenhum tipo de sistema processual penal, pois o que temos hoje são *modelos de processo*²⁸.

Diante desse cenário contraditório e sobrecarregado de teses antagônicas, extrai-se que não há unanimidade quanto ao sistema processual adotado, muito embora a corrente majoritária seja a de que a Constituição Federal de 1988 consagrou o sistema acusatório.

De toda forma, o fato é que a Constituição Federal não declarou explicitamente sua opção por um dos sistemas processuais penais. Todavia, a ausência de enunciado específico não afasta a eleição do sistema acusatório, uma vez que esta é uma natural decorrência da adoção do regime democrático; ademais, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, revela sua opção pelo modelo acusatório, por ser este - conforme amplamente narrado nos tópicos precedentes -, o único sistema processual em que o acusado é tratado como sujeito de direitos.

Nesse aspecto, convém destacar que o sistema acusatório foi admitido jurisprudencialmente, conforme precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do Superior Tribunal de Justiça e até do Supremo Tribunal Federal, respectivamente:

O modelo acusatório vigente no sistema penal pátrio, a partir da Constituição Federal de 1988, consagra o estado de inocência, cabendo à acusação fazer prova extrema de dúvidas da culpabilidade do acusado. Considerando que o órgão ministerial não comprovou que o réu praticou o

²⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, p. 461.

delito de forma suficiente a ensejar o juízo condenatório, imperativa é a absolvição, como consagração do princípio do *in dubio pro reo*. (TJ/RS. Apelação Crime 700222224331. 5ª Câmara Criminal. Rel. Aramis Nassif. Julgado em 25/06/2008).

Antecedentes negativos ou reincidência devem restar devidamente demonstrados nos autos por meio de prova documental, não podendo o Tribunal, para esse fim, e em desarmonia com o sistema acusatório adotado pelo constituinte de 1988, amparar-se unicamente nas declarações do acusado obtidas no seu interrogatório (STJ, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, Data de Julgamento: 17/10/2006, T6 - SEXTA TURMA)

O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, a obrigação de expor, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação das pessoas acusadas da suposta prática da infração penal, a fim de que o Poder Judiciário, ao resolver a controvérsia penal, possa, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa e do princípio constitucional do "due process of law", ter em consideração, sem transgredir esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, a conduta individual do réu, a ser analisada, em sua expressão concreta, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação (STF - HC: 83947 AM , Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 07/08/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00327)

Para por fim à divergência doutrinária, o Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal, transformado em Projeto de Lei do Senado Federal nº. 156, de 2009, prevê na redação inicial do art. 4º a adoção do sistema acusatório nos seguintes termos: "*O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação*"²⁹, o qual será analisado mais profundamente nos tópicos que se seguem.

²⁹ BRASIL. Lei Federal 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 30 de abril. 2014.

4. A PROBLEMÁTICA DO ART. 156, INCISO I, DO CPP: OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO

Partindo do pressuposto de que o direito processual penal brasileiro optou pelo sistema acusatório, em especial após o advento da nova ordem constitucional, e que dentre os pilares do tipo acusatório se encontra a rigorosa separação entre as funções de acusar (art. 129, inciso I e art. 5º, inciso LIX, CF), defender e julgar (artigos 92 a 126, CF) caberia ao magistrado posicionar-se distante da atividade probatória, visando resguardar-se livre de qualquer contaminação ou pré-julgamentos que a investigação de ofício ou as iniciativas probantes acarretam³⁰, a fim de garantir um julgamento justo e imparcial.

É notório que, no processo penal, busca-se um justo equilíbrio de forças entre acusação e defesa, objetivando sempre a manutenção da segurança jurídica e da pacificação social. Nesse contexto de balanceamento entre os direitos e garantias do investigado-acusado e o direito à persecução penal, o juiz possui papel de suma importância, vez que atua como o maior garante desse almejado equilíbrio, e dele se espera a necessária imparcialidade e independência na condução da ação penal.³¹

Por outro lado, a propagação da criminalidade, atrelada à sensação de impunidade e à ideia de *publicização* do processo penal, fez com que não apenas a população leiga, mas também muitos operadores do direito reclamassem uma postura mais ativa por parte do juiz criminal.³² Seguindo esse raciocínio, o magistrado não poderia conformar-se com uma posição inerte no curso do processo penal, cabendo-lhe, ao contrário, diligenciar na busca do material probatório.

É exatamente nessa conjuntura que nasce a polêmica em torno da iniciativa instrutória do juiz no processo penal, tendo gerado intenso debate a reforma

³⁰ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 18.

³¹ ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. *Os poderes instrutórios no atual Código de Processo Penal e o “juiz de garantias” no seu projeto de reforma*. Disponível em: <<http://arnaldoquirino.com/2011/08/27/os-poderes-instrutorios-do-juiz-no-atual-codigo-de-processo-penal-e-o-juiz-de-garantias-no-seu-projeto-de-reforma/>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

³² ARMBORST, Aline Frare. *A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório*. Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul, 2008. Biblioteca eletrônica. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2013.

processual produzida pela Lei n.º. 11.690, de 9 de junho de 2008³³, que alterou de forma significativa o panorama da gestão probatória. Referida reforma ampliou as atribuições e os poderes instrutórios do magistrado, com a vigência do inciso I, do art. 156, do CPP, o qual prevê que é facultado ao Juiz, de ofício “[...] ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”. Ainda, o inciso II do referido artigo dispõe que é permitido ao Juiz “[...] determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.³⁴

A grande problemática desse poder instrutório, refere-se ao fato de que, ao fazer o uso dessa técnica, aproxima-se o magistrado do sistema inquisitório ou inquisitivo – típico de sociedades autoritárias -, que tem como uma de suas características primordiais a concentração das funções de investigar, acusar, defender e julgar nas mãos de uma só pessoa, qual seja, o juiz inquisidor.

Destarte, o artigo 156 do atual Código de Processo Penal³⁵, na redação conferida pela reforma de 2008, representaria uma afronta aos princípios constitucionais. Nesse sentido, averba Aury Lopes Jr:

O art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, pois representa uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório. (...) Juiz-instrutor-inquisidor com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. Decide primeiro a partir da prova que ele constrói e, depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formaliza sua decisão.³⁶

³³ BRASIL. Lei Federal n.º. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 30 maio. 2014.

³⁴ BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 29 maio. 2014.

³⁵ Art. 156, CPP: “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.”

³⁶ LOPES Jr. Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006. p. 124.

No entanto, outra parte da doutrina defende a ideia de um juiz tecnicamente ativo, que prima pela sentença justa, podendo, para tanto, determinar a produção de provas para dirimir dúvidas e esclarecer fatos, sem que isso signifique um retrocesso ao sistema inquisitório. Seguindo essa linha, esclarece Marcelo Lessa Bastos:

O sistema acusatório não pressupõe, necessariamente, as partes como adversárias, livres para competirem segundo suas exclusivas expensas, ficando o Juiz numa posição de árbitro, passivo, à deriva da condução que as partes resolverem dar aos rumos da demanda, na posição clássica de "O Pensador" (Le Penseur) de Auguste Rodin. O sistema acusatório pode, perfeitamente, conviver com um processo de cunho publicista, tendo o Juiz uma postura ativa, de condutor do mesmo, agindo como timoneiro. É o *inquisitorial system*, em contraposição ao *adversarial system*, de que nos fala Ada Pellegrini Grinover, ambos plenamente compatíveis com o sistema acusatório, ficando a opção por um ou outro sistema no âmbito discricionário do Legislador.³⁷

Ambos os posicionamentos tecem argumentos pertinentes, os quais contribuem para o estudo do tema, e serão, portanto, detalhados nos tópicos que se seguem. Não obstante, constata-se que a problemática atinente aos poderes instrutórios do juiz relaciona-se diretamente com alguns princípios atinentes à gestão da prova, cuja compreensão se torna imprescindível para o entendimento da problemática da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo em comento. Com o escopo de elucidar melhor a questão, e de forma absolutamente breve, serão elencados alguns destes princípios.

³⁷ BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e gestão da prova*. Os novos arts. 155 e 156 do Código reformado (Lei nº 11.690/08). p. 8 – 9. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/11593>> Acesso em: 18 abr. 2013.

5. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À GESTÃO DA PROVA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

5.1. Princípio da Iniciativa das Partes

O princípio da iniciativa das partes está apregoado na inércia dos órgãos jurisdicionais, só sendo autorizado a estes a aplicação da lei ao caso concreto quando devidamente provocados pela parte interessada, consubstanciando-se a partir das máximas *nemo iudex sine actore* (não há juiz sem autor) e *ne procedat iudex ex officio*.

Em razão de tal princípio, independentemente de qual seja a natureza da ação penal, é sempre vedado ao magistrado dar início ao processo de ofício. No caso da ação penal pública incondicionada,³⁸ a titularidade da ação compete exclusivamente ao Ministério Público, que iniciará a demanda judicial com o oferecimento da denúncia. Igualmente, na ação penal subsidiária da pública³⁹, só poderá ser iniciada a ação penal por intervenção da parte legitimada. No caso da ação penal privada,⁴⁰ a provocação estatal ficará a cargo do ofendido ou seu representante legal, mediante apresentação da queixa-crime.

Sendo assim, Tourinho Filho apregoa a total impossibilidade de atuação *ex officio* pelo magistrado na sistemática atual:

Se a ação penal é o direito de invocar a tutela jurisdicional-penal do Estado, não se concebe, por incongruente, que o próprio Estado-Juiz invoque a si mesmo a tutela em apreço. O Juiz estaria solicitando uma providência a si mesmo. Haveria, como muito bem diz Carnelutti, jurisdição sem ação, como se tem no processo de tipo inquisitório. Seria atribuir ao Juiz, em lugar da parte, uma ação que se identifica com a jurisdição, ou, ao menos, que se transforma em jurisdição, o que é um verdadeiro monstro de lógica processual [...]⁴¹.

De tal sorte, à luz do princípio em comento, deve o magistrado manter-se sempre inerte, autorizado a agir somente quando provocado por uma das partes

³⁸ Vide art. 30, do CPP e art. 100, § 2º, do CP.

³⁹ Vide art. 5º, inciso LIX, da CF e art. 100, § 3º, do CP.

⁴⁰ Vide art. 24, do CPP e art. 100, § 1º, do CP.

⁴¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 51.

interessadas. Nesse aspecto, forçoso salientar a existência de normas excepcionais permitindo ao magistrado, por exemplo, conceder *habeas corpus* de ofício; decretar, de ofício, a prisão preventiva ou; a oitiva de testemunhas ditas “do juízo”. Todavia, ressalta-se que embora tais medidas confirmem maior autonomia ao magistrado, não o autorizam em hipótese alguma o início da demanda judicial

5.2 Princípio da Presunção de Inocência

O chamado princípio da presunção da inocência⁴² - também denominado princípio da não-culpabilidade⁴³ e do estado ou situação jurídica de inocência⁴⁴ - assegura a todo cidadão um prévio estado de inocência só afastado com a efetiva comprovação do cometimento de um crime pelas vias judiciais.

Com efeito, consagra o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.⁴⁵

Assim, verifica-se que no ordenamento jurídico atual é assegurado constitucionalmente que todo cidadão será presumidamente inocente, presunção esta que só poderá ser quebrada com o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Nesse aspecto, assevera Tourinho Filho:

Nenhuma pena pode ser imposta antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Pode até ocorrer prisão antes de ser proferida sentença desde que ela se mostre absolutamente necessária, tendo, então, indistigável caráter cautelar.⁴⁶

No mesmo sentido, Gustavo Badaró:

⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ibhay. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus:Elsevier, 2012, p. 24.

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13-15.

⁴⁵ BRASIL, Constituição Federal (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 fev. 2014.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

A presunção de inocência não veda, porém, toda e qualquer prisão no curso do processo. Desde que se trate de uma prisão com natureza cautelar, fundada em um juízo concreto de sua necessidade, e não em meras presunções abstratas de fuga, periculosidade e outras do mesmo gênero, a prisão será compatível com a presunção de inocência.⁴⁷

Dessa forma, é possível a conclusão de que após a produção de todas as provas pelo órgão acusatório, restando a mínima dúvida acerca da culpa do acusado, imperiosa se faz a absolvição por insuficiência probatória⁴⁸. Intimamente ligado com tal princípio, está o brocardo *in dubio pro reo*⁴⁹, pois, segundo René Ariel “a dúvida em relação à existência ou não de determinado fato deve ser resolvida em favor do imputado”.⁵⁰ Da mesma forma, assevera Fernando Capez que: “a dúvida sempre beneficia o acusado. Se houver duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica; na dúvida absolve-se o réu”⁵¹

5.3 Princípio da Imparcialidade do Juiz

A imparcialidade do juiz é característica inerente ao exercício da jurisdição, pois, a partir do momento que o Estado-Juiz evocou para si a tarefa de administrar a Justiça, proibindo o exercício arbitrário das próprias razões, passou a exigir do órgão julgador o devido distanciamento das partes, para que, com isso possa obter um julgamento desinteressado.

De acordo com o já exposto, verifica-se que a imparcialidade do magistrado tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, visto que a garantia da dita imparcialidade do julgador possui previsão constitucional, na medida em que a Carta Magna, ao conferir a titularidade

⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ibhay. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2012, p. 24.

⁴⁸ A esse respeito, cita-se o art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal que “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: [...] VII - não existir prova suficiente para a condenação. BRASIL, Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 26 ago. 2009.

⁴⁹ *In dubio pro reo* é uma expressão latina que significa literalmente *na dúvida, a favor do réu*.

⁵⁰ DOTTE, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 155.

⁵¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2006, p. 44.

da ação penal ao Ministério Público, acabou por separar nitidamente as funções de acusar e julgar.

Nesse aspecto, espera-se do magistrado que, durante toda a presidência processual e, principalmente no momento de proferir decisão, coloque-se equidistante dos interesses em conflito. Na ótica de Luigi Ferrajoli:

A sujeição somente à lei, por ser premissa substancial da dedução judiciária e juntamente única fonte de legitimação política, exprime por isso a colocação institucional do juiz. Essa colocação – externa para os sujeitos em causa e para o sistema político, e estranha aos interesses particulares de um lado e aos gerais de outro – se exprime no requisito da imparcialidade, e tem sua justificação ética-política nos dois valores – a perseguição da verdade e a tutela dos direitos fundamentais – associados à jurisdição. O juiz nada deve ter qualquer interesse, nem geral e nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira e qual é falsa.⁵²

A imparcialidade pressupõe a independência do juiz, razão pela qual a Constituição Federal, mais especificamente no artigo 95⁵³, assegurou algumas prerrogativas basilares, objetivando evitar que ele venha a sofrer qualquer tipo de influências ou coações, sendo elas: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio. A esse respeito, Tourinho Filho proclama:

[...] a imparcialidade exige, antes de mais nada, independência. Nenhum juiz poderia ser efetivamente imparcial se não estivesse livre de coações, de influências constrangedoras, enfim, de ameaças que pudessem fazê-lo temer a perda do cargo [...]⁵⁴.

Visando, ainda, não colocar em dúvida a imparcialidade do juiz e sua dedicação às funções judicantes, a Constituição Federal também impõe algumas

⁵² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002, p. 464

⁵³ “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.”

⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

proibições.⁵⁵ Sobre as causas que comprometem a imparcialidade do juiz, esclarece Eugênio Pacelli de Oliveira, em seu livro intitulado Curso de Processo Penal:

Tanto as causas que determinam a suspeição quanto aquelas que estabelecem casos de impedimento do juiz dizem respeito a fatos e circunstâncias, *subjetivos* ou *objetivos*, que, de alguma maneira, podem afetar a imparcialidade do julgador na apreciação do caso concreto. É o que ocorre, por exemplo, na inimizade capital ou amizade íntima do juiz com alguma das partes (art. 254, CPP), ou quando o juiz tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão (art. 254, III, CPP). A primeira hipótese é de suspeição, enquanto a segunda é de *impedimento*⁵⁶.

Oportuno mencionar, que a imparcialidade do julgador pode ser evidenciada também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou, *Pacto de San José da Costa Rica* no art. 8º, que dispõe:

“[...] Toda pessoa terá o direito de 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 na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.⁵⁷

Com efeito, também a Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. X: “*Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele*”.⁵⁸

Não obstante, convém ressaltar que a *imparcialidade* não se confunde com a *neutralidade* do julgador. Sobre o tema Marcos Antonio Santos Bandeira afirma:

⁵⁵ Vide artigo 95, parágrafo único, da CF e artigos 252 a 256, todos do CPP.

⁵⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 262.

⁵⁷ BRASIL. Decreto 678 de 02 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 03 de mar. de 2014.

⁵⁸ Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 06 de abr. 2014.

A neutralidade é antinatural, pois todo o ser humano carrega a sua história permeada de valores, ideologia, filosofia, visão de mundo, idiosincrasias, sentimentos, razão e emoções. [...] O julgador deve ser imparcial, não necessariamente neutro, pois não pode se distanciar de sua realidade cultural e nem evitar as influências do seu psique no momento de sentenciar. [...] Imparcialidade nada tem que ver com a neutralidade, ou seja, o juiz não precisa isolar-se da sua comunidade e seus valores para decidir com imparcialidade, *contrarium sensu*, o juiz deve estar sincronizado com o seu tempo, contextualizado e atento às mutações sociais, utilizando o seu poder criativo e sentimento para realizar em toda a à sua plenitude, a justiça no caso concreto.⁵⁹

No mesmo sentido Marcus Vinicius Amorim de Oliveira, aduz:

Imparcial não quer dizer neutro. Em verdade, não há neutralidade do juiz. Trata-se de um mito que só serve ao favorecimento do conservadorismo, para manutenção do *status quo*. Nenhum ser humano está imune às influências ideológicas, políticas ou culturais do meio onde se acha inserido. A todo momento nossas condutas refletem um posicionamento a respeito de ideias que ora acolhemos ora refutamos. Enfim, todos valorizamos as coisas a nossa volta. E com os juízes não haveria de ser diferente, posto que seres humanos iguais a nós. Seria imprudente e improvável exigir-se do magistrado uma postura acima do bem e do mal. O que a Constituição veda, convém salientar, é a participação direta em movimentos sociais, tais como a militância político-partidária, que ponham em risco, sim, a imparcialidade do juiz.⁶⁰

Diante do exposto, verifica-se que a imparcialidade, elevada a condição de princípio exige que o juiz não sirva à finalidade subjetiva de qualquer das partes, mantendo-se equidistante, pautando o julgamento na função objetiva de aproximar-se da verdade dos fatos. Entretanto, tal premissa não significa que as características pessoais do julgador poderão comprometer a imparcialidade, uma vez que, conforme exposto, a total e completa neutralidade do julgador é utópica.

⁵⁹ BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista?* Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/os_poderes_instrutorios_marcos_bandeira.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013, p. 6.

⁶⁰ OLIVEIRA, Marcus Vinicius Amorim de. *Garantias da magistratura e independência do Judiciário*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 29, 1 mar. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/245>>. Acesso em: 1 jun. 2014.

5.4. Princípio da Verdade Judicial

Referido princípio teve origem com a insuficiência demonstrada pelo sistema inquisitório, no qual o juiz inquisidor, com a outorga desmensurada de poderes, fazia usos de métodos ilícitos e violentos, em busca da dita “*verdade real*” ou “*verdade absoluta*”. Constatou-se que a extrema complexidade, se não a total impossibilidade de se alcançar a dita verdade real ou absoluta por meio do processo, uma vez que este se resume a uma reconstrução de fato passado, não sendo raras as vezes em que a “verdade” produzida é contaminada por fatores subjetivos. Assim, surge o conceito de “*verdade judicial*”, referindo-se a verdade dita possível.

Sobre o tema, Gustavo Badaró discorre acerca da impossibilidade de se atingir a verdade absoluta:

A prova é apontada como o meio pelo qual o juiz chega à verdade, convencendo-se da ocorrência ou inoocorrência dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo. Atualmente, tem-se consciência de que a verdade absoluta ou ontológica é algo inatingível. Verdade e certeza são conceitos relativos. A “verdade” atingida no processo – e também fora dela – nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido tal qual as provas demonstram [...] ⁶¹.

Partilhando do mesmo entendimento Aury Lopes Jr.:

Em suma, a verdade real é impossível de ser obtida. Não só porque a verdade é excessiva [...] senão porque constitui um gravíssimo erro falar em “real” quando estamos diante de um fato passado, histórico. É o absurdo de equiparar o real ao imaginário. O real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstituído no presente, logo, no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui, é um dado da realidade ⁶².

Tem-se, portanto, que toda reconstrução de fatos passados resultará não em uma verdade absoluta, mas em uma verdade possível, sendo chamada “*judicial*” que

⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ibhay. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus:Elsevier, 2012, p. 195.

⁶² LOPES Jr. Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006. p. 275.

nada mais é uma espécie de verdade construída de modo a aproximar-se o máximo possível dos fatos que efetivamente ocorreram.

Marcos Antonio Santos Bandeira faz considerações pontuais acerca da verdade judicial:

Entendo que na área processual penal, não se deve mesmo falar de “verdade real” como algo coincidente com a realidade histórica dos fatos, pois esta é utópica. Creio que na seara processual penal, devemos trabalhar com o juízo de certeza que se constrói pelo caminho da probabilidade⁶³.

Sendo assim, verifica-se que, por meio da persecução penal o magistrado objetiva a reconstrução dos fatos descritos na denúncia ou queixa-crime, fazendo uso de todas as técnicas processuais que lhe são postas à disposição, tais como provas orais, escritas e documentais, realização de perícias e demais diligências. Todavia, sabe-se de antemão que a verdade produzida nesse procedimento é uma verdade relativa, a qual poderá ser rediscutida e, eventualmente, desconstituída após apreciação de instância superior.

De toda sorte, imperioso ressaltar que, muito embora a verdade absoluta seja concebida como uma utopia, em matéria penal, não pode o magistrado se satisfazer com uma verdade meramente “*formal*”, ou seja, não deve ficar restrito a elementos de convicções por presunções decorrentes de documentos ou provas inconsistentes, sob pena de faltar com a Justiça.

⁶³ BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista?* Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/os_poderes_instrutorios_marcos_bandeira.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013

6 A PRODUÇÃO DE PROVA “EX OFFICIO” PELO JUIZ

6.1. Da ilegitimidade da intervenção do magistrado na produção da prova

Alcança-se aqui o ponto culminante da pesquisa. Uma vez contextualizada a problemática dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado à luz do sistema acusatório e, ainda, ciente dos princípios norteadores, tratar-se-á da suposta incompatibilidade de interferência, *ex officio*, do juiz na atividade probante de acordo com os moldes do processo penal vigente no Brasil.

Tendo em vista que a gestão da prova é o cerne para a diferenciação dos sistemas processuais penais, grande parte da doutrina defende que atribuir ampla e irrestrita iniciativa instrutória ao julgador seria absolutamente incompatível com o sistema acusatório, uma vez que, em tal sistema, o papel do juiz deve ser de mero *espectador*, dedicado tão somente à valoração objetiva e imparcial dos fatos, sob pena de invadir o espaço destinado às partes e ferir os mais basilares princípios constitucionais penais.

Segundo o entendimento do famigerado autor Aury Lopes Jr, deve o magistrado manter-se afastado de toda e qualquer atividade probatória, a fim de conseguir o alheamento necessário para valorar essa prova. Aduz referido autor que: “*a figura do juiz espectador em oposição à figura do juiz ator é o preço a ser pago para termos um sistema acusatório*”⁶⁴.

Dentro da matriz constitucional, a parcela de atuação reservada ao juiz restringe-se à ideia de garantismo que permeia a atual concepção do processo penal, compelindo-o a se manter numa posição equidistante das partes na medida em que separou as funções de julgar e acusar (art. 129, I, CF).

Com efeito, a atribuição conferida ao Juiz no artigo 156, inciso I, do CPP, facultando-lhe determinar a produção de prova no curso das investigações policiais sem qualquer requerimento das partes, violaria os princípios processuais que informam o sistema acusatório, já citados nos tópicos supra, tais como o da iniciativa das partes e da imparcialidade, tornando-o, portanto, contrário à constituição.

⁶⁴ LOPES Jr. Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006, p. 90.

Defende-se que uma vez existindo o Ministério Público como órgão acusatório, por expressa previsão constitucional, não seria admissível a iniciativa probatória do magistrado, de ofício, no curso do Inquérito Policial. Sobre o tema, Denilson Feitoza, faz duras críticas à busca das provas pelo julgador:

A possibilidade de o juiz, de ofício, ordenar a produção antecipada de provas “antes de iniciada a ação penal” [...] viola, de modo geral, os princípios constitucionais da tripartição dos poderes, da demanda e, enfim, acusatório. Sem ter havido provocação (iniciativa) do Ministério Público, do querelante ou do investigado, trata-se de investigação criminal judicial⁶⁵.

Corroborando com tal entendimento, Andrey Borges de Mendonça aduz também ser inconstitucional o inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal, ao autorizar que o juiz, de ofício, possa ordenar a produção antecipada de provas antes que seja instaurada a ação penal, o que importaria, segundo o autor, em violação da inércia que inerente à atividade jurisdicional nessa fase que antecede ao início da ação penal. Afirma que, agindo assim, o magistrado atua como “verdadeiro juiz inquisidor”.⁶⁶

No entanto, outra parcela da doutrina sustenta ser possível que, excepcionalmente, o juiz produza prova *ex officio*, com a finalidade de dirimir dúvida sobre ponto relevante já contido nos autos do processo, conforme previsto no inciso II, do referido artigo 156, do CPP. Filiando-se a tal posicionamento Marcellus Polastri Lima, sustenta que “no sistema brasileiro, o juiz só pode buscar a prova, ainda assim de forma supletiva, dentro do processo.”⁶⁷

Nesse aspecto, salienta-se que, até mesmo juristas que defendem a produção probatória oficial no curso da instrução probatória, ou seja, já na fase processual, repudiam a atribuição de poderes investigatórios ao juiz antes da formalização da pretensão acusatória, afirmando serem atentatórias ao modelo acusatório todas as iniciativas judiciais ocorridas em fase investigativa sem a provocação das partes.

De toda forma, também são inúmeros os argumentos rechaçando toda e

⁶⁵ FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 725.

⁶⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de Mendonça. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Editora Método, 1ª ed, 2008, p. 164.

⁶⁷ LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 359.

qualquer intervenção do magistrado na produção das provas, ainda que seja depois de instaurada a ação penal. Para este ramo, mais radical, não se aprova nem mesmo que a iniciativa probatória ocorrera visando favorecer do acusado. Sobre o tema, posiciona-se Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

Restaria, por fim, dizer sobre a situação do juiz, no processo, diante da dúvida, ou seja, quando produzida a prova (sempre por iniciativa das partes) permanecer uma indefinição (razoável) sobre ponto capital do caso penal. Nesta hipótese, optou a Comissão de Juristas do Senado (contra minha posição e do Min. Hamilton Carvalhido, ilustre Presidente dela) que o juiz poderia ter a iniciativa probatória se fosse em favor do réu. A posição é de duvidosa constitucionalidade (embora lotada de boas intenções), à evidência porque se não pode dizer por completo e *ex ante* se a iniciativa é mesmo para sanar dúvida em favor do réu e, assim, faz-se uma exortação à ética dos magistrados, dificultando-lhes a vida dado se estar diante de questão que pode demandar o gasto desnecessário de muita energia psíquica e, portanto, sofrimento. Em definitivo, não parece de bom alvitre a proposta se se precisa de um juiz bem resolvido e o mais equilibrado possível. Ademais, em processo penal, conforme consagrado na modernidade (embora já existisse antes dela), se terminada a instrução restar dúvida (razoável), o réu deve ser absolvido. É o princípio do *in dubio pro reo*.⁶⁸

Para os defensores dessa corrente, a atuação direta do magistrado compromete também a igualdade processual, não só por subrogar-se de competência do órgão acusador, mas também por de vedar o exercício do contraditório. Partilha desse entendimento Aury Lopes Jr:

A defesa técnica obriga (e garante) a presença de defensor em todos os atos do processo, principalmente em matéria probatória. Não apenas a comunicação dos atos e oportunidade para que os exerça, senão que a garantia da defesa também impõe a presença efetiva do defensor nos atos que integram a instrução, sendo absolutamente ilegal a prática neoinquisitória de alguns (prepotentes) juízes que resolvem colher a prova sem a presença do réu e de seu defensor. Nem o art. 93, IX, da Constituição, nem o art. 217 do CPP autorizam essa prática absurdamente ilegal.⁶⁹

Segue o autor:

⁶⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Mudar a Mentalidade*. Gazeta do Povo, Curitiba, ano 91, n. 28.999, p. 2, mar. 2008.

⁶⁹ LOPES JUNIOR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 529.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um sinônimo de atividade e o outro de inércia⁷⁰.

Critica-se também a atuação probatória supletiva do Juiz, quando entende que a acusação desenvolvida pelo Ministério Público é deficiente. De forma geral, partilham o entendimento de que o magistrado que desenvolve poderes instrutórios, mesmo que subsidiariamente, exerce tarefas postulantes que excedem as funções impostas constitucionalmente. É justamente essa a posição de José Frederico Marques:

[...] se temos um Ministério Público adestrado e bem constituído, não se compreende que ele figure no processo como quinta roda do carro, ali permanecendo em posição secundária ou simplesmente decorativa. Os interesses da repressão ao crime, ele os encarna, não só para movimentar inicialmente a ação penal, como ainda para atuar, com energia e dinamismo, durante a instrução e demais fases do processo.⁷¹

Também Eugênio Pacelli de Oliveira:

Falamos, agora, na imparcialidade no que se refere à *atuação concreta do juiz* na causa, de modo a impedir que este adote postura tipicamente acusatória no processo, quando, por exemplo, entender *deficiente* a atividade desenvolvida pelo Ministério Público. O juiz não poderá *desigualar* as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais [...]⁷².

Argumenta-se que em atenção ao brocardo *in dubio pro reo* e ao princípio presunção de inocência, a absolvição do réu é a única opção do juiz quando não

⁷⁰ LOPES JUNIOR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 89.

⁷¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millenium, 2008, p. 344.

⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 292.

emergir no processo provas aptas a condená-lo, não devendo determinar-se, de ofício por não restar convencido da culpa do acusado. O fato ser presumidamente inocente faz com que este seja desincumbido da obrigação de provar, cabendo somente ao acusador a tarefa de desconstituir a dita inocência do investigado. Nesse aspecto, Aline Frare Armborst faz relevantes considerações:

Se a prova for insuficiente para convencer o magistrado sobre a procedência da hipótese acusatória, caberá a ele absolver o acusado, e não diligenciar na obtenção de novas provas. Os poderes instrutórios do juiz, nesse contexto, só podem se destinar a favorecer a acusação, haja vista que, para a absolvição, não há necessidade de qualquer prova. Assim, tendo em conta que, no sistema acusatório, o imputado é considerado sujeito de direitos, fazendo jus à garantia da presunção de inocência, mostra-se inconcebível admitir a iniciativa probatória judicial.⁷³

Outra questão bastante combatida por aqueles que se posicionam contrariamente à concessão de poderes instrutórios aos magistrados, refere-se à busca da dita *verdade real*. Afirmam, em síntese, que a verdade real não passaria de um subterfúgio utilizado pelos juízes para agirem de ofício em detrimento da liberdade individual e das garantias fundamentais do acusado.

Cândido Dinamarco defende que o máximo que se pode obter no processo é um grau muito elevado de probabilidade, portanto, deve o juiz deve renunciar à certeza no processo de conhecimento, de modo a evitar que obsessão pela verdade absoluta configure uma afronta ao modelo processual adotado constitucionalmente:

[...] *A verdade e a certeza* são dois conceitos absolutos e, por isso, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a *segurança jurídica*, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou *segurança*, com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas. No *processo de conhecimento*, ao julgar, o juiz há de *contentarse com a probabilidade*, renunciando à certeza, porque o contrário

⁷³ ARMBORST, Aline Frare. *A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul, 2008. Biblioteca eletrônica. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

inviabilizaria os julgamentos. A *obsessão pela certeza* constitui fator de injustiça [...].⁷⁴

Repulsando a busca da *verdade real* ou *verdade absoluta* sustentam que para uma decisão justa, basta o alcance da *verdade* produzida pela acusação e defesa. Assim, conclui Francisco das Neves Baptista:

O processo justo, pois, não se compadece com violação alguma de garantia fundamental do indivíduo – devendo atentar-se para que as garantias fundamentais têm por referencial a dignidade humana, não o patrimônio de alguns. A verdade necessária à conclusão justa do processo é a que se pode atingir sem arranhaduras na integridade humana do cidadão, não uma verdade real arrancada a qualquer preço.⁷⁵

Assim, os filiados a tal corrente são absolutamente contrários a toda e qualquer intervenção do magistrado no tocante à produção da prova, independentemente da justificativa, sob pena de retrocesso ao sistema inquisitório, perdendo o acusado *status* de sujeito de direito. Para findar o exposto, traz-se a fulminante afirmação do Aury Lopes Jr acerca do artigo 156, do Código de Processo Penal:

[...] dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios (como o famigerado art. 156 do CPP) devem ser expurgados do ordenamento ou, ao menos, objeto de leitura restritiva e cautelosa, pois é patente a quebra da igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminada está a principal garantia da jurisdição: a imparcialidade do julgador. O sistema acusatório exige um *juiz expectador*, e não um *juiz ator* (típico do modelo inquisitório).⁷⁶

Diante do exposto, verifica-se a existência de uma corrente doutrinária que repele por completo a conferência de poderes instrutórios aos magistrados, sustentando a inconstitucionalidade o artigo 156, incisos I e II, do Código de

⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 390.

⁷⁵ BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 186.

⁷⁶ LOPES JUNIOR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 429.

Processo Penal, por entenderem que tal postura, seja na fase investigativa, seja na fase processual, confunde as funções de acusar e julgar, acarretando a quebra da imparcialidade exigida do órgão julgador por meio do texto constitucional. Entretanto, outra corrente posiciona-se no sentido de que a inconstitucionalidade do artigo em comento restringe-se ao inciso I, que, ao conferir ao julgador a faculdade de ordenar a produção de provas mesmo antes de iniciada ação penal, fere o princípio da iniciativa das partes.

6.2 Da legitimidade da intervenção do juiz na instrução processual - O papel do magistrado e a função social

Muito embora as críticas elencadas no tópico supra, observa-se a existência de posicionamento favorável à concessão de poderes instrutórios ao magistrado. Argumenta-se ser possível a compatibilidade entre a iniciativa probatória, de ofício, pelo magistrado e o sistema acusatório.

Partilhando desse entendimento, Marcos Antonio Santos Bandeira sintetiza de forma clara e precisa:

[...] exsurge um novo olhar, que não fere o sistema acusatório e desmitifica o “mito da verdade real”, transformando o juiz num verdadeiro protagonista do processo penal, sem que leve a pecha de “juiz-inquisidor”. Com efeito, quebra-se o paradigma da neutralidade, preserva-se a sua imparcialidade e o coloca numa situação de sujeito interessado numa decisão processualmente justa.⁷⁷

Argumenta-se que a iniciativa instrutória em nada afronta a preservação da imparcialidade, pois, ao tomar as providências que entende necessárias ao deslinde da causa, não conhece de antemão o resultado e, por conseguinte, impossibilita qual das partes a prova beneficiará. Assim, aduz Ada Pelegrini Grinover:

A iniciativa oficial no campo da prova, do que por outro lado, não embaça a

⁷⁷ BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista?* Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/os_poderes_instrutorios_marcos_bandeira.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

imparcialidade do juiz, pois, quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes [...] ainda não se conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual parte será favorecida por sua produção.⁷⁸

Para essa corrente doutrinária, a maior atuação maior do julgador ao longo da marcha processual ocorre muitas vezes com o intento de promoção da igualdade substancial entre as partes. Também Eugênio Pacelli, posiciona-se favoravelmente à produção de prova *ex officio* pelo magistrado, quando constatada a possibilidade de demonstração de inocência pelo réu:

Provas não requeridas pela defesa poderão ser requeridas de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu. E não vemos aqui qualquer dificuldade: quando se fala na exigência de igualdade de arma, tem-se em vista a realização da igualdade *efetiva* da igualdade, no plano material, e não meramente formal. A construção da igualdade *material* passa, necessariamente, como há muito ensinam os constitucionalistas, pelo tratamento distinto entre *iguais* e *desiguais*. E nesse campo nem sequer há divergências: o Estado, no processo penal, atua em posição de superioridade de forças, já que é ele responsável tanto pela fase de investigação quanto pela de persecução em juízo, quanto, finalmente, pela de decisão.⁷⁹

Defende-se ser inadequado afirmar que o magistrado que atua de ofício na produção da prova envolve-se subjetivamente, formando de antemão o juízo de convencimento e comprometendo o princípio da imparcialidade.

Os defensores desse posicionamento argumentam que tanto em fase investigativa, quanto no curso da instrução processual, toda a prova produzida - seja *ex officio* ou, seja mediante provocação - será submetida ao crivo do contraditório para só posteriormente ser proferida decisão definitiva. Assim, toda e qualquer prova, ainda que produzida pelo magistrado, será necessariamente apresentada às partes e amplamente debatida, oportunizando decisão mais segura quanto à verdade dos fatos.

Nesse aspecto, convém realçar o posicionamento de Marcos Antonio Santos Bandeira, fazendo uso do discurso de Malatesta:

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. V. 27 São Paulo: 2001, p. 74.

⁷⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 16.ed. São Paulo:Atlas,2012,p. 328.

[...]é preciso que a probabilidade se transforme em certeza substancial, no sentido de justificar a sentença condenatória, daí a necessidade da participação ativa do juiz na instrução do processo, observando-se, entretanto, as limitações decorrentes do sistema acusatório. Evidentemente, que só após esgotadas as possibilidades de se alcançar esta “certeza substancial” e permanecendo a dúvida, é que aplicar-se-á os princípios do “in dubio pro reo” e do favor rei, objetivando tutelar os direitos fundamentais do acusado e, principalmente, da consciência social de evitar a condenação de um provável inocente, como aliás, prevê o art.386, IV, do CPP.⁸⁰

Complementando as referidas premissas, defende-se, ainda, que os poderes instrutórios do juiz justificar-se-iam também *“em razão do interesse público envolvido nas demandas penais, o que impede o magistrado de se contentar com eventual deficiência da atuação instrutória desenvolvida pelos sujeitos parciais”*⁸¹.

Tal posicionamento refere-se ao fato de que o magistrado atuante na seara criminal, não pode agir do mesmo modo que um magistrado atuante na esfera civil, o qual tutela interesses meramente particulares. Sustenta-se não ser correto moral constitucionalmente cometer injustiça em prol da almejada pureza do sistema acusatório e que *“o interesse público de se obter uma decisão processualmente justa, no âmbito de um processo dialético, ético e garantístico, deve preponderar sobre os interesses das partes.”*⁸²

Declara-se não só ser permitido como também recomendável uma postura mais ativa do magistrado à luz do novo panorama jurídico pós-positivismo, partindo-se para uma análise comportamental da pessoa do julgador. Defende-se que o magistrado não deve necessariamente isolar-se e deixar de lado seus valores para obter a almejada decisão dita imparcial, mas, *ao contrário*, argumenta-se que *“o juiz deve estar sintonizado com o seu tempo, contextualizado e atento às mutações*

⁸⁰ MALATESTA, Nicola Flamarino De. A lógica das Provas em Matéria Criminal. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1960 in BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista?* Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/os_poderes_instrutorios_marcos_bandeira.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

⁸¹ ARMBORST, Aline Frare. *A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul, 2008. Biblioteca eletrônica. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

⁸² BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista?* Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/os_poderes_instrutorios_marcos_bandeira.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

sociais, utilizando o seu poder criativo e sentimento para realizar em toda sua plenitude a justiça no caso concreto”.⁸³

Configurado, portanto, uma ferrenha discussão acerca do papel do magistrado à luz do sistema acusatório, posicionando-se de um lado um juiz *espectador*,⁸⁴ absolutamente inerte a fim de garantir a imparcialidade e de outro, um juiz ativo na produção de provas de forma a complementar às produzidas pelas partes toda a vez que estiver em dúvida ou sentir necessidade de esclarecer ponto relevante, esculpindo um juiz *protagonista* inserido na realidade sociocultural.

Sobre o tema, Marcos Antonio Santos Bandeira afirma, não haver mais lugar no processo penal para um juiz neutro e desinteressado:

Que juiz é este que se conforma tão-somente com as provas trazidas aos autos pelas partes? Que juiz é este que é indiferente ao resultado justo do processo? Que juiz é este que diante da fragilidade das provas trazidas pelas partes, não se interessa em produzir outras para fortalecer ou construir o seu juízo de convencimento? Que juiz é este que se preocupa tão-somente com aplicação positivista do processo, no seu aspecto formal, sem se preocupar se a decisão se aproximou ou não do valor justiça? Na verdade, como se infere, a “justiça” estará nas mãos das partes, como na famigerada verdade formal do processo civil, ou seja, o sucesso da demanda por uma das partes estará na razão direta da destreza e competência no manuseio das armas (provas), ficando o juiz marionete, na condição de Pôncio Pilatos, lavando as mãos, mesmo sabendo que a decisão construída exclusivamente pelas partes e que ele exteriorizará através da sentença foi manifestamente injusta, condenando-se um provável inocente ou inocentando um possível culpado.⁸⁵

Na mesma linha de raciocínio Marcos Alexandre Coelho Zilli assevera que no atual momento histórico-político não mais se admite que o juiz tenha poderes limitados na persecução penal. Entende o autor que o magistrado não deve ficar à margem da atividade probatória na posição de mero expectador da atuação das partes. Conclui que, embora não mais se sustente a existência de um juiz inquisidor no processo penal, não é razoável, por outro lado, deixá-lo ‘refém dos sujeitos

⁸³ BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista?* Disponível em:

<http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/os_poderes_instrutorios_marcos_bandeira.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

⁸⁴ O jurista Aury Lopes Jr. Sustenta no decorrer de toda sua obra “*Sistemas de Investigação Preliminar*” que, no Processo que o juiz no processo penal deverá ficar inerte, um *espectador*, pois o juiz inquisidor mata o bom julgador.

⁸⁵ BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista?* Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/os_poderes_instrutorios_marcos_bandeira.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013

processuais parciais', suprimindo-lhe totalmente qualquer função no desiderato de buscar a verdade por meio de alguma atividade probatória.⁸⁶

Em linhas gerais, aqueles que se filiam a esse entendimento não veem qualquer irregularidade no texto do artigo 156, do Código de Processo Penal, acreditando que a reforma legal, facultando ao magistrado agir de ofício na produção de prova, é absolutamente compatível com o sistema acusatório. Nesse sentido, posiciona-se Gustavo Badaró:

Os poderes instrutórios do juiz, contudo, não limitam ou impedem o direito à prova das partes. Em outras palavras, o direito à prova das partes não é incompatível com os poderes instrutórios do juiz. Não há um direito das partes a que o convencimento judicial se forme exclusivamente com base nas provas produzidas por iniciativa delas, e não do juiz. Havendo separação de funções, a acusação será conferida a uma pessoa distinta do julgador. Por outro lado, caberá ao juiz a missão exclusiva de julgar. Todavia, se este juiz terá ou não poderes instrutórios é algo que não diz respeito à essência do sistema.⁸⁷

Referido autor, segue afirmando que, modernamente, o processo acusatório admite que o juiz seja dotado de poderes instrutórios, afirmando que isto não fere o princípio da imparcialidade:

[...] Os poderes instrutórios do juiz não representam um perigo a sua imparcialidade. [...] partindo da distinção entre fontes de provas e meios de prova percebe-se, facilmente, que a imparcialidade corre quando o juiz é um pesquisador, ou um buscador de fontes de provas. Já o juiz que, diante da notícia de uma fonte de prova, por exemplo, a informação de que certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova correspondente – o testemunho -, para incorporar ao processo os elementos de informação contidos na fonte de prova, não está comprometido com uma hipótese prévia, não colocando em risco a sua posição de imparcialidade. Ao contrário, o resultado da produção daquele meio de prova pode ser em sentido positivo ou negativo, quanto à ocorrência do fato.⁸⁸

Por fim, ressalta-se que essa corrente doutrinária prega que a opção constitucional pelo modelo acusatório não exclui a possibilidade da existência de um juiz dotado de poderes para determinar de ofício a produção de provas, mas,

⁸⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 25/26.

⁸⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012, p. 51.

⁸⁸ *Ibidem*.

ao contrário, defende a constitucionalidade do artigo 156, do CPP na medida em que a iniciativa probatória, *ex officio*, pelo magistrado afasta a figura do órgão acusador nem, tampouco limita iniciativa das partes, visto que a atuação do julgador dá-se de caráter meramente subsidiário e suplementar.

7. O ANTEPROJETO DO NOVO CPP E A INTRODUÇÃO DO “JUIZ DE GARANTIAS”

De todo o exposto, no que diz respeito aos poderes instrutórios do juiz, diz-se que o processo penal moderno revela um interesse público considerado superior e socialmente relevante: consistente na manutenção da paz social e segurança jurídica, efetivada por meio da busca não da verdade real, mas da verdade atingível segundo as regras e princípios próprios do sistema processual.

Partindo da premissa de que o Brasil adota o sistema acusatório, imprescindível que se garanta por meio do processo também os interesses do réu, o qual tem direito a defesa da manutenção da sua liberdade de locomoção e de não sofrer ingerências desnecessárias e desproporcionais em aspectos de sua intimidade ou privacidade, evidenciando assim sua qualidade de *sujeito de direitos*.

É na confluência dessas duas premissas que deve se posicionar o magistrado: preocupando-se em possibilitar o pleno exercício do *ius puniendi* estatal e ao mesmo tempo, em garantir os direitos de defesa do acusado, de forma a aproximar-se da verdade permitindo seu livre convencimento sem, contudo, comprometer sua imparcialidade.

Conforme exposto nos capítulos anteriores, a tarefa incumbida ao magistrado hodiernamente não é simples de ser realizada, uma vez que, a alteração trazida pelo artigo 156, do Código de Processo Penal autorizou - ainda que de forma excepcional -, a produção de prova *ex officio* pelo magistrado, o que, em um primeiro momento pode sugerir desrespeito a alguns princípios garantidores.

De toda forma, em que pese grande parte da doutrina rechaçar a iniciativa probatória do magistrado com argumentações coerentes e muito bem fundamentadas apontando, inclusive, uma suposta inconstitucionalidade do artigo supracitado, o fato é que este - bem ou mal -, continua vigente, facultando ao juiz, tanto em fase investigativa, quanto no curso no processo, a produção de provas de ofício, seja antecipando aquelas que considerar *urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida* ou, ainda, seja realizando diligências a fim de *dirimir dúvida sobre ponto relevante*.

Dentro desse contexto nada pacífico, surge o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal⁸⁹, que, tendo como coordenador o Ministro Hamilton Carvalhido e como relator Eugênio Pacelli de Oliveira, almeja concretizar a efetividade do sistema acusatório como ordenamento processual penal vigente.

Já na exposição de motivos, observam-se importantes apontamentos acerca da questão debatida no presente trabalho, razão pela qual se acredita que, em caso de aprovação, poderá por fim a parte da discussão suscitada.

Em primeiro lugar, observa-se que o novo código prevê expressamente a opção pelo modelo processual acusatório, sendo este um elemento inovador, haja vista que, conforme esmiuçado nos tópicos supra, embora tal conclusão seja implícita à luz das garantias concedidas aos acusados, o fato é que o ordenamento pátrio não o consagrava expressamente.

Sobre o tema, imperiosa a citação do artigo 4º do projeto de reforma: “O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”

Em segundo lugar, convém realçar que conforme entendimento do mesmo artigo, o anteprojeto posiciona-se contrariamente à redação atual do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, no qual é autorizado ao juiz, de ofício, produzir provas em fase pré-processual, atestando que o modelo adotado não guarda compatibilidade com o sistema acusatório, pormenorizando as razões na exposição de motivos:

No âmbito, ainda, da persecução penal na fase de investigação preliminar, o anteprojeto traz significativa alteração no que respeita à tramitação do inquérito policial. A regra do atual Código de Processo Penal não guarda qualquer pertinência com um modelo processual de perfil acusatório, como se deduz do sistema dos direitos fundamentais previstos na Constituição. A investigação não serve e não se dirige ao Judiciário; ao contrário, destina-se a fornecer elementos de convencimento, positivo ou negativo, ao órgão da acusação. Não há razão alguma para o controle judicial da investigação, a não ser quando houver risco às liberdades públicas, como ocorre na hipótese de réu preso. Neste caso, o curso da investigação será acompanhado pelo juiz das garantias, não como controle da qualidade ou

⁸⁹ Brasil. Lei Federal 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 28.abr.2014.

*do conteúdo da matéria a ser colhida, mas como fiscalização do respeito aos prazos legais previstos para a persecução penal.*⁹⁰

Nesse mesmo sentido, ressalta-se que, ao conduzir o processo penal, o juiz toma diferentes medidas, tais como: decretação de prisão temporária ou preventiva; quebra sigilos bancário, telefônico e fiscal; atuando, não raras as vezes na esfera individual do investigado, o que poderia torná-lo parcial no momento da decisão definitiva, conforme entendimento de Adrian Soares Amorim de Freitas:

O problema é que esse contato do magistrado com a prova pode provocar uma mácula no seu convencimento, uma vez que poderá ser ele quem julgará o mesmo acusado durante a ação penal posteriormente proposta. Em algumas organizações judiciárias, onde há apenas uma vara criminal, essa relação é indubitosa. Isso se deve ao fato de que tais medidas são justificadas com base na evidência da participação em eventual prática criminosa. Assim, se um juiz entende que há evidências da prática criminosa por parte de uma pessoa, a ponto de autorizar sua quebra de sigilo telefônico ou fiscal, não resta dúvidas que o magistrado poderá ser influenciado por esses elementos de prova quando do curso da ação penal respectiva. Essa aparente contradição entre afastamento e proximidade do magistrado mostra-se de difícil solução, conquanto não existe, ainda, dispositivo que delimite precisamente essa atuação, à exceção das determinações contidas no Código de Processo Penal.⁹¹

Nesse diapasão, a instauração do chamado *juiz das garantias* - previsto no artigo 15, do projeto de reforma - apresenta-se como resposta ao sistema acusatório e ao garantismo penal que funciona como uma força protetora aos direitos inerentes ao indivíduo. Em suma, a presença desta figura representaria a aplicação da justiça como meio efetivo das garantias, finalidade do Estado Democrático de Direito.⁹²

O anteprojeto estabelece no artigo 15⁹³ e seguintes, a instauração do chamado *juiz das garantias* - o qual teria a atribuição para ordenar a produção ou

⁹⁰ Brasil. Senado. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Anteprojeto/Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. — Brasília: Senado Federal, 2009, p. 133. Disponível em: <www.senado.gov.br/novocpp>. Acesso em: 02 de maio de 2014.

⁹¹ FREITAS, Adrian Soares Amorim de. *O juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2694, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17821>>. Acesso em: 2 jun. 2014.

⁹² MARTINS, Fernanda. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2781, 11 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18472>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

⁹³ Art. 15: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do

antecipação de provas reputadas urgentes e relevantes no curso do Inquérito Policial - restringindo-se ao juiz da instrução a condução da ação penal e seu julgamento, ficando este menos influenciável por juízos prévios sobre o fato delituoso.

Sobre o tema, aduz Aury Lopes Jr.:

Pode-se perceber que a intervenção do magistrado ocorre como medida excepcional, sendo necessária apenas quando houver necessidade de decidir sobre restrição de direitos fundamentais do investigado e que tal atividade pré-processual do juiz de garantias ocorre como resposta à invocação do MP, assim o juiz de garante ou de garantias não investiga e tampouco julga no processo, até porque a prevenção deve excluir a competência por claríssimo comprometimento da imparcialidade. Ao livrar-se da função de investigar (alheia a sua natureza), o juiz garante da instrução concreta a sua superioridade como órgão suprapartes, fortalecendo no plano funcional e institucional a própria figura do julgador.⁹⁴

Por fim, objetivando encerrar a discussão acerca da inércia do julgador, o projeto de reforma traz a ideia de que não há mais lugar no ordenamento jurídico para um juiz neutro e desinteressado, ou como já afirmado pela maioria da doutrina pátria, de *juiz-espectador do processo*, mas, ao contrário, coaduna com a tese de é imprescindível que, em um processo publicista, o magistrado seja ativo no sentido

Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação; XII – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XIII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIV – outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* deste artigo. *Parágrafo único.* E stando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar 32 *Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal* a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada.”

⁹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 270.

de suprir às deficiências dos litigantes, visando a superação de possíveis desigualdades e a busca pela verdade dos fatos, senão vejamos:

Assim, seja do ponto de vista da preservação do distanciamento do julgador, seja da perspectiva da consolidação institucional do parquet, não há razão alguma para permitir qualquer atuação substitutiva do órgão da acusação pelo juiz do processo. Não se optou pelo juiz inerte, de resto inexistente nos países de maior afinidade processual com o Brasil, casos específicos de Portugal, Itália, Espanha e Alemanha, e que também adotam modelos acusatórios, mas, sim, pelo fortalecimento das funções de investigação e, assim, das respectivas autoridades, e pela atribuição de responsabilidade processual ao Ministério Público. O que não significará, um mínimo que seja, o alheamento judicial dos interesses da aplicação da lei penal. Instaurado o processo, provocada a jurisdição, poderá o juiz, de ofício, adotar até mesmo medidas acautelatórias, quando destinadas a tutelar o regular exercício da função jurisdicional.

Conforme o exposto verifica-se que o projeto de reforma enfrentou pontualmente diversas polêmicas que circundam o tema, visto que: deixou clara a adoção do modelo acusatório, incluindo-a expressamente no texto do artigo 4º; apontou falha na sistemática atual, rechaçando por completo a intervenção do magistrado na busca de provas em fase investigativa, instituindo, por conseguinte, o chamado *juiz das garantias* que se preocupará apenas com a tutela dos direitos do investigado e, ainda, posicionou-se abertamente quanto à possibilidade e legitimidade da posição ativa do julgador no curso da ação penal.

CONCLUSÃO

No desenvolver do presente estudo, constatou-se a existência de três sistemas processuais penais, quais sejam o acusatório, o inquisitório e o misto. Dentre as características do sistema acusatório, destacou-se a igualdade das partes; a concepção do investigado como sujeito de direitos; a publicização do processo e, especialmente, a separação das funções de acusar e julgar, sendo cada uma delas exercida por sujeitos distintos.

A *contrario sensu*, constatou-se que o sistema inquisitório unificou referidas funções em uma única pessoa, qual seja, o juiz-inquisidor, o qual exercia plenos poderes, sendo-lhe autorizada a busca direta e pessoal de todas as provas que entendesse necessária.

No sistema misto, verificou-se a existência de duas fases distintas: a primeira de investigação preliminar, pautada pelo modelo inquisitorial, e a segunda destinada ao julgamento propriamente dito, com contornos do sistema acusatório, sendo a acusação realizada por órgão distinto do julgador.

Apurou-se, ainda, que não existe no ordenamento pátrio previsão expressa acerca de qual sistema processual é adotado, todavia, a doutrina e jurisprudência majoritárias sustentam que a Constituição Federal de 1988 consagrou o sistema acusatório por meio do texto do artigo 129, inciso I, já que atribuiu ao órgão do Ministério Público, precipuamente, a titularidade de promover a ação penal pública, separando assim as atividades de acusar e julgar.

A percepção quanto à escolha da sistemática processual adotada no Brasil também pôde ser observada em razão da preocupação do legislador constituinte em garantir a concretização dos direitos do acusado, elevando-o ao *status* de sujeito de direitos. Para tanto, observou-se a existência de alguns princípios que norteiam o sistema acusatório, tais como o princípio da iniciativa das partes, da imparcialidade do juiz, da presunção da inocência e da verdade judicial, os quais passaram a servir de escudo ao acusado em face ao *ius puniendi* estatal, equilibrando a relação processual e garantindo uma decisão imparcial e justa ao caso concreto.

Observou-se neste íterim, que a atividade processual baseia-se na reconstituição de fatos passados, impossibilitando, por conseguinte, o alcance da verdade real e absoluta, devendo o magistrado, no curso da ação penal, contentar-

se com a chamada verdade judicial – sendo esta a única verdade possível. Todavia, ressaltou-se que a verdade almejada é aquela com o maior grau de aproximação com os fatos ocorridos, vedando-se o contentamento com a verdade meramente formal, nos moldes da aceitação do processo civil.

Nesse contexto, levando-se em consideração a adoção do sistema acusatório, caberia ao magistrado afastar-se da atividade probatória objetivando garantir que as decisões não sejam contaminadas por pré-julgamentos, oportunizando um julgamento justo e imparcial. Todavia, a redação conferida ao artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal, autoriza a iniciativa probatória do magistrado, tanto em fase pré-processual quanto no curso da ação penal, sendo, portanto, considerado inconstitucional por parte da doutrina que sustenta a total violação dos princípios do sistema acusatório e um retrocesso ao sistema inquisitório.

Não obstante, apurou-se a existência de posicionamento contrário somente à iniciativa probatória quando em fase investigativa sob o argumento de que seria contrário ao princípio da iniciativa das partes, autorizando-se a produção de prova, *ex officio*, pelo magistrado quando no curso do processo. Têm-se, ainda, os que se posicionam favoravelmente à concessão de poderes instrutórios ao juiz, pregando que este não pode conformar-se com uma posição inerte no curso do processo penal, cabendo-lhe, ao contrário, diligenciar na busca do material probatório, sem que isso signifique uma afronta ao sistema acusatório.

Sustenta-se que a caracterização de um sistema processual penal não se resume a iniciativa probatória conferida ao magistrado, em especial pela inexistência de sistemas processuais “puros”, sendo tecnicamente todos considerados “mistos”, cabendo, para tanto, a identificação dos fundamentos primordiais. Para os defensores desse pensamento, a busca das provas pelo magistrado ocorre tão somente de forma subsidiária e pontual, não excluindo a iniciativa do órgão acusador, permanecendo-se as funções de acusar e julgar na figura de pessoas distintas e respeitando-se as demais garantias do acusado, o qual não é considerado mero objeto de investigação.

Diante desse contexto, exsurge o projeto de lei nº 156/2009 do Senado Federal, o qual enfrenta a problemática de forma objetiva, prevendo de forma expressa no artigo 4º, a adoção do sistema acusatório, posicionando-se desfavoravelmente à iniciativa probatória do magistrado durante a fase de

investigação, mas, autorizando a produção de prova, de ofício, pelo magistrado no curso na ação penal, afirmando não haver espaço para um magistrado inerte e alheio às problemáticas que se impõe ao longo da instrução processual. Objetivando promover a compatibilização entre as garantias dos acusados e a determinação judicial atinente às medidas investigatórias, prevê a criação do chamado *juiz das garantias*, o qual atuará tão somente em fase preliminar, cabendo a outro magistrado a presidência da instrução, evitando-se que decisões pré-processuais possam influenciar no julgamento final, garantindo uma maior imparcialidade do magistrado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. *Os poderes instrutórios no atual Código de Processo Penal e o “juiz de garantias” no seu projeto de reforma*. Disponível em: <<http://arnaldoquirino.com/2011/08/27/os-poderes-instrutorios-do-juiz-no-atual-codigo-de-processo-penal-e-o-juiz-de-garantias-no-seu-projeto-de-reforma/>>. Acesso em: 17 de abr. 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas processuais penais e seus princípios reitores*. Curitiba: Juruá, 2009.

ARMBORST, Aline Frare. *A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito), Pontifícia Universidade Católica, Rio Grande do Sul, 2008. Biblioteca eletrônica. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahty. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 107.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahty. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus:Elsevier, 2012.

BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista?* Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/artigos/os_poderes_instrutorios_marcos_bandeira.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2013.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e gestão da prova*. Os novos arts. 155 e 156 do Código reformado (Lei nº 11.690/08). p. 8 – 9. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/11593>> Acesso em: 18 abr. 2013.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 03 jun. 2014.

_____. Constituição Federal (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 jun. 2014.

_____. Decreto 678 de 02 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 03 de jun. 2014.

_____. Lei Federal 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 03. jun. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 03. jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 03. jun. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro*. Revista de Estudos Criminais. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do RS, Porto Alegre, n. 1, p. 27-56, mar. 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Mudar a Mentalidade*. Gazeta do Povo, Curitiba, ano 91, n. 28.999, p. 2, mar. 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão teoria do garantismo penal*. São Paulo: revista dos tribunais, 2002.

FREITAS, Adrian Soares Amorim de. *O juiz das garantias no projeto do novo Código de Processo Penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2694, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17821>>. Acesso em: 2 jun. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. V. 27 São Paulo: 2001.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LOPES JUNIOR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Volume I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES Jr. Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006. p. 124.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 18.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millenium, 2008.

MARTINS, Fernanda. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2781, 11 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18472>>. Acesso em: 03. jun. 2014..

MENDONÇA. Andrey Borges de Mendonça. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Editora Método, 1ª ed., 2ª tiragem, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. *Garantias da magistratura e independência do Judiciário*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 29, 1 mar. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/245>>. Acesso em: 03. jun. 2014.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007, p. 17.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.