

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO

JOSÉ HENRIQUE AGASSI UZZO

**INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ CRIMINAL:
Inconstitucionalidade do artigo 156 inciso I do Código de Processo Penal**

JUIZ DE FORA

2014

JOSE HENRIQUE AGASSI UZZO

**INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ CRIMINAL:
Inconstitucionalidade do artigo 156 inciso I do Código de Processo Penal**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito da Universidade Federal de
Juiz de Fora

Orientador: Thiago Almeida de Oliveira.

JUIZ DE FORA

2014

JOSE HENRIQUE AGASSI UZZO

**INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ CRIMINAL:
Inconstitucionalidade do artigo 156 inciso I do Código de Processo Penal**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito da Universidade Federal de
Juiz de Fora

Aprovada em de de .

BANCA EXAMINADORA

Professor Thiago Almeida de Oliveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Cristiano Alvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Luiz Antônio Barroso
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo analisar a constitucionalidade do inciso I do art. 156 do Código de Processo Penal, instituído pela lei 11.690/08. Buscou-se, para melhor elucidação dos fatos, analisar os principais sistemas processuais penais existentes, sendo eles: o acusatório, inquisitório e misto, bem como o sistema processual vigente adotado pelo Brasil. O presente trabalho também analisa a atividade probatória do juiz criminal, diferenciando os conceitos de poder instrutórios e de poder inquisitivo, bem como os principais princípios que delimitam a atividade probatória do juiz na investigação preliminar.

Palavras-chave: sistema acusatório, sistema inquisitório, sistema misto, juiz, constitucionalidade, princípios poder instrutório, iniciativa probatória.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO	4
1 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL	6
2 SISTEMAS PENAIS.....	10
2.1 Sistema Acusatório	11
2.1.1 Princípios do Sistema Acusatório	17
2.2 Sistema Inquisitivo.....	19
2.3 Sistema Misto	22
2.4 Sistema Penal Brasileiro.....	24
3 INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO CRIMINAL	27
3.1 A Verdade no Processo Penal.....	28
3.2 Atuação do Juiz na Busca da Verdade Processual.....	30
3.3 Princípios Norteadores da Iniciativa Instrutória	33
3.3.1 Princípio do Devido Processo Legal	33
3.3.2 Princípio do Juiz Natural	35
3.3.4 Princípio da Presunção de Inocência e <i>In Dubio Pro Reo</i>	39
3.3.5 Princípio da Duração Razoável do Processo.....	40
3.3.6 Princípio da Motivação das Decisões.....	41
3.3.7 Princípio da Publicidade.....	42
3.3.8 Proibição de provas Ilícitas e Ilegítimas.....	43
3.3.9 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa	45
4 INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ CRIMINAL NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ART. 156 DO CPP.....	48
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	58

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objetivo analisar a constitucionalidade do artigo 156, inciso I do Código de Processo Penal, redação dada pela Lei 11.690, de 09 de junho de 2008. Mais precisamente, analisar se o juiz pode exercer poderes investigatórios na fase de investigação preliminar, inquérito policial, sem afrontar os princípios e garantias fundamentais elencados pela Constituição Federal de 1988.

O artigo analisado tem a seguinte redação:

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

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

Para chegar à conclusão se tal norma é compatível com o sistema constitucional brasileiro, buscou-se estudar os diversos modelos de sistemas processuais penais existentes, identificando qual o sistema adotado pela Constituição Federal, bem como se fez necessário diferenciar os conceitos de poderes instrutórios de poderes investigativos do magistrado.

A presente monografia foi dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo trata acerca da evolução do processo penal, bem como a correlação entre processo penal, Constituição, Estado Democrático e Direito fundamental.

No segundo capítulo, buscou-se esclarecer a origem e as principais características dos sistemas acusatório, inquisitório e misto. Analisando, por último, qual seria o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O terceiro capítulo visa analisar a iniciativa instrutória do juiz criminal, sua função no processo penal e seus princípios limitadores, bem como a diferenciação entre os conceitos poderes instrutórios e poderes investigativos.

O quarto capítulo trata da incompatibilidade do referido artigo com a Constituição Brasileira e o estado democrático de direito instituído por ela, bem como o posicionamento dos doutrinadores a respeito do tema.

1 PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

O ser humano é um ser coexistencial por natureza, ou seja, não consegue atingir a sua plenitude isoladamente, estando obrigado a manter contato com outros homens¹.

Dessa relação em sociedade, é natural que surjam conflitos intersubjetivos, que desencadeiam uma série de conflitos sociais.

Com o tempo, as sociedades passaram a se organizar em Estados. Concomitantemente com a criação dos Estados, fortalece a consciência acerca dos perigos que a autodefesa e a vingança privada trazem para o convívio social. Assim, o Estado passa a reclamar o monopólio da Justiça, sendo manifestado pela exclusividade do Direito Penal, exclusividade pelos Tribunais e exclusividade do processo penal, suprimindo, assim, a vingança privada².

Assim, o Direito Penal surge como um importante instrumento de manutenção da paz social, através da proteção de valores elementares da vida comunitária, no âmbito da ordem social.

O Direito Penal julga o homem em seu próprio ser, razão esta, que direitos fundamentais como honra, liberdade, direito a vida, entre outros, encontra-se constantemente ameaçados pelo Direito penal.

Ao longo da história humana, observou-se que o Estado, ao invés de proteger os direitos inerentes ao homem, era o maior violador desses direitos, sendo o Direito Penal o instrumento mais utilizado para tal violação.

Com isso, o Direito Penal sempre foi alvo de estudo de grandes pensadores e sua reforma sempre esteve presentes nas pautas das revoluções sociais.

É na Revolução Francesa que se consagra a ideia dos direitos fundamentais, que serviriam como um instrumento de proteção do indivíduo frente à

¹ LOPES JR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. 5º ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p.31

² LOPES JR., Aury. Ob., cit, p.38

atuação do Estado, refreando o poder punitivo do Estado, garantindo assim a liberdade individual do indivíduo.

Tais direitos fundamentais ficaram conhecidos como direitos de primeira geração, sendo que os mesmos passaram por uma evolução ao longo do tempo, surgindo, assim, os de segunda geração (direitos que obrigam o Estado a ter uma postura ativa, que se traduzirá na promoção de direitos sociais) e os de terceira geração (direitos que visam não só a proteção do indivíduo, mas também de toda a sociedade) ³.

Assim, na medida em que o processo penal concretamente instrumentaliza o direito penal, visando conceder-lhe a máxima efetividade possível dentro das pautas éticas priorizada pelos direitos fundamentais, surgem outros ideais nos quais se relacionam intimamente com os princípios democráticos, cujo objetivo é a satisfação de uma tutela legal, geradora de um modelo de justiça social⁴.

A importância da democracia é mais bem explicada nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco⁵:

O processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamadas; ele é, por assim dizer, o microcosmo democrático do Estado de Direito, como conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade.

Geraldo Prado define democracia como sistema político convencionalmente institucionalmente, cujo propósito está em promover decisões políticas, legislativas e administrativas, considerando a participação popular, a fim de promover a legitimidade do direito, reivindicando a compatibilidade com princípios da justiça e da solidariedade universal⁶.

³ FERREIRA MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 4^oed. São Paulo: Saraiva, 2009

⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 3^o ed., Rio de Janeiro: Lume Juris, 2005, p.28

⁵ DINAMARCO apud Prado, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade das Leis Processuais Penais*. 3^o ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p.28.

⁶ PRADO, Geraldo. Ob., cit., p.30

Já a instrumentalização garantista do processo penal pode ser definida como: instrumento de proteção dos direitos e garantia individuais, visando à limitação do poder punitivo e a tutela do imputado⁷.

Esse garantismo penal não tem relação alguma com o mero legalismo, formalismo ou processualismo. Consiste, na verdade, na tutela dos direitos fundamentais, os quais representam os valores, os bens e os interesses materiais e pré-políticos que fundam e justificam a base do Estado Democrático de Direito, ou seja, o garantismo penal é uma técnica de tutela de direitos fundamentais, pouco importando se tais direitos são negativos ou positivos⁸.

Dentre os princípios basilares do garantismo penal podemos citar o princípio da retributividade ou *nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime), o princípio da legalidade ou *nullum crimen sine lege* (não a crime sem previsão em lei), princípio da lesividade ou *nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem ofensa), princípio da materialidade ou *nulla injuria sine actione* (não há ofensa sem ação), princípio da culpabilidade ou *nulla actio sine culpa* (não há ação sem culpa), princípio da jurisdicionariade ou *nulla culpa sine iudicio* (não existe culpa sem apreciação judicial), princípio acusatório ou *nullum iudicium sine accusatione* (não há apreciação judicial sem acusação), princípio do contraditório ou *nulla probatio sine defensione* (não existe prova sem apreciação da defesa), entre outros.

No garantismo, o juiz deve assumir uma função de garantidor, não podendo ficar inerte ante as violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não será política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha de adotar uma posição contrária à opinião da maioria⁹.

Sendo a Constituição o fundamento de validade de todas as normas, tais garantias só poderão ser desenvolvidas em um Estado Democrático de Direito cuja constituição englobe não só os princípios e garantias individuais, como garantias

⁷ LOPES JR, Aury. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p.47

⁸ LOPES JR, Aury. Ob. cit., pp.47-51

⁹ LOPES JR, Aury. Ob. cit., pp.48-49

limitadoras do poder estatal, motivo pelo qual o direito processual penal é intrinsecamente dependente da constituição, falando-se hoje em um processo penal constitucional.

2 SISTEMAS PENAIIS

Segundo o Novo Dicionário Aurélio a palavra sistema pode ser conceituada como¹⁰:

Conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação.

No campo jurídico a palavra sistema ganha importância para os estudos acerca dos sistemas jurídicos, que segundo Mauro Fonseca Andrade pode ser definido como:

A reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente¹¹.

Nem todos os elementos que compõe um determinado sistema jurídico ostentam o mesmo grau de importância, sendo que tais sistemas são formados por duas categorias de elementos.

Os elementos de primeira categoria, chamados por alguns autores de elementos principais ou essenciais, são os de presença obrigatória, sendo responsáveis por sua criação e existência, são denominados de elementos fixos do sistema. Por serem a base axiológica do sistema, sua modificação provoca a extinção do sistema jurídico original, e, conseqüentemente, a criação de um novo sistema jurídico diferente do anterior¹².

A segunda categoria de elementos, secundários ou não-essenciais, serve apenas para permitir a mobilidade e funcionamento de determinado sistema, sendo que sua modificação não desconfigura o sistema jurídico a qual pertence.¹³

Com o desenvolvimento da sociedade, o conhecimento e as relações humanas passaram a ser cada vez mais complexos, surgindo à necessidade de

¹⁰Ferreiro, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S/A, 1986, p. 1594.

¹¹ Andrade, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 3º ed. Curitiba: Editora Jeruá, 2013, pp.38-39.

¹² ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob., cit., 2013, p.39

¹³ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob., cit., p.43

aperfeiçoamento desse mesmo conhecimento, através das especializações, fazendo surgir à necessidade de novas divisões dentro de uma estrutura já organizada sistemicamente, surgindo então os microssistemas, que se vinculam com o sistema mais amplo.

É nessa sistemática que se encontra os sistemas processuais penais, que podem ser entendidos como subsistemas jurídicos formados a partir da reunião ordenada de elementos fixos e variáveis de natureza processual penal¹⁴.

Tais sistemas processuais (acusatório, inquisitivo e misto) não são fixos, ou seja, seus elementos que estão presentes em determinado momento histórico podem não ser os mesmo que o configuravam em seu início.

Tal mutabilidade decorre do fato que os sistemas processuais penais nada mais são do que manifestações históricas de como o processo penal de um determinado período da humanidade foi regulamentado, sofrendo influência de diversas culturas e revoluções ao longo dos anos.

Em síntese, enquanto o processo penal moderno tem função de promover a paz social ao retirar do indivíduo a vingança privada e transferir para o Estado o monopólio do *Jus Puniendi*, os sistemas processuais penais atuam como instrumentos de auxílio ao legislador na hora de estabelecer a política criminal que vigorará no país, como por exemplo: o país que escolhe o sistema acusatório estará priorizando a imparcialidade do juiz, já o legislador que se incline para o sistema inquisitivo estará priorizando a ampliação do rol dos sujeitos legitimados para iniciar o processo punitivo, instaurando uma política de repressão máxima aos delitos penais, sem se importar com as garantias fundamentais¹⁵.

2.1 Sistema Acusatório

Em síntese, o sistema acusatório pode ser entendido pelo fato de o poder de decisão da causa ser entregue a um órgão estatal, que por sua vez será

¹⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob., cit., 2013, p.43

¹⁵ Andrade, Mauro Fonseca. Ob., cit., p.450

distinto daquele que dispõe o poder exclusivo de iniciativa do processo, que se desenvolverá conforme os princípios do contraditório, com paridade de armas, oralidade e publicidade, sendo composto basicamente por três sujeitos diferentes, na qual um terá a função de acusar, o outro de julgar e o terceiro de defender¹⁶.

O sistema acusatório sofreu altos e baixos ao longo da história humana, sendo que tal sistema tem origem no direito grego, mais precisamente na justiça ateniense sendo que as características principais residiam na possibilidade do povo fazer parte dos tribunais, bem como o livre acesso à justiça, seja pela parte prejudicada, seja por um terceiro, através da ação popular, além de conceder o direito ao povo de apelar das decisões dos magistrados.

A justiça ateniense reconhecia duas classes de delitos denominados de públicos e privados, sendo que os primeiros seriam aqueles em colocavam em perigo a segurança da *Polis* e no interesse público (ordem, tranquilidade e paz pública) cuja legitimidade acusatória era confiada a qualquer cidadão, já os crimes privados a legitimidade acusatória pertencia somente a vítima e seus substitutos legalmente admitidos, podendo haver até a desistência e transação durante o processo¹⁷.

A jurisdição criminal ateniense era composta por cinco tribunais penais, sendo que cada um deles tinha suas atribuições bem definidas, sendo eles:

- a) Conselho de Areópago cuja competência era para julgar os delitos de homicídio e lesões dolosas, incêndio e envenenamento, além de julgar os magistrados acusados de não cumprirem a lei.
- b) Assembleia do povo que tratava de delitos como traição, de adultério, usurpação de cidadania, ou seja, crimes públicos.
- c) Tribunal de Paladion no qual julgava os delitos de homicídios culposos e homicídios dolosos praticados contra escravo e estrangeiro.
- d) Tribunal de Freato que tratava dos delitos onde houvesse reincidência.

¹⁶ PRADO, Geraldo. Ob., cit., p.102-104

¹⁷ PRADO, Geraldo. Ob., cit., p.73

- e) Tribunal dos Onzes que era encarregado de fiscalizar as prisões e as execuções da pena de morte¹⁸.

Dentre as várias características do modelo grego, há de se destacar:

- a) O tribunal popular, conforme o princípio da soberania do povo.
- b) Acusação popular, por uma faculdade deferida a qualquer cidadão de apresentar demanda contra quem se supunha autor ou partícipe de um delito público.
- c) Igualdade entre acusador e acusado, que, de ordinário, permanecia em liberdade durante o julgamento, liberdade esta condicionada a caução.
- d) Publicidade e oralidade do juízo, que se resumia a um debate contraditório entre acusado e acusador, frente ao tribunal e na presença do povo.
- e) Valoração da prova segundo a íntima convicção de cada juiz.
- f) Restrição do direito popular de acusação em certos crimes que mais lesavam o interesse do particular do indivíduo do que o da sociedade¹⁹.
- g) Nítida preocupação com a celeridade do processo.
- h) Oferecida a ação pelo acusador, a tarefa de investigar já não correspondia aos magistrados, ou seja, passividade do julgador nos elementos de obtenção de provas.
- i) Possibilidade de recorrer das decisões dos magistrados em certos tribunais²⁰.

Outra civilização antiga, porém pouco comentada, que contribuiu decisivamente para as características para o sistema acusatório contemporâneo foi a dos hebreus, sendo que seu modelo processual penal continha importantes princípios que são utilizados como base nos modelos contemporâneos, sendo eles:

¹⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit., p.64-65

¹⁹ PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.73-74

²⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob., cit., p.67-70

- a) Impossibilidade de prisão preventiva, salvo o caso de flagrante delito, sendo que o acusado não era preso senão depois de conduzido ao tribunal para poder se defender e ser julgado.
- b) Vedação de interrogatórios ocultos, não podendo o acusado ser condenado somente pela confissão.
- c) Ninguém podia ser preso e nem condenado pelo dito de uma só testemunha, nem por conjecturas.
- d) Recurso era tido como direito individual e sagrado²¹.

Não podemos de deixar de citar o sistema processual romano, que junto com o modelo grego, é considerado o berço do sistema acusatório clássico, influenciando diretamente o modelo acusatório contemporâneo.

O processo penal romano sofreu ao longo de vários séculos diversas idas e vindas entre os sistemas inquisitivo e acusatório, tal fato se deve ao diversos sistemas políticos a qual o Império Romano passou²².

O primeiro modelo romano relevante se deu no Período Republicano com o modelo denominado de *cognitio* o magistrado era o máximo responsável pela repressão criminal, correspondendo-lhe o ofício de investigar, acusar e julgar os fatos delitivos de que tivesse conhecimento. Tal processo não possuía regras fixas, de maneira que o magistrado podia arquivar, abandonar ou reabrir o caso a qualquer tempo, sendo que a defesa do acusado ficava limitada a vontade do magistrado²³.

Tal procedimento era claramente inquisitivo e tal concentração de poderes em mãos do magistrado provocou grande temor de que o regime republicano se convertesse em tirânico, sendo criado o primeiro instrumento que visava frear a possibilidade de eventuais abusos²⁴.

²¹ PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.72

²² ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit., p.76

²³ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit., p.79

²⁴ ANDRADE Mauro Fonseca. Ob. cit., p.79

O instrumento criado foi o *provocatio ad populum* que poderia ser utilizada tanto pelos patrícios quanto pelos plebeus, consistindo no direito do condenado a pena de morte requerer que o processo fosse remetido aos *comitia*, que consistia no direito do condenado em ser julgado novamente em comícios (Assembleias do Povo), sendo que para alguns autores como Mauro Fonseca de Andrade tal instituto tinha natureza de recurso²⁵.

No final da república romana o modelo de *cognitio* fora substituído pelo modelo de *accusatio*, conceituado por Geraldo Prado como:

Prerrogativa concedida a qualquer cidadão como e, especialmente ao ofendido, de, munido de provas, deduzir, perante ao povo, a imputação, a margem, ou não, da inquisitio, e assim promover mover a ação penal²⁶.

Tal modelo era voltado para apurações de infrações penais contra a ordem pública (*delicta publica*), sendo que o acusador era um particular que poderia ser tanto o ofendido como um representante do interesse público da sociedade, afastando-se assim o magistrado da função de investigar, acusar e punir.

De caráter acusatório, tinha pressuposto a exigência que ninguém poderia ser levado a juízo sem uma acusação: *nemo in iudicium tradetur sine accisitione*. Tinha como característica também o contraditório, onde cabia às partes pesquisar e produzir provas de suas alegações, sendo o processo público e oral, cujos debates formavam o eixo central dos quais derivava o fundamento da decisão. Sendo assim, a disponibilidade do conteúdo do processo competia, via de regra, as partes, cabendo ao Estado o conhecimento e o julgamento da ação criminosa.

Já na era do Império Romano os magistrados foram ampliando cada vez mais suas atribuições, chegando a invadir a esfera das investigações, sob o pretexto que muitas das denúncias públicas eram alvos de vinganças por partes dos particulares. A função que antes era dos investigadores privados passou-se a

²⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit., p.81

²⁶ PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.75

concentrar nas mãos dos magistrados que agora reuniam sob sua esfera de poder a competência de julgar e investigar²⁷.

O modelo processual então vigente, baseado na iniciativa de qualquer cidadão passou a conviver com o procedimento penal de ofício, o que veria a ser conhecido como nova *cognitio* no qual conferia grandes poderes aos magistrados para não somente investigar as infrações penais, como também para recolher provas e julgar a causa, podendo se valer até mesmo da tortura²⁸.

Ainda predominava a forma oral e pública no processo, porém tais características foram gradativamente substituídas pela forma escrita e feitos a portas fechadas, surgindo nesse momento às primeiras características do que viria a ser conhecido como modelo inquisitório²⁹.

Após a queda do Império Romano, tal sistema acusatório passou por influências do direito germânico, subsistindo até meados do século XII, passando a vigorar a partir daí o modelo inquisitivo, que subsistiu até o século XVIII, sendo abolido pelos movimentos sociais, no qual a Revolução Francesa é o expoente máximo desses movimentos³⁰.

É na Revolução Francesa que se difundem as ideias de direitos fundamentais, sendo ambiente propício para a eclosão de ideias humanista cujos principais autores são: Beccaria, Voltaire, Thomasio, Pufendorf, Wolf e Rosseau³¹.

Com a transição da monarquia para a República surge a necessidade também de se mudar o processo penal, no qual se aboliria a tortura, o segredo e a escrituração, dando lugar a publicidade, a oralidade, o direito a ampla defesa e a liberdade de julgamento dos jurados³².

Tal sistema ficou conhecido como sistema acusatório contemporâneo, que diferentemente do sistema acusatório clássico que predominava o acusador popular sobre o público, o contemporâneo passa a contemplar o acusador público.

²⁷ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.57-58

²⁸ PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.77

²⁹ LOPES JR. Aury. Ob. cit., p.58

³⁰ LOPES JR. Aury. Ob. cit. p. 58

³¹ PRADO, Geraldo. Ob. cit.90

³² PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.91

Essa mudança se deu em virtude dos defeitos que o acusador popular gerou no sistema acusatório clássico, que levaram ao modelo inquisitivo, como por exemplo: a impunidade, a possibilidade de acusações falsas e ausência de proteção ao acusador, sua família e as testemunhas³³.

Embora o sistema acusatório contemporâneo tenha variações entre os países, observa-se uma base comum de características e princípios entre eles, que dão base ao sistema acusatório contemporâneo, sendo eles:

- a) Em todos os processos penais se nota a presença necessária de um acusador público distinto do juiz.
- b) Presença obrigatória dos princípios da oralidade, publicidade e contraditório.
- c) Preocupação em manter a igualdade de armas entre as partes.
- d) Via de regra é assegurado à presença de um acusador particular, tanto nos processos cujos interesses eminentemente privados, como para suprir a inatividade do acusador público (assistente de acusação).
- e) É autorizado ao juiz ter uma participação mais ativa ao longo da fase acusatória.
- f) A investigação criminal confiada ao Ministério Público e a polícia judiciária.
- g) Somente a acusação dá início ao processo criminal.
- h) As partes podem recorrer das decisões judiciais proferidas.
- i) Inobservância das regras procedimentais determina a nulidade do ato praticado ou de todo o processo.
- j) Liberdade do acusando sendo regra, podendo ser restringida mediante a satisfação de determinados requisitos, previamente estabelecidos³⁴.

2.1.1 Princípios do Sistema Acusatório

³³ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit., p.108

³⁴ ANDRADE, Mauri Fonseca. Ob. cit., p.111

Dentre os princípios reitores do sistema acusatório, podemos destacar os princípios da oralidade, publicidade, do contraditório e o princípio acusatório.

O princípio da oralidade é elemento essencial do sistema acusatório, é através dele que o acusado, a vítima e as testemunhas se fazem ouvir, garantindo que as decisões não terão como se ocultar em linguagens estranhas à vida cotidiana, sendo que a oralidade deixa de ser apenas uma questão de predominância da palavra falada para se constituir também como uma exigência de que a causa não seja decidida por juiz que não haja tido contado direto com as provas e com os argumentos das partes, desdobrando-se assim no princípio da identidade física do juiz, sendo, portanto, as características desse princípio a predominância da palavra falada, imediatidade da relação do juiz com as partes e os meios de prova, bem como a identidade física do juiz em todo decorrer do processo³⁵.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos define publicidade como um controle social destinado a preservar a confiança nos magistrados e tribunais³⁶ ou seja, é uma garantia onde os cidadãos podem controlar de forma adequada o cumprimento da exigência de respeito aos direitos básicos, além da moralidade e impessoalidade da ação do estatal, sendo limitada em situações de preservação de outros direitos fundamentais, através do princípio da proporcionalidade. Segundo López Ortega³⁷, a publicidade também pode ser interna, ou seja, dirigidas as partes, no qual todos os atos processuais das partes e do juiz e demais sujeitos do processo deverão ser conhecido na totalidade e tempestividade pela parte adversa, defendendo o autor a correlação entre o princípio da publicidade ao princípio do contraditório, sendo criticado por Mauro Fonseca Andrade no qual entende que o princípio da publicidade é dirigido ao cidadão, sendo a publicidade interna nada mais do que a consequência do princípio do contraditório³⁸.

O princípio do contraditório pode ser definido como um dever judicial de informar as partes sobre a existência de questões que possam ser prejudiciais, tanto aos interesses do acusado, como aos interesses do próprio acusador, para que esse

³⁵ PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.153-158

³⁶ ANDRADA, Mauro Fonseca. Ob. cit., p.132

³⁷ ORTEGA, Lopes *apud* PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.159

³⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit. p.133

mesmo juiz possa se pronunciar, sendo facultativa a manifestação da parte, uma vez que o juiz tem dever de informar acerca da questão judicial e não obrigar a parte a se manifestar. Tal princípio pode ser mitigado, como em casos das provas cautelares na fase do inquérito policial, onde se faz necessário a obtenção de provas sem o conhecimento da parte contrária, sendo que o contraditório será feito de forma deferida, em momento posterior a obtenção das provas obtidas³⁹.

O princípio acusatório é o mais controverso entre os princípios do sistema acusatório, não havendo consenso entre os doutrinadores, para uns seria conceituado com a presença de um acusador distinto do juiz no processo penal, para outros seria materializado através de uma acusação no processo. Aury Lopes Jr. e Jacinto José de Miranda Coutinho consideram o princípio sendo a impossibilidade de o juiz determinar prova *ex officio judicis*, ou seja, se materializaria na inércia do juiz ao longo da fase de produção de provas. Para Geraldo Prado tal princípio consistiria na diferenciação entre as funções de acusar, defender e julgar, sendo proibido ao acusador, ao defensor e ao juiz exercerem qualquer atividade que não seja sua atividade. Já Mauro Fonseca de Andrade define o princípio acusatório como a necessária presença de um acusador distinto do juiz no processo⁴⁰.

2.2 Sistema Inquisitivo

O sistema inquisitivo pode ser entendido basicamente como a concentração das funções de acusar, defender e julgar em um só sujeito, podendo o juiz iniciar a persecução penal de ofício, procedimento esse que se desenvolverá de maneira secreta e desconstituído de contraditório, marcado quase sempre pela prisão provisória e disparidade de poder entre juiz-acusador e acusado, preocupado com o descobrimento da verdade real, via de regra, através da confissão do acusado, sendo utilizado a tortura para sua obtenção, garantindo ao juiz uma intensa liberdade em investigar e introduzir meios de provas no processo, abandonando-se a oralidade pela forma escrita.

³⁹ PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.139

⁴⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit., p.255-265

Ada Grinover considera o modelo embrionário do sistema inquisitório o modelo penal do império egípcio, no qual a iniciativa oficial para a persecução penal correspondia a uma forma de governo absoluta, de domínio e inspiração sacerdotal, sendo a instrução pública e escrita, com julgamento secreto e decisão simbólica⁴¹.

Porém, é no Império Romano, a partir da utilização do modelo da nova *cognitio* ou *cognitio extra ordinem*, que o sistema inquisitivo começa a tomar forma, sendo a ascensão do cristianismo o marco decisivo para sua consolidação.

Após a queda do Império Romano, o sistema acusatório subsistiu na Europa continental até meados do século XII, porém tal sistema fora substancialmente influenciado pelo direito dos povos invasores – germânico -, sendo que o poder jurisdicional se encontrava descentralizado, uma vez que cada feudo praticava sua jurisdição⁴².

Com a formação dos Estados nacionais e ascensão da monarquia absolutista, viu-se a necessidade de unificar o poder jurisdicional nas mãos do Estado, mais precisamente nas mãos do rei.

O antigo sistema, baseado nos duelos e nas ordálias, caracterizado pelo uso da força e do misticismo fora substituído por um sistema tido como mais civilizado e adequado para a época cujo objetivo era a busca da verdade real através da palavra e racionalidade do homem.

Tal sistema fora determinado como sistema inquisitivo, sendo sua base inspirada na jurisdição eclesiástica e no Direito Romano-Canônico.

A Igreja Católica com necessidade de se consolidar na Europa continental e não permitir o crescimento de outras manifestações religiosas, passa a enxergar nos crimes não só uma questão privada, mas também um problema de salvação da alma, requisitando-se o magistério punitivo como forma de expiação da culpa e imposição a penitência, levando-se assim a salvação e conversão aos hereges⁴³.

Assim começa a Inquisição Católica, cujas características são:

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* PRADO, Geraldo. Ob. cit., p71

⁴² PRADO, Geraldo. Ob. cit., p. 78-79

⁴³ PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.80

- a) Presença de um inquisidor que tinha o poder jurisdicional eclesiástico, cujas funções eram acusar, investigar e julgar.
- b) Início do processo por meio de uma acusação (delator que poderia configurar como acusador no processo), *notitia criminis* (informação dada pelo delator que se abdicava da função de acusador deixando a acusação para o inquisidor) ou de ofício pelo inquisidor.
- c) Procedimento simples sem a presença de juiz e advogados, não sendo permitido dar a conhecimento o conteúdo das imputações ao suposto herege, não se admitindo também debates e apelações.
- d) A publicidade dá lugar ao segredo como forma de proteger testemunhas e delatores.
- e) O sistema de provas adotado era o da prova legal.
- f) Emprego de tortura durante a fase de investigação, a fim de se obter a confissão⁴⁴.

Sendo assim, com inspiração do modelo inquisitório católico, o sistema inquisitivo prospera na Europa continental com as monarquias absolutista, sendo posto de lado no século XVII pelas revoluções sociais, ressurgindo na primeira metade do século XX nos governos totalitários da Europa e da América Latina.

Em síntese, suas características são:

- a) O acusador é prescindível ao processo, mas não necessariamente isso implica na sua exclusão do sistema.
- b) Processo pode ser instaurado com ajuizamento de uma acusação, *notitia criminis* ou de ofício.
- c) O órgão encarregado de julgar é formado por funcionários público, não se admitindo mais representantes do povo.
- d) Persecução criminal regida pelo princípio da oficialidade.
- e) O procedimento é secreto, escrito e sem contraditório efetivo.
- f) Flagrante desigualdade entre as parte.

⁴⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit., p285-292

- g) Obtenção de provas é uma tarefa inicial do juiz, ao invés de ser tarefa exclusiva das partes.
- h) O juiz que investiga também é o que julga.
- i) Prisão provisória como regra.
- j) O sistema de provas é o legal, com sua divisão em provas plenas e semiplenas.
- k) Admite-se, para a obtenção de provas, a tortura do imputado e das testemunhas.
- l) Possibilidade de defesa quase nula⁴⁵.

2.3 Sistema Misto

A Revolução Francesa não só colocou fim a forma de governo absolutista, como também repercutiu no campo do processo penal.

O modelo inquisitivo baseado na tortura, defesa processual deficitária e concentração de poderes nas mãos dos juízes não mais encontrava respaldo no modelo da na nova República francesa, que influenciada pelo Movimento Iluminista, propunha um novo sistema processual inspirado no modelo acusatório romano⁴⁶.

Tal modelo tinha como características a separações de funções entre os poderes, juízes eleitos por mandatos de 6 (seis) anos, funcionários do Ministério Público nomeados pelo rei cuja principal função era de atuar como *custos legis* no processo criminal, volta da figura do acusador popular que era eleito pelo povo, a implementação do Tribunal do Júri .e criação de tribunais de cassação⁴⁷.

Tal modelo apresentou na prática os mesmos defeitos do processo acusatório romano, sendo alvo de sucessivas reformas que acabaram por misturar as características do processo acusatório romano com as características do *Code Louis*, criando-se assim um novo sistema denominado de sistema misto⁴⁸.

⁴⁵ ANDRADA, Mauro Fonseca. Ob. cit., p.359

⁴⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit., p.410

⁴⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit., p.412

⁴⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit., p.413

O primeiro código a adotar o sistema misto fora o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, implementado pelo golpe de estado de Napoleão Bonaparte, cujo objetivo era conciliar os objetivos do sistema inquisitório e acusatório, ou seja, o compromisso com a técnica inquisitória para uma melhor repressão dos delitos e a preservação dos direitos individuais.

O modelo misto caracterizou-se como inquisitivo na primeira fase (de investigação) onde o procedimento era secreto, escrito e sem participação da defesa e acusatório na segunda fase (processual) cujo julgamento se dava perante o júri, com a presença de debates orais, com contraditório e elementos obtidos (provas) de maneira pública.

O sistema misto é fortemente criticado por inúmeros doutrinadores, na qual podemos destacar a posição de Luigi Ferrajoli que considera o sistema misto como um:

[...] monstro, nascido da junção entre o processo acusatório e inquisitório [...] com prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta, dominada pela acusação pública e pela ausência de participação do imputado quando este era privado de liberdade; tendentemente acusatório na fase seguinte dos debates, caracterizado pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação a primeira fase⁴⁹.

Já Aury Lopes Júnior descreve o sistema misto como falacioso, uma vez que continua existindo a presença marcante do modelo inquisitório no sistema. Para o autor, o sistema misto peca por insuficiência, visto que, uma vez que os sistemas puros são tipos históricos, há de se considerar que o sistema misto precise de um núcleo fundante, sendo esse o ponto nevrálgico do sistema⁵⁰.

Esse núcleo fundante, para o autor, não estaria na mera separação entre as funções do sujeito no processo, mas sim baseado na gestão de prova, que é ponto fundamental na decisão do juiz. Essa prova, no sistema misto, se perfaz justamente na fase inquisitória, residindo nesse ponto à fraude do sistema, uma vez que o juiz decide com base na prova colhida em uma fase na qual o réu é mero

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2º ed. São Paulo: RT, 2006, pp.521-522.

⁵⁰ LOPES JR. Aury. Ob. cit., p.68

objeto de investigação e essa decisão se disfarça sobre os argumentos que a prova policial será cortejada com a prova judicializada⁵¹.

2.4 Sistema Penal Brasileiro

O Brasil, após a sua independência, possuiu ao longo de sua história três códigos de processo penal. O primeiro código, conhecido como Código de Processo Criminal de Primeira Instância, foi promulgado em 1832 na época do império e era marcado pela intensa concentração de poderes nas mãos dos juízes de direito. Após a proclamação da república, viu-se a necessidade de uma reforma processual penal, promulgando um novo código inspirado no modelo federalista norte-americano, no qual deferia aos estados membros a competência legislativa em termos de processo penal, não podendo os estados violarem as disposições acerca dos direitos fundamentais garantidos na Constituição de 1891. Com o golpe político que instituiu o Estado Novo, havia a necessidade de se unificar as disposições acerca da matéria de processo penal, sendo promulgado em 3 de outubro de 1941 o Código de Processo Brasileiro, que perdura até o presente momento, sendo alvo de esporádicas mudanças legislativas aos longos dos anos, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988⁵².

Esse antagonismo entre uma Constituição garantista e um código marcado por rastros de inquisitorialismo gerou na doutrina brasileira uma divergência acerca de qual sistema processual vigora no país após a proclamação da República.

Certos autores, como Mauro Fonseca Andrade, afirmam que Brasil não adota nenhum tipo de processo penal, pois o que teríamos hoje seria modelos de processo, sendo que, para o autor, a Constituição Federal não apontou, implícita e

⁵¹ LOPES JR. Aury. Ob. cit., p.68

⁵² PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.170

nem explicitamente, qual o processo penal a ser adotado no país, sendo que a legislação infraconstitucional também não esclarece qual seria esse sistema⁵³.

Outro grupo de autores defende que o nosso sistema seria o modelo misto, que segundo Guilherme de Souza Nucci seria o resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório, sendo que essa junção do ideal com o real resultaria no sistema misto⁵⁴, sendo Eugênio Pacelli e Denílson Feitosa outros autores dessa corrente.

Para outra corrente nosso sistema penal seria o inquisitivo. Entre esses doutrinadores, encontra-se Aury Lopes Júnior que defende que a essência do sistema está na gestão da prova e não na separação das funções, sendo que para ele nosso sistema seria inquisitório, na essência, mesmo que ainda haja alguns acessórios que o ajudam a “vestir” o sistema acusatório, mas não o transformariam em acusatório, pois, para ele, a postura do juiz é um dos pontos relevantes na questão, uma vez que, no sistema acusatório o juiz é um mero expectador, apenas se portando de modo imparcial quanto aos fatos, sendo que no modelo inquisitivo exige um juiz ator, que faz às vezes de instruir a punição⁵⁵.

Para a doutrina majoritária, na qual o presente projeto se apoia, o sistema penal brasileiro seria o acusatório, pois, segundo Gustavo Henrique Badaró, a essência do sistema, seu núcleo fundante, é a separação dos poderes, não podendo ao juiz exercer o papel da acusação, sendo que “ter ou não este Juiz poderes instrutórios é algo que não diz respeito com a essência do sistema”⁵⁶.

Nessa mesma linha Ada Pellegrini afirma que o juiz pode ter poderes instrutórios sem que isso venha a ferir o modelo acusatório, pois para ela:

O conceito de processo acusatório e de processo de partes – no sentido de a acusação e a defesa serem relação jurídica

⁵³ ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit., p. 473

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5^o ed. São Paulo: RT, 2008, p.117

⁵⁵ LOPES JR., Aury. Ob. cit., p.78

⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p.113

processual, juntamente com o juiz – nada tem a ver com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal⁵⁷.

Há certos doutrinadores que reconhecem o sistema brasileiro como acusatório, porém não seria este um sistema acusatório puro, pois embora haja na Constituição Federal normas que assegurem o contraditório, presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença, juiz imparcial e competente, entre outras normas garantistas, nosso modelo convive também com princípios opostos ao sistema acusatório que são oriundos de um Código de Processo Penal com ranços do inquisitorialismo. Desse grupo fazem parte Marcus Vinicius Reis Bastos, Rogério Laurina Tucci, Tourinho Filho e Paulo Rangel.

Sobre o sistema acusatório brasileiro não ser puro na sua forma, Geraldo Prado afirma que:

Se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), **não nos restará alternativo salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória**⁵⁸ [grifo nosso].

⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrine. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária. São Paulo: n.18, v.1, jan. a jul/2005, p.16

⁵⁸ PRADO, Geraldo. Ob. cit., p.195

3 INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO CRIMINAL

Toda sociedade é regida por uma ordem que direciona as suas ações, fixando-as em polos antagônicos: umas rotuladas de adequadas, por estarem em conformidade com o padrão estabelecido pelo senso comum, e outras valoradas negativamente, sendo inadequadas e nocivas à manutenção da coletividade.

Sendo assim, faz-se necessário tanto a criação de normas que guiem os comportamentos para aqueles padrões considerados como ideais (ordem jurídica), como a criação de controle e vigilância dos comportamentos desviantes, fixando-lhes castigos a fim de coibir tais condutas.

Exige-se, porém, uma via institucionalizada de punição, no qual deverá ser titularizada por um ente superior que seja o detentor do poder de fazer-se obedecer, sendo ele o Estado, pois, é ele, como estrutura organizada de poder e ação, que desempenha a função de garantir entre os homens uma convivência ordenada de forma harmoniosa e segura, cuja finalidade é a manutenção da paz social e da segurança jurídica, sendo essa via institucionalizada representada pelo direito penal, que será implementado e concretizado exclusivamente pelo Estado⁵⁹.

Com isso, o Estado assumi a função de proteção da paz pública por intermédio do resguardo de determinados bens e valores, estabelecendo e impondo uma punição variável de acordo com o grau de lesividade da conduta conflituosa⁶⁰.

Esse dever-poder estatal de punir e investigar deverá ser limitado, não podendo ser utilizado indiscriminadamente, sob pena de promover ainda mais o desequilíbrio social⁶¹.

O Estado não só tem o dever de investigar, julgar e punir as condutas delitivas, mas também tem o dever impedir, devido ao alto sofrimento imposto pela

⁵⁹ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2003, p.107

⁶⁰ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.108

⁶¹ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.109

sanção penal, que acusados que não praticaram tais condutas sejam punidos injustamente.

Para isso, faz-se necessário buscar, na maior exatidão possível, a veracidade dos fatos narrados e trazido a julgamentos, que será averiguada pelas provas obtidas durante o desenrolar do processo, sendo a atuação dos juízes, nessa busca pela verdade no processo, um tema controverso na doutrina.

3.1 A Verdade no Processo Penal

Para se aplicar a correta punição ao imputado e impedir que inocentes sejam punidos injustamente, faz-se necessário examinar cuidadosamente os fatos narrados e trazidos a julgamento a fim de se buscar com maior exatidão possível a reconstrução entres os fatos em apuração no processo com os fatos históricos narrados, sendo algo por vezes difícil ou ate mesmo impossível de se constatar. Essa constatação dos fatos se dará através da produção de provas.

Essa obtenção da verdade se dá por intermédio de uma reconstrução histórica, onde a obtenção da verdade-plena configura-se como um mito que não se sustenta diante da realidade imposta pela obediência aos métodos de acerto regrados por um Estado de Direito, sendo essa reconstrução processual-histórica, quando muito, permitirá o descortinamento de aspectos da verdade⁶².

É pelo fato de o juiz ser obrigado a examinar e estudar fatos pretéritos com vistas ao acerto da verdade, que Marcos Alexandre Coelho Zilli compara a atuação do juiz ao historiador, sendo que para ele, embora os dados concretos sejam objetos do trabalho de ambos, no campo das atividades fáticas, o juiz está preso à limitação que o historiador desconhece. Assim, o juiz não é livre para buscar a verdade, devendo concentrar suas indagações sobre aqueles fatos que uma ou outra parte aponta como juridicamente relevante, estando vinculado também a procedimentos que a lei reconhece eficácia probatória. Ao contrário do historiador, que pode após examinar e estudar os fatos deixar de proferir uma conclusão, o juiz

⁶² COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.114

tem sempre que atingir uma conclusão fática, através de uma decisão oficial, independentemente de ter chegado à certeza sobre os fatos⁶³.

Segundo o autor, esse relativismo inerente da verdade processual (verdade obtida por vias formalizadas) não impede que se estabeleça como meta a descoberta da verdade, pois não poderia o juiz dar uma sentença justa que não tivesse amparada pela preocupação de uma verificação correta dos fatos, sendo, segundo as suas palavras, “a meta de busca da verdade deve ser explicitada, todavia, na ideia de certeza subjetiva”, ou seja, no convencimento do magistrado⁶⁴.

Gustavo Badaró distingue os conceitos de verdade e certeza na seguinte forma:

O conceito de verdade é um conceito de relação. Um conhecimento verdadeiro, quando há concordância entre o objeto e sua imagem captada pelo sujeito. A verdade é o reflexo fiel do objeto na mente, é a adequação do pensamento com a coisa, porém, não basta que um conhecimento seja verdadeiro, sendo necessário poder alcançar a certeza de que é verdadeiro. É a questão de critério da verdade. A certeza, portanto, constitui a manifestação subjetiva da verdade, sendo um estado de ânimo seguro da verdade de uma proposição⁶⁵.

Leibniz distingue dois tipos de verdade: de um lado as verdades da razão e de outro as verdades de fato. A primeira enuncia que uma coisa é, necessária e universalmente, não podendo ser diferente do que é. Já a segunda são aquelas que dependem da experiência, expressando ideias obtidas através das sensações, percepções e memória, sendo, portando, empíricas. A relação entre as verdades de fatos e da razão, julgadas pela racionalização das informações é que permitirá conhecer a realidade.

Já para Kant a verdade surge a partir da relação entre juízos analíticos e sintéticos, sendo o primeiro as operações intelectuais e o segundo as estruturas ou fenômenos analisados, ou seja, a realidade daquilo que conhecemos não corresponde aquilo que é, mas sim ao que a razão interpreta⁶⁶.

⁶³ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.113

⁶⁴ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.115

⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivaly. Ob. cit., p.25-26

⁶⁶ RAMOS, Fábio Pestana. *A concepção filosófica da verdade*. Disponível em:

<http://fabiopestanaramos.blogspot.com.br/2011/09/concepcao-filosofica-da-verdade.html>. Acesso em 28 de janeiro de 2014

Martin Heidegger se distancia do conceito de verdade no sentido de a mesma ser uma adequação entre um ente (sujeito) e outro ente (objeto), interpretando a questão a partir do ente em si mesmo, ou seja, o ser descobridor, que se depara com o enunciado verdadeiro que “deixa ver” o ente descoberto, dessa forma a verdade ocorre como um desvelamento. Sendo o desvelamento entendido como a verdade que se deixa ver, sendo a verdade entendida como o desvelamento que se dá ao ser descobridor⁶⁷.

Para Dinamarco 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. 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 desses nas categorias adequadas⁶⁸.

Dessa forma, para Marcos Alexandre Coelho Zilli, enquanto a sentença condenatória exige uma certeza positiva quanto aos termos da imputação, a absolutória requer uma certeza negativa, uma dúvida ou um juízo de probabilidade⁶⁹.

3.2 Atuação do Juiz na Busca da Verdade Processual

Durante anos prevaleceu o entendimento que no processo cível, em que se discutem, geralmente, direitos disponíveis, vigorava o chamado princípio dispositivo, na qual consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações das partes em que se fundamentará a sua decisão (*judex secundum allegata et probata partium iudicare debet*), adotando uma atitude passiva no processo, não devendo influir na produção de provas, que era reservado exclusivamente as partes, sendo permitido produzir provas *ex officio* quando estivesse em dúvidas acerca dos fatos e a

⁶⁷ IMPÉRIO, Fábio Augusto. *A questão a verdade em Martin Heidegger*. Disponível em: http://www.mundofilosofico.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=286:a-questao-a-verdade-em-martin-heidegger&catid=3:filosofia&Itemid=2. Acesso em 20 de janeiro de 2014

⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel apud LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2º ed. volume I, 2012, p.48

⁶⁹ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.116

matéria versasse acerca de direito indisponíveis, prevalecendo, portanto, no direito civil o princípio da verdade formal⁷⁰.

Em contrapartida, no âmbito do processo penal, o magistrado seria dotado de amplos poderes instrutórios podendo determinar a produção de provas *ex officio*, sempre na busca da verdade material, sendo, portanto, que no processo penal vigorava o princípio da verdade real ou material. A descoberta da verdade, obtida a qualquer preço, era a premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado. Essa busca da verdade material era, assim, utilizada como justificativa para prática de arbitrariedade e violações de direitos, transformando-se, assim, num valor mais precioso do que a própria proteção à liberdade individual, ou seja, em nome da verdade real tudo era válido, restando justificado abusos e arbitrariedade por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade⁷¹.

Atualmente, não mais se ampara essa diferença, em virtude da natureza publicista do processo, uma vez que o processo tem como objetivo a pacificação social. Este é o entendimento tanto no processo civil como no penal, que para serem justos devem obrigatoriamente buscar o compromisso com a verdade.

Assim sendo, no âmbito cível, tem-se admitido que os magistrados determinem, de ofício, a produção de provas necessárias ao esclarecimento da verdade, mesmo se tratando de direito disponíveis, pois, a final de contas, o processo deve ser considerado como um meio efetivo de realização da justiça, onde a busca pelo processo justo, passa pela previsão de meios efetivos para que se atinja a maior aproximação possível da verdade⁷².

Como já dito, admite-se, hoje, a impossibilidade de se atingir a verdade absoluta. A prova produzida em juízo, por mais robusta e contundente que seja, é incapaz de dar ao magistrado um juízo de certeza absoluto. O que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos. Há de se buscar, assim, a maior exatidão possível na reconstrução dos fatos controversos, mas jamais com

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegini. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Pc Editorial LTDA, 27^o ed., 2011, p.70

⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.47

⁷² LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.47

pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade⁷³.

Por isso, a doutrina mais moderna diz que vigora no processo penal é o princípio da “busca da verdade”, sendo conhecido também como princípio da livre-investigação da prova no interior do pedido e princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova⁷⁴.

Trata-se, portanto, em munir o julgador de um poder que o autorize a trilhar do início ao fim o caminho do processo penal, com objetivo de buscar e recolher elementos úteis para melhor acerto fático, tomando por base uma afirmação inicial delineada pela acusação, não se trata, portanto, de uma tarefa investigativa, mas sim, instrutória, que é conhecida como iniciativa instrutória do juiz.

Sendo ela definida, segundo Marcos Alexandre Coelho, como:

Poder de índole discricionária, na qual há uma liberdade relativizada e circunscrita a regras que, longe de engessarem o poder de acerto fático, estabelecem um certo campo, dentro do qual serão vislumbradas possibilidades e alternativas para a atuação do julgador tendentes a correta aplicação do direito penal material⁷⁵.

Ou seja, o poder instrutório do juiz nada mais é do que um poder-dever. Uma vez posta à ação em juízo, o juiz deve diligenciar, de ofício, a busca da verdade em favor de uma decisão justa. É importante destacar ainda que o poder instrutório não substituir o poder inquisitivo das partes, mas o completa.

Sendo assim, o poder instrutório se difere do poder inquisitivo, uma vez que este consiste no poder de buscar a prova fora do processo, ou seja, antes dele, não sendo permitido ao juiz num modelo acusatório.

A participação ativa do juiz no processo penal é fundamental para que se dê plena efetividade à igualdade entre as partes, cujo objetivo é alcançar a igualdade material processo. Contudo, conforme já dito, esses poderes não podem ser ilimitados, ao contrário, devem respeitar a limitação imposta pelo Estado Democrático de Direito, que busca fazer valer os direitos e garantias fundamentais.

⁷³ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.48

⁷⁴ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.48

⁷⁵ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., pp.118-119

Porém tal entendimento não é uníssono, há parte da doutrina que não reconhece o poder instrutório do juiz no sistema acusatório, no qual podemos citar: Aury Lopes Jr., Geraldo Prado, Paulo Rangel, Jacinto Coutinho, entre outros. Para esses autores não há que se falar em poder instrutório do juiz, uma vez que, em um ordenamento jurídico que se adote o princípio acusatório, seria vedado ao magistrado participar da atividade probatória.

Para Aury Lopes Jr. a essência do sistema está na gestão de provas, sendo, portanto, para o autor, vedado ao juiz exercer atividade instrutória no processo penal em um modelo em que se adote o sistema acusatório, devendo o magistrado atuar como um mero expectador.

Para Jacinto Coutinho o processo penal tem como finalidade buscar a reconstrução de um fato histórico, ou seja, o crime, de modo que a gestão da prova é erigida à espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores: o princípio dispositivo e inquisitivo. Uma vez que no sistema acusatório a gestão da prova estaria nas mãos da parte, seria vedado ao juiz a iniciativa probatória.

3.3 Princípios Norteadores da Iniciativa Instrutória

3.3.1 Princípio do Devido Processo Legal

A concepção de Estado de Direito foi cunhada pela filosofia liberal como forma de oposição ao regime absolutista. O Estado de Direito se caracteriza pelo reconhecimento de que o poder é limitado por um direito natural, superior, imutável e universal, sendo constituídos por um feixe de liberdades que preexistem a sua declaração solene e recobrem o campo da conduta individual⁷⁶.

A ideia de limitação do Estado pelo Direito constitui um dos maiores legados da filosofia iluminista, sendo que, por consequência, a atuação estatal deve estar norteada pelo respeito ao direito, entendido como produto do exercício da

⁷⁶ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.126

soberania popular e aplicado em obediência ao princípio da igualdade. Trata-se, portanto, de uma obrigação imposta ao legislador, de respeito à vida, liberdade, propriedade e razoabilidade quando da elaboração de todo e qualquer ordenamento jurídico, sendo que a legitimidade das decisões judiciais está intimamente relacionada com os meios juridicamente democráticos que tenham sido escolhidos e adotados pelo Estado⁷⁷.

Legitimidade essa, manifestada através da observância do devido processo penal, garantia que se encontra expressamente na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Esse princípio atua de duas formas no processo penal, sendo que a primeira garante que ninguém deve ser processado senão por crime previamente previsto e definido em lei. Já o segundo aspecto, vincula-se ao procedimento e à ampla possibilidade de o réu produzir provas, apresentar alegações, demonstrar, enfim ao juiz sua inocência, bem como de o órgão acusatório convencer o magistrado pelos meios legais da validade de sua pretensão punitiva⁷⁸.

Sendo assim, a cláusula do devido processo legal é conceituada como uma garantia constitucional, na qual ficam assegurados aos sujeitos processuais o estabelecimento e o respeito a um processo judicial instituído por lei e conduzido por um juiz natural, independente e imparcial, sendo resguardado o contraditório, ampla defesa, publicidade dos atos e motivação das decisões judiciais, devendo o processo penal estar em consonância com a Constituição, suas garantias fundamentais os direitos humanos, com o estado democrático de direito e o sistema acusatório⁷⁹.

No devido processo legal estão contidos os princípios que norteiam a atuação probatória do juiz e as orientações constitucionais e legais que autorizam a iniciativa instrutória do magistrado, bem como seus princípios limitadores, no qual vale destacar: o do juiz natural, independência e imparcialidade do juiz, presunção de inocência, *in dubio pro reo*, duração razoável do processo, o do dever de motivar,

⁷⁷ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., pp.129-131

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Ob. cit., p.96

⁷⁹ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.132

a proibição de provas ilícitas e ilegítimas, a publicidade, o contraditório e a ampla defesa.

3.3.2 Princípio do Juiz Natural

O princípio do juiz natural pode ser entendido como sendo o direito de cada cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processá-lo e julgá-lo caso venha a praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico. Juiz natural é aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado, mediante regras taxativas de competência⁸⁰.

A regra do juiz natural é, historicamente, associada á uma dupla garantia, qual seja: a proibição de tribunais extraordinários e a vedação de transferência de competência entre órgãos jurisdicionais, sendo ambas adotadas pela nossa Constituição⁸¹, conforme se observa no artigo 5º incisos XXXVII: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e LIII: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

Assim, em um primeiro momento, a regra impõe o reconhecimento de que somente um órgão dotado de poder jurisdicional (legítima e legalmente concebido pelo estado) e pré-constituído (competência fixada antes da ocorrência do fato) é que poderá aplicar o ordenamento jurídico penal sobre um determinado acontecimento. Por outro lado, a obrigatoriedade constitucional de desenvolvimento do processo perante a autoridade competente à época fática, evidencia o princípio de que ninguém pode ser subtraído do seu juiz constitucional, sendo para Marcos Alexandre Coelho Zilli juiz natural ou autoridade competente, no Direito Brasileiro, o Órgão Judiciário cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais⁸².

Devido à previsão constitucional do juiz natural, em razão da previsão de competência estar estabelecida na própria Constituição, vários dispositivos do

⁸⁰ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.51

⁸¹ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., pp.134-135

⁸² COELHO ZILLO, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.135

Código de Processo Penal foram revogados, como por exemplo, o art. 26, que diz que o juiz iniciará a ação penal.

Tal princípio tem caráter bifronte, uma vez que se dirige a dois destinatários diferentes, ora representa um direito do réu (eficácia positiva da garantia constitucional), ora traduz uma imposição do Estado (eficácia negativa da garantia constitucional)⁸³.

Sendo assim, qualquer desrespeito a essa regra implicaria não só em violação a garantia assegurada a qualquer pessoa de se ver processada perante o órgão jurisdicional natural, mas representaria, também, exorbitação do Estado-juiz dos poderes e limites a ele concedidos.

Dessa forma, quando o ato processual, mais precisamente a iniciativa instrutória, tiver sido realizado por um juiz constitucionalmente incompetente, haverá nulidade absoluta do processo. Porém, se tiverem sido desrespeitadas regras infraconstitucionais de fixação de competência, o ato processual será inválido, entretanto, por não ter afrontado uma regra constitucional, ou mesmo um interesse fundamental, o ato poderá ser, a princípio, convalidado pelo juiz⁸⁴.

3.3.3 Princípio da Independência e Imparcialidade do Juiz

Ao lado do princípio do juiz natural estão os princípios da independência e imparcialidade do juiz.

Entende-se como princípio da independência do juiz, o estabelecimento de garantias que visem resguardar o juiz, no desempenho de sua atividade jurisdicional, contra pressões externas, sobretudo aquelas de índole política⁸⁵.

⁸³ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.136

⁸⁴ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.139

⁸⁵ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.139

Caso essa independência não for resguardada, estará o juiz subordinado a toda sorte de pressões que desvirtuarão e contaminarão não só o objetivo de uma iniciativa instrutória, mas toda a marcha processual.

Tal independência do magistrado é prevista na Constituição no art. 95, incisos I, II e III da CF/88:

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.

Já a imparcialidade do juiz se traduz pelo desinteresse subjetivo diante do caso posto a julgamento, ficando este impedido de servir aos interesses subjetivos de alguma das partes processuais. Atua, então, como um observador desapaixonado (equidistante), exercendo o poder jurisdicional com isenção sem permitir que fatores alheios interfiram na condução da marcha processual e no conteúdo de sua decisão.

Em síntese, para Marcos Alexandre Coelho Zilli o juiz exerce:

Uma atividade desinteressada do conflito, equidistante dos interessados e, exclusivamente, subordinado à lei, daí serem os juízes, de um lado, submissos a lei e, de outro, independentes, para que possam ser imparciais, bem como hão de obedecer a regras preestabelecidas, asseguradoras da imparcialidade⁸⁶.

A iniciativa instrutória do juiz não é incompatível com o princípio da imparcialidade, uma vez que o julgador desconhece qual será o resultado da diligência requerida e, por consequência, quem será o beneficiado, pelo contrário a iniciativa oficial assegura o equilíbrio processual e proporciona uma apuração mais

⁸⁶ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.141

completa dos fatos, uma vez que o juiz não se importa que vença o réu ou o autor, mas interessa que saia vencedor aquele que detém a razão⁸⁷.

Essa garantia da imparcialidade do juiz é regulada no Código de Processo Penal em seus artigos 252, 253 e 254, que dispõe acerca dos casos de impedimentos, incompatibilidade e suspeição do juiz:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Art. 253. Nos júzos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

⁸⁷ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.144

3.3.4 Princípio da Presunção de Inocência e *In Dubio Pro Reo*

O princípio da presunção de inocência ou presunção de não culpabilidade consiste no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença transitada em julgado, ao término do devido processo legal em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de provas pertinentes para sua defesa e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação⁸⁸ estando presente no art.5º inciso LVII da Constituição Federal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tem sua origem no art.9º da Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão (1789), sendo antes mesmo mencionado, em 1764, por Cesare Beccaria em sua obra *Dos delitos e das penas*.

Para Aury Lopes Júnior, esse princípio atua em duas dimensões, interna e externa ao processo. A primeira seria um dever de tratamento imposto ao juiz, determinando que a carga probatória seja inteiramente do acusador e que na dúvida conduza a absolvição, implicando, também, em severas restrições ao abuso das prisões cautelares. Na dimensão externa implica numa proteção contra a publicidade abusiva e estigmatizada do réu⁸⁹.

Já para Marcos Alexandre Coelho Zilli a presunção de inocência tem dupla aplicação: uma relaciona-se com o tratamento processual e social a ser dispensado ao réu que, para todos os efeitos e perante todos, deve ser considerado inocente até que a condição resolutiva representada pelo trânsito em julgado da sentença condenatória autorize o contrário, sendo a outra associada ao âmbito probatório que, para muitos, se relaciona com a fixação do ônus de provar imposta à acusação, que deve demonstra a presença de requisitos objetivos e subjetivos ensejadores do reconhecimento da prática de uma infração, ou seja, não cabe ao réu o encargo processual de provar a sua inocência, em outras palavras, recai

⁸⁸ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.11

⁸⁹ LOPES JR. Aury *apud* LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit. p.15

exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe a ela demonstrar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória⁹⁰.

Nesta acepção, a presunção de inocência confunde-se com o princípio do *in dubio pro reo*, no qual não havendo certeza, mas dúvida acerca dos fatos em discussão em juízo é preferível à absolvição de um culpado à condenação de um inocente⁹¹.

Com isso, o *in dubio pro reo* não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas, devendo ser utilizado no momento da sua valoração: na dúvida, a decisão tem que favorecer o imputado, pois este não tem obrigação de provar que não praticou o delito.

O princípio do *in dubio pro reo* tem função, ainda, de limitar a atuação do juiz na busca probatória, uma vez que esse prevalece sobre o *pro societate*, no caso de haver dúvida na mente do julgador, não podendo, nesses casos, o juiz realizar um poder instrutório indefinidamente.

3.3.5 Princípio da Duração Razoável do Processo

Nessa concepção, tal princípio se liga diretamente ao princípio da duração razoável do processo, no qual limita a atuação probatória do juiz, ao resguardar a esfera da liberdade jurídica do cidadão contra persecuções demasiadamente prolongadas.

Essa garantia se apresenta de duas formas, a primeira por resguardar a esfera da liberdade jurídica do cidadão contra persecuções penais demasiadamente longas, sendo que a segunda assegura a efetividade ao processo penal, que estaria,

⁹⁰ COLEHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., pp.147-148

⁹¹ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.15

invariavelmente, comprometido acaso à solução do conflito viesse a ser proferida tardiamente⁹².

Assim, há de se buscar um desfecho para o conflito de natureza penal, que seja, tanto temporalmente oportuno, quanto materialmente preciso, o que pressupõe um bom acerto fático, havendo, portanto, a conjugação do acerto da decisão proferida com a celeridade do procedimento⁹³.

Tal princípio passou a ter previsão expressa no sistema constitucional brasileiro pela Emenda Constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004, no art. 5º, inciso LXXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Porém, tal princípio já era assegurado pelos art. 7.5 e 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica.

3.3.6 Princípio da Motivação das Decisões

Outro princípio limitador da iniciativa instrutória do juiz é o dever que o mesmo tem de motivar os atos decisórios, sendo que no vigente sistema constitucional é inquestionável que uma decisão determinadora de produção de prova, que independentemente de provocação das partes, deva atender a obrigatoriedade da motivação de todas as decisões judiciais, pois dessa forma as partes poderão saber qual o motivo que justificou uma decisão mais ativa do juiz, uma vez que não é possível que o julgador decida trazer aos autos uma dada prova, que poderá ser decisiva no desfecho processual, por motivos absolutamente desconhecidos.

Sendo assim, a motivação das decisões judiciais possui uma dupla garantia: política e processual. Sob o enfoque da garantia política, a motivação abre caminho para o controle popular sobre a administração da justiça, limitando assim o

⁹² COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.153

⁹³ COLHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.153

exercício do poder jurisdicional, visto que vincula as decisões à legalidade, conferindo tanto a certeza do direito, quanto assegurando a obediência ao princípio da separação dos poderes.

Já sob o enfoque da garantia processual, a motivação permite averiguar se a decisão foi ou não produto da vontade do julgador, garantindo o resguardo da independência e impessoalidade do julgado, fornecendo ao mesmo um meio de autocontrole crítico, tendo também função de convencer as partes acerca da decisão⁹⁴.

3.3.7 Princípio da Publicidade

No que diz respeito ao princípio da publicidade, o processo penal democrático, que se pretenda desvencilhar de formas totalitárias, é incompatível com a realização de atos processuais secretos. Sendo assim, a publicidade detém uma dupla função: processual e política.

A função processual permite que os sujeitos parciais tenham um maior controle sobre o processo, no qual atuam diretamente como interessados. Já a função política, permite que o exercício do poder jurisdicional, parcela do poder estatal, também venha a ser controlado por quem é na verdade o titular originário de todo e qualquer poder: o povo⁹⁵.

Apesar de a regra da publicidade ser ampla, deve-se compreender que a mesma, como toda e qualquer garantia, não tem caráter absoluto, podendo ser objeto de restrições em situações em que o interesse público à informação deva ceder em virtude de outro interesse preponderantemente no caso concreto⁹⁶.

O princípio da publicidade encontra-se expresso no art. 5º, inciso LX e no art.93, inciso IX da Constituição Federal de 1988:

⁹⁴ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.155-156

⁹⁵ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.162

⁹⁶ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.43

Art. 5º [...]:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Art. 93 [...]:

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

3.3.8 Proibição de provas Ilícitas e Ilegítimas

Em um Estado Democrático de Direito, a descoberta da verdade não pode ser feita a qualquer preço, mesmo que isso signifique um prejuízo à descoberta da verdade, pois em prol do ideal maior de um processo justo, que respeite os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, não se pode admitir a utilização em um processo de provas obtidas por meios ilícitos, constatando-se assim, a inadmissibilidade das provas ilícitas e ilegítimas no processo penal. Afinal, seria de todo contraditório, que em um processo criminal, destinado à apuração do ilícito penal, o próprio Estado se valesse de métodos violadores de direito, comprometendo-se, assim, a legitimidade de todo o processo penal⁹⁷.

Assim, a busca da verdade está limitada por ditames impostos em razão da obediência às regras imanentes a um estado de direito, uma vez que, segundo Marcos Alexandre Coelho Zilli, “o respeito almejado por um Estado é diretamente proporcional à legalidade dos meios por ele empregado para dicção do Direito”. Tal limitação também deverá ser respeitada na iniciativa instrutório do julgador que não poderá requerer provas que estejam em desacordo com o direito⁹⁸.

A doutrina costuma diferenciar provas ilícitas de provas ilegítimas, sendo que a primeira viola preceitos normativos materiais, que consiste em normas ou preceitos constitucionais e leis protetoras das liberdades públicas e dos direitos à

⁹⁷ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.857

⁹⁸ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., pp. 156-157

personalidade, sendo que para Renato Brasileiro elas são, na maioria das vezes, externas ao processo, ou seja, sua obtenção se dará fora do processo⁹⁹.

A prova ilícita é considerada pelo legislador constitucional como prova inadmissível, sendo vedada a sua integração ao processo, não podendo ser levada em consideração pelo julgador na formação de sua convicção.

Já as provas ilegítimas são aquelas cuja inserção no processo desrespeita regras processuais, razão pela qual são passíveis de nulidades, sendo que o momento de sua obtenção, para Renato Brasileiro, será durante o curso do processo, ou seja, ela é endoprocessual¹⁰⁰.

Para o Supremo Tribunal Federal:

É indubitável que a prova ilícita, entre nós, não se reveste da necessária idoneidade jurídica como meio de formação do convencimento do julgador, razão pela qual deve ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, no prol do ideal maior de um processo justo, condizente com o respeito devido a direitos fundamentais da pessoa humana, valor que se sobreleva, em muito, ao que é representado pelo interesse que tem a sociedade numa eficaz repressão aos delitos. É um pequeno preço que se paga por viver-se em Estado de Direito Democrático¹⁰¹.

Diante disso, resta claro que a iniciativa instrutória do julgador não poderá recair sobre as provas proibidas, quer sejam estas ilegítimas, quer sejam ilícitas, uma vez que o princípio do devido processo legal impõe a este sujeito processual o dever de observância do respeito aos direitos fundamentais.

Há de se destacar também, que atualmente, embasado através dos ditames do princípio da proporcionalidade, vem se admitindo a prova ilícita no processo penal, desde que seja para demonstrar, única e exclusivamente, a inocência do réu, pois a condenação de um inocente feriria a lógica do processo penal, bem como promoveria a impunidade do verdadeiro culpado¹⁰².

⁹⁹ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.869

¹⁰⁰ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.869

¹⁰¹ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.161, Ação Penal 307-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, autor: Ministério Público, réus: Fernando Affonso Collor de Mello, Paulo César Cavalcante Farias, [...]

¹⁰² COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.158

Em nosso ordenamento, a proibição de provas ilícitas está expressa em vários preceitos, tendo como exemplo o art. 5, incisos X, XI e LVI da CF/88, o art. 157, *caput*, do CPP, entre outros:

Art. 5º. [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

3.3.9 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

Outro princípio essencial ao processo penal e que também serve como limitador da iniciativa instrutória é o princípio do contraditório, que pode ser entendido como ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los¹⁰³.

Assim, o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes, e não somente a defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo, sendo composto de dois elementos: o direito a informação e o direito de participação de todos os atos processuais¹⁰⁴.

Efetividade, plenitude e indisponibilidade, também são características essenciais do contraditório, no qual não só tem que ser garantido, mas também

¹⁰³ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre, ob. cit. p.166

¹⁰⁴ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.18

estimulado pelo julgador, sem perder a sua imparcialidade, a fim de não haja um desequilíbrio entre os ofícios de acusação e da defesa¹⁰⁵.

Um processo sem a observância do contraditório revela uma visão monocrática do plano real e, conseqüentemente, distorcida, que afasta assim o processo dos objetivos fundamentais da atividade jurisdicional, afastando-se assim o a marcha processual do sistema acusatório, pois a inexistência de contraditório está ligada, como já visto, ao sistema inquisitorial.

Sendo assim, para que o princípio do contraditório se concretize é necessário que se garanta a paridade de armas entre acusação e defesa, pois só haverá a discussão dialética dos fatos da causa, se ambas as partes forem tratadas igualmente, ou seja, aos litigantes deve ser igualmente garantido o acesso aos meios processuais.

Outro princípio de suma importância é a ampla defesa, que se encontra diretamente ligada ao princípio do contraditório, uma vez que a ampla defesa só será possível na prática graças a um dos elementos do contraditório: o direito de informação, ou seja, “a ampla defesa garante o contraditório e por ele se manifesta”¹⁰⁶.

Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem, uma vez que, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa (ampla defesa), havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório). Assim, defesa e contraditório são manifestações simultâneas, intimamente ligadas pelo processo, sem que daí se possa concluir que uma derive da outra¹⁰⁷.

A iniciativa instrutória do julgador deve respeito integral ao contraditório e ampla defesa, devendo as partes serem cientificadas da realização de quaisquer atos instrutórios e deles poderão participar igualmente, em outras palavras, qualquer

¹⁰⁵ COELHO ZILLI, Marcos Alexandre. Ob. cit., p.166

¹⁰⁶ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.23

¹⁰⁷ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.23

ato derivado da iniciativa instrutória do julgador deverá se submeter à crítica dos litigantes, sob pena de o ato ser reduzido apenas a conhecimento privado do juiz e, por conseguinte, nulo.

Contraditório e ampla defesa são direitos constitucionais assegurados no art. 5º, inciso LV da CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, como os meios e recurso a ela inerentes”.

4 INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ CRIMINAL NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ART. 156 DO CPP.

Vimos que o sistema adotado pela Constituição brasileira foi o sistema acusatório, o qual não impede que o magistrado produza provas de ofício, na fase processual, através de seu poder instrutório, para alcançar uma maior elucidação dos fatos e também como forma de garantir a igualdade, material, das partes no processo.

Porém, para a doutrina, na fase preliminar de investigação, inquérito policial, não é permitido ao magistrado produzir provas de ofício, sob pena de evidente violação ao princípio do devido processo legal e à garantia de da imparcialidade do magistrado¹⁰⁸.

Prova pode ser entendida como elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório. Na fase preliminar, a prova será importante quando estivermos diante das chamadas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas que são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, no qual o contraditório será deferido, podendo ser produzidas na fase investigatória. Na fase investigativa teremos os chamados elementos de informação que são colhidos nessa fase, sem a obrigatoriedade do contraditório, tendo como objetivo a formação da *opinio delicti* do órgão de acusação, porém podem ser usados para subsidiar a decretação de medidas cautelares e podem, de maneira subsidiária, complementar as provas produzidas em juízo sob o crivo do contraditório, influenciando o livre convencimento do magistrado.

Nos sistemas que adotam uma investigação preliminar, em consonância com o sistema acusatório, a atuação do magistrado, quando chamado para atuar no inquérito policial, é e deve ser limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do

¹⁰⁸ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.48

respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. Em síntese, podemos dizer então que o papel desempenhado pelo juiz na investigação preliminar deverá ser de garantidor dos direitos do acusado no processo penal¹⁰⁹.

Para adequar-se aos ditames da Constituição Federal, nosso código processual penal, que é anterior a ela, além de ter diversos dispositivos não recepcionados pela Constituição, passou por diversas minis reformas ao longo dos anos para melhor se adequar aos preceitos constitucionais.

Um das dessas reformas foi instituída pela Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, modificando, entre outros, o artigo 156 do Código de Processo Penal.

A antiga redação do referido artigo era:

Art. 156: a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Após a reforma, o artigo 156 CPP passou a ter a seguinte redação:

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

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

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Nota-se, primeiramente, que de novo apenas se apresenta o inciso I do referido artigo, tendo em vista que o inciso II tem a mesma redação do *caput* do artigo anterior à reforma.

Mesmo nosso código sendo promulgado em pleno regime ditatorial, tendo inclusive traços de inquisitorialismo, a antiga redação privilegiava a figura do juiz instrutor. Sendo assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, no qual adotou o sistema acusatório, nada mais óbvio que as reformas realizadas no

¹⁰⁹ LOPES JR. Aury. Ob. cit., p.259-260

código de processo penal, pós 1988, tivessem como objetivo a manutenção do juiz instrutor e a eliminação dos traços de inquisitorialismo.

Nota-se, para parte da doutrina, que a figura do juiz instrutor não é contrária ao sistema acusatório, pois tanto o modelo *adversarial system*, no qual as partes se encarregam da marcha do processo e da produção probatória, como no modelo *inquisitorial system*, no qual a fase de produção de provas conta com participação ativa do juiz, são pertencentes ao modelo acusatório, pois ambos visam à imparcialidade do magistrado. Sendo que no primeiro modelo ela se manifestaria pelo afastamento completo do juiz em relação ao destino do processo e no segundo estaria representada pela necessidade de o juiz aplicar justiça ao caso concreto, sem se preocupar em proteger os interesses do acusador ou acusado¹¹⁰.

Tanto para a doutrina que defende o poder instrutório do juiz criminal, como para a doutrina que não admite o poder instrutório do magistrado, tal reforma foi na contramão dos preceitos constitucionais, pois o inciso I do referido artigo traz claramente a figura do juiz instrutor e investigador, ferindo a base do sistema acusatório, aproximando-se notadamente do sistema inquisitivo, ferindo diversos princípios e garantias elencados na Constituição, no qual podemos citar a imparcialidade do juiz, a presunção de inocência do réu, o princípio da publicidade, o contraditório, entre outros.

Sua imparcialidade será rompida, pois ao realizar diligências na fase investigatória, o magistrado ficará psicologicamente envolvido com a causa¹¹¹, uma vez que o juiz irá, provavelmente, fundamentar sua decisão final com os elementos que ele mesmo incorporou ao processo, sendo que ao mandar produzir uma prova, que nem sequer foi considerada pelo órgão acusador, ele já estará delimitando quais pontos ele acha importante para o desfecho da questão.

Assim, o princípio da presunção de inocência estará seriamente comprometido, pois ao buscar uma prova que nem mesmo a acusação solicitou, na fase de investigação, o magistrado já estará partindo da premissa que o réu é culpado, iniciando-se, assim, uma caçada por elementos probatórios para a

¹¹⁰ Andrade, Mauro Fonseca. Ob. cit., pp.228-230

¹¹¹ LIMA, Renato Brasileiro. Ob. cit., p.858

confirmação de tal premissa, invertendo o ônus da prova, no qual o réu passa, agora, a ter que provar a sua inocência.

Além disso, o contraditório também estará comprometido, uma vez que o réu terá que se defender não da acusação, mas sim das provas colidas pelo juiz, sendo que não há paridade de armas entre esses dois sujeitos processuais, uma vez que o juiz é quem detém o poder de decidir a causa, não importando, assim, o quanto o réu se esforce para refutar a prova obtida, o juiz ao realizar a produção da prova de ofício, já terá delimitado os pontos no qual julga importante para o desfecho do processo¹¹².

Tal dispositivo também fere o princípio da publicidade, uma vez que ao requerer a produção antecipada de provas na fase do inquérito, além do procedimento ser marcado pelo segredo, a relação processual ainda não se estabeleceu, deixando, assim, de entrar no conhecimento a defesa os atos por ele requisitados, ferindo, também, novamente o princípio do contraditório.

Outro motivo que sustenta a inconstitucionalidade do inciso I do art. 156 do CPP é o anteprojeto do Código de Processo Penal criado na forma do Requerimento nº 227, de 2008, aditado pelos Requerimentos nº (s) 751 e 794, de 2008, e pelos Atos do Presidente nº (s) 11, 17 e 18, de 2008, tendo como relator-geral Eugênio Pacelli de Oliveira e coordenador da comissão o Ministro Hailton Carvalhido.

Tanto na exposição de motivos como no art. 4º do anteprojeto proíbem a iniciativa instrutória do juiz na fase de investigação, como também elegem o sistema acusatório, como sistema reitor do novo código.

Valendo-se, assim, a transcrição tanto da exposição de motivos anteprojeto, como a do art. 4º:

Com efeito, a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito

¹¹² PRADO, Geraldo. Ob. cit, pp.137-138

do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado. A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional. [...]¹¹³

Art. 4º. 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.

Outro ponto importante para reforçar a tese de inconstitucionalidade, foi o fato de o Supremo Tribunal Federal ter declarado inconstitucional o art. 3º da Lei 9034/95, que autoriza o juiz colher elementos necessários ao esclarecimento da verdade real, ainda na fase persecutória.

Tendo tal artigo a seguinte redação:

Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. [\(Vide Adin nº 1.570-2\).](#)

§ 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§ 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.

§ 3º O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação.

§ 4º Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.

¹¹³ Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>

§ 5º Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

Conforme disposto no caput do art.3º, as normas impugnadas disciplinam a diligência a ser realizada pelo juiz nas hipóteses previstas no art. 2º, inciso III:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas.

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

Desse modo, sob o pretexto de resguardar o sigilo decorrente da preservação constitucional da intimidade, determinou o legislador que o acesso a dados fosse efetivado pessoalmente pelo juiz, a quem caberia, ainda, lavrar um auto circunstanciado, a ser conservado fora dos autos e em local seguro, sem a intervenção do cartório ou serventuários, restando clara a existência do exercício de uma atividade investigativa que é mais condizente com a função do órgão encarregado de formular a acusação.

Sendo que tal art. 3º da Lei 9034/95 foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) no Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado.

Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes.

Ação julgada procedente, em parte¹¹⁴.

O ministro relator da ADIn, Mauricio Corrêa, em seu voto, se pronunciou explanando da importância de assegurar o princípio do devido processo legal, visto que, quando não obedecido, afeta a imparcialidade do juiz, trazendo-o ao envolvimento psicológico da causa. Para o ministro, tal dispositivo afeta a apreciação subjetiva do magistrado no momento da sentença, além de equiparar o juiz às partes, o que inadmissível no sistema judiciário vigente no País.

¹¹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn n.105. Relator Mauricio Correa. Julgado em 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14807387/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-105-ro-stf>. Acesso: 28 de janeiro de 2014.

CONCLUSÃO

A presente monografia buscou analisar a constitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, cuja redação foi estabelecida pela lei 11.690/08.

Essa previsão legal permitiu ao juiz agir de ofício na fase de inquérito policial, no tocante a produção probatória. Para análise de tal constitucionalidade, fez-se necessário definir e analisar os principais sistemas existentes, sendo eles o: acusatório, inquisitório e misto, bem como definir qual o sistema adotado pelo Brasil pós Constituição de 88.

Vimos que o sistema acusatório se caracteriza pelo fato do poder de decisão da causa ser entregue a um órgão estatal, que por sua vez será distinto daquele que dispõe o poder exclusivo de iniciativa do processo, que se desenvolverá conforme os princípios do contraditório, com paridade de armas, oralidade e publicidade, sendo composto basicamente por três sujeitos diferentes, na qual um terá a função de acusar, o outro de jogar e o terceiro de defender.

Já o sistema inquisitivo pode ser entendido basicamente como a concentração das funções de acusar, defender e julgar em um só sujeito, podendo o juiz iniciar a persecução penal de ofício, procedimento esse que se desenvolverá de maneira secreta e desconstituído de contraditório, marcado quase sempre pela prisão provisória e disparidade de poder entre juiz-acusador e acusado, preocupado com o descobrimento da verdade real, via de regra, através da confissão do acusado, sendo utilizado a tortura para sua obtenção, garantindo ao juiz uma intensa liberdade em investigar e introduzir meios de provas no processo, abandonando-se a oralidade pela forma escrita.

Por último, podemos caracterizar o sistema misto como inquisitivo na primeira fase (de investigação) onde o procedimento era secreto, escrito e sem participação da defesa e acusatório na segunda fase (processual) cujo julgamento se dava perante o júri, com a presença de debates orais, com contraditório e elementos obtidos (provas) de maneira pública.

Analisamos também as posições dos doutrinadores acerca de qual sistema prevalece no ordenamento jurídico brasileiro, chegando à conclusão que a Constituição adotou o sistema acusatório, embora no Brasil não se constate um sistema acusatório puro, uma vez que existem no ordenamento nacional características do sistema inquisitório, sendo o principal o poder instrutório do juiz.

Fez-se necessário também, analisar posições dos doutrinadores acerca da possibilidade de haver poder instrutório do julgador no processo, sendo que a maioria deles defende a participação do juiz na produção probatória na fase processual, sob o argumento de que com a participação ativa do magistrado no processo, a fim de buscar da melhor forma possível a reconstrução histórica dos fatos, dá efetividade à igualdade material entre as partes, visto que o acusado, na maioria das vezes, é a parte hipossuficiente no processo criminal.

Analisou-se ainda a diferença entre juiz instrutor e juiz inquisidor, sendo o primeiro definido como poder de índole discricionária, na qual há uma liberdade relativizada e circunscrita a regras que, longe de engessarem o poder de acerto fático, estabelecem um certo campo, dentro do qual serão vislumbradas possibilidades e alternativas para a atuação do julgador tendentes a correta aplicação do direito penal material. Já o poder inquisidor pode ser definido como poder de buscar a prova fora do processo, ou seja, antes dele.

Vimos que para alcançar o status de Estado Democrático de Direito, o processo penal tem que ser regido por princípios e garantias fundamentais que estão amparadas na Constituição, falando-se, assim, de um processo penal constitucional. Constatou-se, assim, que o poder estatal não pode ser ilimitado, devendo ser impostos limites a atuação dos juizes. Por isso, fez-se necessário, analisar os princípios que limitam a iniciativa instrutória do juiz, sendo eles: o do devido processo penal, o do juiz natural, o da independência e imparcialidade do juiz, o da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, o da duração razoável do processo, o do dever de motivar, o da proibição de provas ilícitas e ilegítimas, o da publicidade e o do contraditório e a ampla defesa.

Analisamos também que a inserção do I do art. 156 do CPP pela lei 11.690, conferiu poderes ao juiz que extrapolaram a sua esfera de competência, realizando uma nítida usurpação de poderes, qual seja, colher provas ainda na fase investigativa, sendo esta função constitucionalmente atribuída à polícia judiciária e ao Ministério Público.

Assim, tal ampliação de poderes acabou por violar a Constituição Federal de 1988, ferindo os princípios norteadores do estado democrático de direito por ela protegidos, bem como o sistema acusatório por ela estabelecido.

Conclui-se que tal postura, além de ofende os princípios da imparcialidade do juiz, da presunção de inocência, do contraditório e da publicidade, ofende também o princípio da inercia, já que o juiz estará praticando atos antes mesmo de instaurado a ação penal, não havendo provocação jurisdicional prévia, bem como o do devido processo penal, além de inverter o ônus da prova para o réu, que passa a ter que provar a sua inocência.

Diante da violação de tais princípios, juntamente com a análise do anteprojeto do novo Código de Processo Penal e a postura do STF ao declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da lei 9034/95, conclui-se que deve ser declarada a inconstitucionalidade do inciso I do art. 156 do CPP.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores*. 3º ed. Curitiba: Editora Jeruá, 2013.
- BACCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Editora Martin Claret Ltda, 2009.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADIn n.105. Relator Mauricio Correa. Julgado em 12 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14807387/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-105-ro-stf>. Acesso: 28 de janeiro de 2014.
- CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho. *Porque o juiz não deve produzir provas*. Disponível em: http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/Por_que_o_juiz_nao_deve_produzir_provas.pdf. Acesso em: 20 de janeiro de 2014.
- FERREIRA MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. 4ºed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERREIRO, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2º ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S/A, 1986.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária. São Paulo: n. 18, v. 1, jan. a jul./2005.
- GRINOVER, Ada Pellegini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Pc Editorial LTDA, 27º ed., 2011
- IMPÉRIO, Fábio Augusto. *A questão a verdade em Martin Heidegger*. Disponível em: http://www.mundofilosofico.com.br/index.php?option=com_content&view=article&

[id=286:a-questao-a-verdade-em-martin-heidegger&catid=3:filosofia&Itemid=2.](#)

Acesso em 20 de janeiro de 2014

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal volume I*. Niterói, RJ: Impetus Ltda.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3º ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

LOPES JR, Aury; JACOBSEN GLOECKNER, Ricardo. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 5º ed. São Paulo: RT, 2008.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAMOS, Fábio Pestana. *A concepção filosófica da verdade*. Disponível em: <http://fabiopestanaramos.blogspot.com.br/2011/09/concepcao-filosofica-da-verdade.html>. Acesso em 28 de janeiro de 2014

SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. *A inconstitucionalidade do inciso I do art. 156 do CPP, introduzido pela Lei 11.690*. Disponível em: <http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/a-inconstitucionalidade-do-inciso-i-do-novo-art-156-do-cpp-introduzido-pela-lei-11-69008>. Acesso em: 20 de janeiro de 2014.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutório do juiz no processo penal*. São Paulo: RT.