



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAMILA BAQUERIZO SILVA

**A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ À LUZ DO
SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

Salvador
2016

CAMILA BAQUERIZO SILVA

**A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ À LUZ DO
SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
à Faculdade Baiana de Direito como requisito
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Salvador
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

CAMILA BAQUERIZO SILVA

A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ À LUZ DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Nome: _____

Titulação e Instituição: _____

Salvador, ____/____/2016

“Sábio é aquele que conhece os
limites da própria ignorância.”

(Sócrates)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha família por toda a paciência e apoio que dedicaram a mim por toda a minha trajetória, por todo amor incondicional. Agradeço ao professor Roberto Gomes pela por toda ajuda que me deu. Agradeço aos meus amigos que me apoiaram e me incentivaram principalmente nesses últimos meses. Muito obrigada aos funcionários da biblioteca da Faculdade Baiana de Direito, por toda a ajuda, paciência e sinceros votos de sucesso.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho monográfico é a análise da iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro frente ao sistema processual adotado: o acusatório e, de quais formas a atividade probatória do magistrado se compatibiliza, ou não, com esse modelo. No primeiro capítulo será analisada a evolução histórica dos sistemas processuais penais clássicos, conceituando-os e apontando as suas principais características e, de que modo se desenvolve a atividade instrutória do juiz em cada sistema. Logo em seguida será identificado o núcleo fundante, ou seja, a essências do sistema, que consiste em seu elemento diferenciador de outro sistema. No segundo capítulo será estudado o instituto da prova. Posteriormente será examinada a atividade instrutória do juiz em cada sistema processual penal e os inconvenientes que decorrem de sua iniciativa instrutória. Apontar-se-á também, qual a verdade que deve ser buscada no processo, e em seguida será abordado, como o papel ativo do julgador na produção probatória violam as garantias e os princípios constitucionais penais, sobretudo o da imparcialidade do juiz e o princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*. Por fim, tratar-se-á da opção constitucional pelo sistema acusatório e, a evidente matriz inquisitória do Código de Processo Penal de 1941. Será analisada a reforma legislativa de 2008 pela Lei 11.690 e a nova redação do artigo 156 que ampliou ainda mais os poderes instrutórios do juiz, autorizando tal ativismo também na fase pré-processual. Averiguar-se-á a incompatibilidade da iniciativa instrutória do juiz frente ao sistema acusatório, assim como o papel que o juiz deve desempenhar no processo penal de um Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: Sistema acusatório; Sistema inquisitivo; Imparcialidade; Gestão probatória; Iniciativa instrutória; art.156.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ONU	Organização das Nações Unidas
Rel	Relator
Des	Desembargador
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
Art.	Artigo
CPP	Código de Processo Penal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	12
2.1 ESCORÇO HISTÓRICO.....	15
2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO.....	22
2.3 SISTEMA INQUISITIVO.....	26
2.4 SISTEMA MISTO.....	29
2.5 <i>ADVERSARIAL SYSTEM E INQUISITORIAL SYSTEM</i>	32
2.6 IDENTIFICAÇÃO DO NÚCLEO FUNDANTE.....	34
3 A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ E A GESTÃO PROBATÓRIA.....	38
3.1 A CONCEPÇÃO DA PROVA	38
3.2 A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E, O PROBLEMA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.....	41
3.3 A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL	45
3.4 A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ, OS PRINCÍPIOS E AS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS CONSTITUCIONAIS RELACIONADAS.....	53
3.4.1 Princípio da imparcialidade do juiz.....	54
3.4.2 Princípio da presunção de inocência e o <i>in dubio pro reo</i>	62
4 O PODER PROBATÓRIO DO MAGISTRADO E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	67
4.1 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	67
4.1.1 O sistema processual penal brasileiro e o Código de Processo Penal de 1941.....	67
4.1.2 A eleição constitucional do sistema acusatório.....	70
4.2 AS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 2008 E O ARTIGO 156 DO CPP.....	74
4.3 A (IN)COMPATIBILIDADE DA INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ E O SISTEMA ACUSATÓRIO.....	80

5. CONCLUSÃO.....84

REFERÊNCIAS.....87

1. INTRODUÇÃO

A constituição Federal de 1988 consagrou a adoção do sistema processual penal acusatório, instituindo assim um amplo rol de garantias individuais e objetivando a proteção do acusado perante eventuais arbitrariedades de órgãos estatais.

Em posição oposta, se encaminhou a Lei infraconstitucional de 1941. Devido ao momento histórico de sua edição, quando se encontrava em meio a um governo ditatorial e, inspirado na legislação fascista Italiana, possui características íntimas do sistema processual inquisitivo. Incorporando, assim, dispositivos inquisitoriais na legislação processual penal. Como por exemplo, a ampla liberdade instrutória conferida ao juiz, evidenciada, sobretudo, no artigo 156 do CPP.

Com a reforma legislativa ocorrida em 2008, pela Lei n 11.690, os poderes instrutórios do juiz tornam-se ainda mais amplos, pois além de permitir atividade probatória de ofício no curso do processo, se estende também para a fase investigativa, ou seja, antes mesmo de iniciada a ação penal.

A partir do exposto, muito se discute a respeito da validade desse dispositivo, a doutrina diverge se tal ativismo judicial não estaria descaracterizando o sistema eleito constitucionalmente.

O objetivo do presente trabalho monográfico é a análise da iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro frente ao sistema processual adotado: o acusatório; e de quais formas a atividade probatória do magistrado se compatibiliza, ou não, com esse modelo.

Será estudada então, a nova redação do artigo 156 e a sua (in)compatibilidade com os princípios constitucionais e as garantias individuais asseguradas na Constituição, assim como de que modo o papel ativo do juiz na produção de provas pode afetar a sua imparcialidade.

Portanto, para se alcançar o objetivo deste trabalho, será imprescindível, em um primeiro momento, a análise de como se deu a evolução histórica dos sistemas processuais penais clássicos (acusatório, inquisitivo e misto), conceituando-os e apontando as suas principais características, além do modo pelo qual se

desenvolveu a atividade instrutória do juiz em cada sistema. Também é abordada a dicotomia do *adversarial system* e *inquisitorial system* típico do sistema anglo-saxão. Logo em seguida, será identificado o núcleo fundante, ou seja, a essência do sistema que consiste em seu elemento diferenciador de outro sistema.

Em sequência, será estudado o instituto da prova, a concepção da prova no processo penal, além de seu conceito e finalidade. Posteriormente, será examinada a atividade instrutória do juiz em cada sistema processual penal e os inconvenientes que decorrem de sua iniciativa instrutória. Apontar-se-á também, qual a verdade que deve ser buscada no processo, desmitificando assim, o princípio da verdade real. Em seguida, será abordado como o papel ativo do julgador na produção probatória viola as garantias e os princípios constitucionais penais, sobretudo o da imparcialidade do juiz, o princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

Por fim, tratar-se-á da opção constitucional pelo sistema acusatório e a evidente matriz inquisitória do Código de Processo Penal de 1941. Será analisada a reforma legislativa de 2008 pela Lei 11.690 e a nova redação do artigo 156 que ampliou ainda mais os poderes instrutórios do juiz, autorizando tal ativismo também na fase pré-processual. Averiguar-se-á a incompatibilidade da iniciativa instrutória do juiz frente ao sistema acusatório, assim como o papel que o juiz deve desempenhar no processo penal de um Estado Democrático de Direito.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O estudo a respeito dos três tipos dos sistemas processuais penais e seu desenvolvimento histórico se apresenta imprescindível para que seja possível analisar os limites do poder instrutório do juiz, visto que sua atuação será determinada de acordo com o sistema processual penal vigente.

Para iniciar o tema e aprofundar a análise dos sistemas processuais penais, primeiramente se faz importante uma definição do significado da palavra sistema na ciência do Direito, com o propósito de que a partir da definição do gênero - sistema jurídico - se possa alcançar a definição de sistema processual penal que consiste em uma de suas espécies¹.

A palavra sistema, do grego *systema*, se origina de *synístemi* e ambos significam “estar junto de”; já do latim, se origina de *systematis*, que significa reunião, junção². Segundo o dicionário de ciências sociais³, sistema pode ser definido como: “conjunto de coisas que, ordenadamente entrelaçadas, contribuem para determinado fim; trata-se, portanto, de um todo coerente cujos diferentes elementos são interdependentes e constituem uma unidade completa.”

Destarte, os sistemas processuais penais podem ser conceituados como campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam e se relacionam em torno de uma premissa, assumindo formas e características próprias.⁴

Diante deste conceito, pode-se concluir que os sistemas processuais penais são formados por um conjunto de elementos, quais sejam conceitos, princípios, normas, regras e etc.

No entanto, segundo os ensinamentos de Marcos Fonseca Andrade⁵, esses elementos não possuem o mesmo grau de importância em um determinado sistema

¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 28

² *idem*

³ Dicionário de ciências sociais da Fundação Getúlio Vargas. Benedicto Silva (coord.), 1986, p. 1127

⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca, *op. cit.*, p. 31

jurídico, constatando-se então que os sistemas processuais penais são formados por duas categorias de elementos. O autor as denomina como: elementos fixos e elementos variáveis.

Os elementos fixos são os de presença obrigatória, e são os responsáveis pela criação e diferenciação entre os demais sistemas, sendo considerado como a base axiológica de um determinado sistema jurídico. Já os elementos variáveis se destinam a possibilitar a mobilidade e funcionamento do sistema. Por conta destas características, tais elementos podem ora estar presente em vários sistemas, ora estar ausentes em absolutamente todos os sistemas jurídicos, sem que isso afete a sua identidade ou a sua existência⁶.

Um determinado sistema processual penal pode se afigurar de maneiras distintas de acordo com o local ou com o momento histórico ao qual ele se apresenta. Porém, algumas características estarão sempre presentes, sendo elas os elementos fixos – seus princípios reitores - que distinguirão cada sistema.

Ademais, os sistemas clássicos, tais como conhecemos - inquisitório e acusatório - são abstrações ou modelos ideais, de modo que atualmente não se encontram mais sistemas inquisitórios ou acusatórios “puros”. Desse forma nenhum processo penal é estruturado de forma integralmente acusatória ou inquisitória. A partir da análise dos diversos ordenamentos jurídicos constata-se “a possibilidade de várias combinações de características dos sistemas acusatório ou inquisitório: ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitórias.”⁷

É nesse sentido que, a partir do reconhecimento de que não há mais sistemas puros, é de suma importância identificar o princípio informador de cada sistema, para que haja possibilidade de determiná-los como inquisitórios ou acusatórios. Assim, classificá-los a partir de seus núcleos é de extrema relevância.⁸

Para Paulo Rangel⁹, os sistemas processuais penais consistem no agrupamento de princípios e regras constitucionais que estabelecem as coordenadas a serem

⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 31-32

⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 101-102.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.106

⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013, p.46

seguidas à aplicação do direito penal no caso concreto, de acordo com o momento político de cada Estado.

Aury Lopes Junior¹⁰ complementa que “os sistemas processuais inquisitivos e acusatórios são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época”

Deste modo, averigua-se que o sistema processual penal adotado, é fruto do regime político do Estado que o instituiu em determinado período histórico. Sendo assim, pode-se concluir que naqueles modelos de estado democrático prevalece o sistema acusatório, ao passo em que nos regimes políticos autoritários se faz presente o sistema inquisitivo.

Seguindo a mesmalinha de raciocínio, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró¹¹ afirma que “a escolha do sistema processual penal decorre do próprio modelo de estado que o instituiu e das relações deste Estado com os seus cidadãos.” Sendo assim uma questão muito mais de ordem política do que técnico-processual. O referido autor prossegue este pensamento aduzindo que o processo penal acusatório é a manifestação de um Estado liberal-democrático, à medida que o processo de tipo inquisitório é vinculado a regimes autoritários.

Para o estudo do direito processual penal é essencial a compreensão dos sistemas processuais penais pois são responsáveis por traduzir a ideologia política na estrutura da ordem jurídica. Nesse diapasão, o sistema inquisitório se compatibiliza com o “Estado autoritário, de direito penal Maximo, enquanto o sistema acusatório (de garantias) preconiza o Direito Penal mínimo e direitos fundamentais maximizados”¹²

Essas considerações são importantes para que se possa compreender que da mesma maneira que o sistema processual adotado é fruto do regime político do estado que o institui, esse sistema processual penal estabelecido irá refletir na forma pela qual o julgador irá atuar no processo, assim como irá determinar os limites de sua atuação.

¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.150

¹¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 107

¹² THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.175

Aline Frare Armorst traz, a partir dessa premissa, a distinta forma de atuação do juiz de acordo com a ordem política estatal e o sistema processual penal vigente:

Em ordens estatais democráticas, é natural que vigore um procedimento penal em que o acusado seja tratado como sujeito de direitos, tendo asseguradas as garantias da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa e da imparcialidade do julgador. Por outro lado, os modelos processuais vigentes em estruturas políticas totalitárias caracterizam-se pela concentração de poderes nas mãos de um único órgão, de modo que incumbe ao juiz-inquisidor as tarefas de perseguir, acusar e decidir, restando ao réu a condição de mero objeto de investigação.¹³

Os sistemas processuais penais representam manifestações históricas de como o processo penal de um determinado período da humanidade foi regulamentado¹⁴. Desse modo, é fundamental um estudo de como se deu o desenvolvimento desses sistemas ao longo da história.

Destacam-se três sistemas processuais penais clássicos - inquisitivo, acusatório e misto – e para que se possa ter uma melhor percepção a respeito de cada um desses sistemas e das características que os estruturam e os diferenciam, se faz necessário uma breve análise da evolução histórica.

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO

Percebe-se ao longo da história do processo penal uma alternância do modelo acusatório e do sistema inquisitivo, com ênfase para o momento em que se buscou unir ambos os sistemas, criando desta forma um sistema misto.¹⁵

Aury Lopes Junior sintetiza brevemente a ordem cronológica da presença dos sistemas processuais penais acusatório, inquisitivo e posteriormente do sistema misto ao longo da história:

Cronologicamente em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitivo que prevaleceu com plenitude até o século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos.¹⁶

¹³ ARMBORST, Aline Frare. **A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório**, p.3

¹⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**, p. 31

¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.101

¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.106

O Egíptostaca-se como uma das primeiras sociedades mais bem organizadas politicamente, na qualos sacerdotes exerciam o poder judiciário. Os crimes mais graves eram julgados no tribunal supremo por juizes advindos das cidades de Mênfis, Tesbas e Heliópolis, enquanto que nas províncias havia um juiz (uma espécie de prefeito) o qual era responsável pelo processo e julgamento dos crimes mais leves¹⁷. Deste modo,é possível considerar o modelo egípcio como o embrião do procedimento inquisitório, visto que “a iniciativa oficial para a persecução penal correspondia a uma forma de governo absoluta, de domínio e inspiração sacerdotal”¹⁸.

Na Grécia Antiga, com ênfase na justiça ateniense, se fazia uma perfeita separação entre o processo civil e o penal. Os delitos eram divididos em públicos – “os que atentavam contra a comunidade” - e privados – “os que atentavam contra as pessoas individualmente.”¹⁹ Nos crimes privados, apenas o ofendido tinha legitimidade para iniciar o processo e poderia ser extinto por transação entre as partes.²⁰ Nos crimes públicos, que eram considerados os de maior gravidade, por afetar interesses públicos como a tranqüilidade, ordem e paz pública, o ofendido ou qualquer cidadão tinha legitimidade acusatória²¹.

Assim, cabia às partes a produção das provas, de modo que “a acusação deveria ser provada nos debates do julgamento, e o acusado deveria apresentar as provas de sua inocência”. Não havia interferência alguma do julgador,²² durante toda a instrução o tribunal permanecia inerte, para que somente ao final proferisse a sua sentença.²³ Percebe-se assim no direito grego, nítidos traços do que hoje chamamos de sistema acusatório (que será visto mais adiante).

¹⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.71

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Apud PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p71

¹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.55

²⁰ GOMES, Roberto de Almeida Borges, **O Princípio da Verdade Real e sua conformação com a Constituição Federal de 1988**. In: SCHMITT, Ricardo (Org.). Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: JusPodivm, 2007.

²¹ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal Pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: RT, 2007, v.7, p.28

²² GOMES, Roberto de Almeida Borges, *op. cit., loc. cit.*

²³ CALABRICH, Bruno, *op. cit., loc. cit.*

Quanto ao direito romano, por decorrência de ter passado por três regimes políticos distintos – monárquico, republicano e imperial -é marcado por alternâncias entre os sistemas inquisitivo e acusatório. No período monárquico,o magistrado era uma representação do Rei e possuía amplos poderes instrutórios, não havia nenhuma limitação ao poder de julgar e ao final, impunha a pena. Era o processo denominado *cognitio*, que era baseado na *inquisitio*²⁴

No período da Republica Romana, o Rei foi substituído pelos Cônsules na tarefa de julgar.No entanto, ainda se valiam de poderes ilimitados para o julgamento.²⁵ Como forma de moderar o arbítrio do juiz, surgiu a *provocatio ad populum*concedida pela *Lex Valeria*,que era uma espécie de apelação do acusado contra a sentença do juiz²⁶. Assim o cidadão tinha o direito de recorrer da decisão em comício, tendo um novo julgamento pela Assembléia, formada pelo próprio povo.²⁷

Apenas no último século da Republica, Roma passou a adotar o sistema *accusatio*, onde qualquer cidadão possuía o direito de acusar, com exceção da figura dos juízes, das mulheres e daqueles que por seus passados não oferecessem garantia de honrabilidade. O processo se iniciava com a *postulation*, regida pelo acusador ao *quaesitor*, que era quem decidia se o a fato alegado configurava crime e se não havia qualquer obstáculo para que fosse admitida a demanda. Uma vez aceita a *postulation*, era inscrita no registro do Tribunal e a partir de então não podia mais o acusador desistir, nascia assim para ele o direito de produzir as provas necessárias para defender em juízo a sua acusação.²⁸

Cabia ao órgão julgador-*quaesitiones* - apenas o conhecimento e julgamento da ação.Desta forma, não desenvolvia nenhuma atividade instrutória²⁹.Nota-se que foi somente nesse período, com a adoção da *accusatio*, que há a separação de investigar e acusar³⁰. No entanto, com o tempo este sistema foi se enfraquecendo, visto o crescimento da impunidade - que se devia ao fato da necessidade de que o

²⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35ªed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v1, p 102

²⁵ GOMES, Roberto de Almeida Borges, **O Princípio da Verdade Real e sua conformação com a Constituição Federal de 1988**.In: SCHMITT, Ricardo (Org.). Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: JusPodivm, 2007.

²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa,*op. cit., loc. cit.*

²⁷ GOMES, Roberto de Almeida Borges, *op. cit.*

²⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa,*op. cit., p.103.*

²⁹ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal Pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: RT, 2007, v.7,p.29

³⁰ GOMES, Roberto de Almeida Borges, *op. cit.*

órgão julgador fosse provocado por um particular, o qual se tornava responsável por reunir todas as provas necessárias³¹ – e da utilização do processo para vinganças pessoais³².

No Império, a *accusatio* foi paulatinamente cedendo lugar ao procedimento *da cognitio extra ordinem*. Os magistrados foram ampliando as suas funções a ponto de acumular não só as atribuições de julgar a causa, como também as de investigar. Fernando da Costa Tourinho³³ leciona que em determinada época chegou ao extremo de um único órgão do Estado (Magistrados) reunir as funções que hoje são de competência do Ministério Público e do juiz, “o acusador e o julgador estavam consorciados numa só pessoa”. Com o procedimento da *cognitio extra ordinem*, se passava a utilizar a tortura como meio de obter confissões, não apenas do acusado como das testemunhas para que falassem a verdade no processo.

Ademais, Roberto de Almeida Borges³⁴ afirma que foi uma época que prevaleceu a instrução secreta e não contraditória, sendo assim um processo repressivo e inquisitório.

Com as invasões bárbaras o direito germânico sofreu grandes influências do direito romano, “o que levou à adoção de diversos preceitos do arcabouço normativo de Roma, dentre os quais o processo inquisitivo³⁵”. Nessa linha de raciocínio, Roberto de Almeida Borges³⁶ complementa que o direito germânico passou a adotar um sistema misto, onde vigia simultaneamente o sistema acusatório e inquisitório.

O Direito Germânico era marcadamente consuetudinário e consistia em um modelo acusatório, onde se fazia necessário que o lesado fizesse a acusação, para que então o réu fosse citado a comparecer ante a Assembléia presidida pelo Rei ou Príncipe. Cumpre destacar que o ônus da prova não era do autor, e sim do réu, que

³¹ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal Pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: RT, 2007, v.7,p.29

³² GOMES, Roberto de Almeida Borges, **O Princípio da Verdade Real e sua conformação com a Constituição Federal de 1988**. In: SCHMITT, Ricardo (Org.). Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: JusPodivm, 2007.

³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35ªed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v1, p.104-105

³⁴ GOMES, Roberto de Almeida Borges, *op. cit.*

³⁵ CALABRICH, Bruno, *op.cit., loc. cit.*

³⁶ GOMES, Roberto de Almeida Borges, *op. cit.*

deveria juntar provas para fundamentar a sua inocência. As principais provas na época eram os Juízos de Deus, ou ordálio, e os juramentos³⁷.

Quanto ao direito Canônico, a jurisdição eclesiástica se revela primeiro como instrumento para proteger os interesses da Igreja e julgamento de seus membros. Até o século XII consistia em um processo acusatório, deste modo, só havia juízo mediante uma acusação e esta deveria ser por escrito³⁸. A partir do século XIII o sistema acusatório vai sendo progressiva e integralmente substituído em toda a Europa continental por um sistema inquisitório, onde as funções de acusar, defender e julgar se concentram na figura do juiz inquisidor e do Tribunal da Inquisição (Santo Ofício).

Os crimes eram tidos como pecados, sendo considerado pela Igreja um interesse público e não mais um interesse privado. Mediante esse argumento, se justificava assim a necessidade da “busca da verdade” por quaisquer meios possíveis³⁹. Dessa maneira, fora abolida a acusação assim como a publicidade do processo, o juiz atuava *ex officio* e em sigilo, volta-se a prática das torturas a fim de obter a confissão do imputado. Ao acusado não era dada nenhuma garantia e não era permitida a defesa, sob o argumento de que esta poderia configurar um obstáculo na descoberta da verdade. Até mesmo uma denúncia anônima era suficiente para que se iniciasse um processo.⁴⁰ O processo penal canônico pode ser caracterizado como inquisitório, secreto, não contraditório e baseado em provas obtidas por meios cruéis.⁴¹

O sistema inquisitivo desenvolvido pelos canonistas foi aos poucos dominando as legislações laicas da Europa continental, se convertendo em um verdadeiro instrumento de dominação política. Assim, é possível observar alguns exemplos da influência do direito canônico nas legislações laicas, tal como na Itália, onde se adotava processo *per denuntiationem et per inquisitionem*. Até nos dias atuais, em cidades como Roma e Veneza, se encontram grandes esculturas com o formato de

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *op. cit.*, p.106

³⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v1, p.107

³⁹ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal Pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: RT, 2007, v.7, p.31

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op.cit.*, p.106

⁴¹ GOMES, Roberto de Almeida Borges, **O Princípio da Verdade Real e sua conformação com a Constituição Federal de 1988**. In: SCHMITT, Ricardo (Org.). Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: JusPodivm, 2007.

rosto de leão e com a boca aberta que representa “as bocas da verdade” (*Boccas della Verità*), incumbidas de receber as denúncias secretas.

Na Alemanha, a lei mais importante que consagrava o sistema inquisitivo era a Lei imperial de 1503, que “foi levada aos maiores extremos no Tribunal da Santa Punição”. Já na França onde também vigorava o sistema inquisitivo, era proibida a defesa, o processo ocorria em segredo e iniciava-se de ofício; o acusador e julgador se configuravam na mesma pessoa e torturava-se o acusado para conseguir-lhe a confissão.

No século XVIII, sob inspiração do iluminismo, iniciou-se um movimento de combate ao sistema inquisitivo, defendido por estudiosos como Rousseau, Montesquieu, Bentham e Beccaria. Este movimento repudiava as torturas, elogiava a Instituição do Ministério Público, pois fazia desaparecer os delatores; apregoava “que o direito de punir nada mais era senão o direito de defesa da sociedade e que por isso mesmo, devia ser feito dentro dos limites da justiça e da utilidade”. Desse modo, em Nápoles, se encerram as torturas, e se começa a exigir a sentença motivada, por volta do ano de 1774; em Toscana, aboliam-se as torturas e as denúncias secretas; na França, em 1788 houve proibição das torturas, se exigia a sentença motivada do magistrado e, era concedido ao acusado que fosse absolvido numa reparação moral consistente com a publicação da sentença. Finalmente, aquelas idéias revolucionárias do Iluminismo foram acatada, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789⁴².

Na França, após a Revolução Francesa, entra em vigor em 1808 o Código de Napoleão o qual previa um sistema misto: a fase investigativa preliminar tinha natureza inquisitiva, sendo escrita e secreta, não havia contraditório e era conduzido por um magistrado; já num segundo momento, no julgamento pelo júri, assumia características do sistema acusatório sendo oral, público e contraditório. A acusação passou a ser feita pelo Ministério Público e foi proibida a violência na condução do processo. Graças ao liberalismo da Revolução Francesa, se consagra a separação

⁴² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35ªed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v1, p.107-108

das funções investigativa, acusatória e de julgamento, assim como a estimulação da profissionalização de juízes⁴³.

O sistema misto teve reflexos bem expressivos em quase toda a Europa, no entanto, na segunda metade do século XIX, surge um novo movimento com o intuito de suprimir o sistema inquisitivo da fase instrutória. Assim, foram surgindo alguns diplomas processuais que, muito embora não extinguisse de uma vez o caráter inquisitivo da fase instrutória, possibilitava de certa forma a intervenção da defesa. Desse modo temos os exemplos do Código austríaco de 1873 que permitia ao acusado fazer acompanhar do seu Defensor, com algumas exceções; tem-se, de igual modo, o Código alemão de 1877 onde em qualquer fase do processo, o acusado podia fazer acompanhar de um Defensor; em 1877 também, surge o Código norueguês que estabeleceu como regra geral o princípio da publicidade dos atos instrutórios e permitia que as partes do processo elaborassem observações e perguntas que julgassem necessárias. Nesse sentido, outros Códigos foram surgindo como o da Espanha de 1882 e o Código da Hungria de 1896⁴⁴.

Na França foi promulgada a Lei Constans de 1897, abolindo o caráter inquisitivo da instrução, que deixou de ser secreta e se converteu em contraditória. Todavia, a partir de 1930 ocorreram novas modificações, de forma que o liberalismo exerceu influência manifesta na França e de 1935 em diante “operou-se a volta do sistema, restaurando-se o caráter inquisitivo da instrução criminal”. Ainda hoje, em pleno século XXI, o sistema misto é o adotado na França⁴⁵.

Com a evolução do Estado liberal para o Estado social e o reconhecimento da necessidade de proteção dos direitos fundamentais, principalmente depois da segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), “fizeram com que grande parte dos países democráticos promovessem mudanças constitucionais e

⁴³ GOMES, Roberto de Almeida Borges, **O Princípio da Verdade Real e sua conformação com a Constituição Federal de 1988**. In: SCHMITT, Ricardo (Org.). Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: JusPodivm, 2007.

⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v1, p.12-13

⁴⁵ *ibidem*, p.13

legais, de modo a substituir o modelo misto eventualmente adotado por um modelo ou sistema plenamente acusatório”⁴⁶.

Diante da análise histórica de como os sistemas processuais penais se desenvolveram ao longo do tempo, averigua-se a existência de três sistemas: acusatório, inquisitivo e misto. Cabe agora examinar especificamente cada um dos sistemas referidos acima, visando definir as suas características, posteriormente, determinar os limites do poder instrutório do juiz em cada modelo estudado.

2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório é caracterizado por ser um processo de partes, onde acusador e acusado se contrapõem em posição de igualdade, sobrepondo-se a ambos um juiz, órgão imparcial. Há uma nítida separação de funções entre os sujeitos processuais,⁴⁷ de forma que o processo penal é o *actum trium personarum*, existindo assim, uma verdadeira relação processual.⁴⁸

Luigi Ferrajoli define o sistema acusatório como:

Todo sistema processual que tem o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate pátrio, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção.⁴⁹

No que tange as características do sistema acusatório na atualidade, se apontam como sendo as principais: a) a distinção das funções de acusar e julgar; b) iniciativa probatória incumbida às partes; c) juiz imparcial; d) igualdade entre as partes; e) procedimento predominantemente oral; f) publicidade; g) contraditório e ampla defesa; h) livre convencimento motivado; i) coisa julgada; j) duplo grau de jurisdição.

⁴⁶CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal Pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: RT, 2007, v.7, p.34

⁴⁷BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.102

⁴⁸MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookselle, 1998. v. I, P.70

⁴⁹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p.520

Contudo, vale ressaltar que algumas dessas características, desde que não se trate dos elementos essenciais, podem variar de acordo com o momento histórico. Assim, podem ora não estar presentes, sem acarretar uma desclassificação do sistema.

Mauro Fonseca Andrade⁵⁰ leciona que a definição de um sistema irá depender da presença de elementos fixos. Desse modo, o sistema acusatório é composto por dois elementos fixos: o primeiro de ordem principiológica que corresponde ao princípio do acusatório; e o segundo, de ordem procedimental formal, que corresponde à forma de se iniciar o processo. Para configurar o sistema acusatório, é necessário que a figura do acusador seja distinta da figura do julgador em todo um modelo de processo e que apenas o oferecimento da acusação seja o que possibilita o início de seu processo. A ausência de um desses elementos implicará em uma mudança na categoria do sistema. Em outras palavras, para que o sistema acusatório seja classificado como tal, é necessário que esses dois elementos fixos – princípio do acusatório e início do processo - estejam sempre presentes.

Os demais elementos que poderão ser encontrados nesse sistema são considerados elementos variáveis, podendo estar presentes ou não, de acordo com a ideologia do momento histórico que esse mesmo sistema esteja sendo constituído. Assim, elementos como o princípio do contraditório, da publicidade, da oralidade, da igualdade de armas, dentre outros, podem ser integrantes, porém não imprescindíveis ao se configurar um sistema acusatório⁵¹.

Seguindo esse raciocínio, Luigi Ferrajoli, afirma que o mais importante dos elementos constitutivos do modelo acusatório, por ser “estrutural e logicamente pressuposto de todos os outros, indubitavelmente é a separação entre juiz e acusação.”⁵²

Devido a tal repartição de funções, o processo penal configura-se como uma relação triangular, sendo composta então por três sujeitos, onde dois deles são partes em

⁵⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.254

⁵¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.257

⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p.522

causa (autor e réu), e o terceiro sujeito corresponde ao juiz, o qual compete o poder/dever de julgar imparcialmente a questão⁵³.

Gilberto Thums⁵⁴ explica de forma precisa essa relação processual, afirmando que no sistema acusatório quem tem o ônus de provar a imputação que faz ao réu é o órgão que produz a acusação. Não cabe ao juiz a busca de provas para prover à acusação, pois este procedimento acaba por desnaturar o sistema. Incumbe ao réu provar suas alegações, portanto lhe é assegurado o direito à defesa. “O juiz deve manter-se equidistante das partes para conservar sua imparcialidade. A busca de provas de ofício retira a imparcialidade do julgador e o aproxima da figura de inquisidor.”

Sendo o sistema acusatório um verdadeiro *actum trium personarum* (ato de três personagens⁵⁵), serão analisadas as posições de cada um no juízo penal: juiz, acusador e acusado.

A posição equilibrada que o juiz deve manter durante todo o processo, é fruto dos princípios do juiz natural e da imparcialidade do juiz. Dessa forma, Geraldo Prado afirma que a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, pois a sua tarefa mais importante, a de decidir a causa, “é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante”. Isto justifica a negação da possibilidade de o juiz também acusar⁵⁶. Nesse contexto, Luigi Ferrajoli⁵⁷ afirma que o juiz deve ocupar o papel de espectador passivo e desinteressado em virtude da proibição *ne procedat iudex ex officio*. Segundo Gilberto Thums,⁵⁸ para que se possa falar na imparcialidade do juiz, este não poder ter nenhum interesse na causa, quer particular, quer público ou institucional. Complementa ainda, que “a realização de atos de instrução, por determinação de ofício coloca o juiz em situação crítica acerca da imparcialidade, tanto para condenar quanto para absolver”.

⁵³ ARMBORST, Aline Frare. **A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório**, p.5

⁵⁴ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, P.240

⁵⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013, p.49

⁵⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.108-109

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p.520

⁵⁸ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, P.260

Nesse sentido, Aury Lopes salienta que:

O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranqüilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal. Também conduz a uma maior tranqüilidade social, pois se evitam eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de sua labor investigadora e que, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação.⁵⁹

Como narrado acima, no sistema penal acusatório a função de acusar e de julgar competem a órgãos distintos. Desse modo, a titularidade da pretensão punitiva, quando se tratar de ação penal pública, pertence ao Estadorepresentado pelo Ministério Público. Todavia, quando o caso for de ação penal privada, a titularidade pertencerá ao particular.⁶⁰ A acusação encontra-se como monopólio estatal, porém realizada por um terceiro distinto do juiz, que corresponde ao Ministério Público. Dessa forma, a atividade estatal é dividida em duas partes, órgão acusador e órgão julgador, por isso, Aury Lopes afirma que o Ministério Público é “uma parte fabricada, que nasce da necessidade do sistema acusatório e que garante a imparcialidade do juiz”.⁶¹

O fato de a acusação ficar a cargo do Ministério Público não desnatura o processo acusatório, que apesar de ter sofrido alterações ditadas pela evolução dos tempos, seu princípio imanente continua íntegro: jurisdição e acusação a cargo de pessoas distintas. Nada impede que o particular acuse⁶². Entretanto, nos dias atuais, “não é mais concebível relegar a persecução penal a cargo exclusivo dos particulares, sobretudo em vista das falhas históricas revelada por tal prática e da complexidade das sociedades modernas”.⁶³ Assim, a melhor opção é que a função persecutória esteja a cargo do Ministério Público, como personificação da lei e representante da

⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.155.

⁶⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookselle, 1998. v. I, P.70

⁶¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.163.

⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35ªed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v1, p.115

⁶³ ARMBORST, Aline Frare. **A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório**, p.5

sociedade, sendo excepcionalmente permitido que tal função possa ser exercida pelo ofendido (ação penal privada)⁶⁴.

Quanto ao acusado, este se revela no sistema acusatório como sujeito de direitos, deveres, ônus e faculdades. Dessa forma, a defesa deve dispor de todos os direitos concretos de co-determinar e conformar a decisão judicial⁶⁵. Luigi Ferrajoli⁶⁶ explica que “o ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o direito de defesa.” Assim, a defesa que por tendência não tem espaço no sistema inquisitório por ser considerada um obstáculo ao processo, “forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no *contraditório* entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas”.

Ainda segundo Ferrajoli⁶⁷, para que se possa ter uma disputa leal e com paridade de armas entre acusado e acusador, é imprescindível que a defesa disponha das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação, assim como que seja assegurado o contraditório em todo estado e grau do procedimento, e em relação a cada ato probatório, garantindo a igualdade entre as partes.

O sistema penal em presente análise é orientado pelo interesse público na prestação jurisdicional, assegurando ao réu certos direitos e garantias constitucionais⁶⁸. Portanto, como garantia do acusado, vigora o princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* que será analisado mais adiante.

Observa-se que a extensão do exercício de defesa técnica do processo penal está diretamente ligada com o sistema processual adotado. O modelo autoritário (sistema inquisitório) tende a restringir o campo de atuação, ao passo que no sistema de garantias (acusatório) a participação da defesa é ampliada⁶⁹.

2.3 SISTEMA INQUISITIVO

⁶⁴TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *op. cit., loc. cit.*

⁶⁵PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.120

⁶⁶FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed.São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p.564

⁶⁷FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed.São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p.564

⁶⁸PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.264

⁶⁹*idem*

Ferrajoli⁷⁰ define o sistema inquisitivo como aquele processo em que o julgador atua de ofício à busca, à colheita e à avaliação das provas, realizando seu julgamento após uma instrução secreta e escrita, na qual o contraditório e o direito de defesa são excluídos ou restringidos. Afirma ainda que o sistema em análise “tende a privilegiar estruturas judiciárias burocratizadas e procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz”.

No sistema inquisitivo o juiz assume a atividade de inquisidor, possuindo assim as funções de acusar, defender e julgar. Essa concentração de poderes nas mãos do juiz, no entanto, afeta diretamente a sua imparcialidade, visto que há uma nítida incompatibilidade entre as funções de julgar e acusar, pois “o juiz que atua como acusador fica ligado psicologicamente ao resultado da demanda, perdendo a objetividade e a imparcialidade no julgamento.”⁷¹ Nesse sentido, nas palavras de Paulo Rangel⁷², “no sistema inquisitivo, o juiz não forma seu convencimento diante das provas dos autos que lhe foram trazidas pelas partes, mas visa convencer as partes de sua íntima convicção, pois já emitiu, previamente, um juízo de valor ao iniciar a ação”.

Nesse sentido, quanto ao sistema inquisitivo, Gilberto Thums leciona:

Outra característica do modelo é que o julgador colhe a prova desde o início da persecução penal. Ele é a polícia, o acusador e o julgador. Sem dúvida, a espinha dorsal do sistema inquisitório está na forma de colheita da prova e por quem é dirigida e valorada. A falta de imparcialidade é marcante no inquisitorialismo, porquanto o julgador, além de produzir a prova, ainda sofre influência negativa contra o suposto criminoso, porque o inquisidor é excessivamente religioso e o réu é um pecador.⁷³

Não há o que se falar em contraditório no sistema em análise, e por conta inexistem as regras da igualdade e liberdade processuais. O processo, em regra, é escrito e secreto.⁷⁴

Quanto ao campo probatório, o juiz inquisidor é dotado de vasta iniciativa probatória tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas, tanto no curso das

⁷⁰FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, p.520

⁷¹LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p.38

⁷² RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013, p.47

⁷³ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.218

⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35ªed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v1, p.115

investigações, quanto no curso do processo penal “independentemente de sua proposição pela acusação ou pelo acusado.” Assim, a gestão das provas concentra-se nas mãos do juiz, que a partir da prova dos fatos podia chegar a conclusão que desejasse.⁷⁵ Seu principal objetivo é a busca de uma verdade histórica, assim, não importando quais os meios e os modos utilizados para alcançar essa meta⁷⁶. Acreditava-se possível a descoberta de uma verdade absoluta, por essa razão, se admitia uma extensa atividade probatória pela pessoa do magistrado⁷⁷.

Na busca de uma “verdade absoluta ou real”, a prisão cautelar se transforma em regra geral, bem como se admitia a prática de torturas para que fosse obtida uma confissão do acusado. O sistema de hierarquia de provas, ou de provas tarifadas, é uma característica do sistema acusatório. Assim, a confissão, mesmo que sob tortura, era a prova máxima⁷⁸, constituindo o principal fundamento da sentença condenatória⁷⁹.

Nesse sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho leciona:

Corolário dessas exigências eram o segredo, face ao perigo da propagação das condutas heréticas ou contestadoras do poder real bem como o caráter praticamente ilimitado da pesquisa da verdade, que consistia em verdadeira obsessão do inquisidor; daí ser natural, nessa perspectiva, a utilização do saber do próprio acusado como fonte de informação ; se o culpado, o acusado tem certamente um conhecimento preciso da realidade e a confissão, se obtida, constitui a melhor forma de se alcançar a *verdade real*: “*in criminali causa certum est confessum esse damnatum secundum omnes*”, assim, acabava por transformar-se toda a atividade probatória em uma desenfreada busca da confissão, inclusive com a admissão do recurso à tortura.

A confissão do acusado representava, portanto, o objetivo primordial do procedimento inquisitório, pois, somente ela podia fornecer a certeza moral a respeito dos fatos investigados; a tortura era seu instrumento.⁸⁰

Percebe-se então, que há no sistema inquisitivo uma mitigação dos direitos e garantias individuais, em prol de um pretense interesse coletivo de que o acusado seja punido. Nesse contexto, o réu não se encontra na condição de sujeito de direito, e sim como um mero objeto da persecução. Ocorre que de acordo com esse

⁷⁵ LIMA, Renato Brasileiro de, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.40

⁷⁷ LIMA, Renato Brasileiro de, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.161.

⁷⁹ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.206

⁸⁰ GOMES FLHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 21-22

sistema, os interesses individuais de um sujeito não podem se sobrepor ao interesse maior, o coletivo ⁸¹.

Em síntese, têm-se como principais características do sistema inquisitivo: a) a concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de uma só pessoa: o juiz; b) ausência de imparcialidade; c) a confissão do réu é tida como a “rainha das provas”; d) procedimentos escritos; e) os juízes não estão sujeitos a recusa; f) procedimento secreto e sigiloso; g) ausência do contraditório e da ampla defesa e h) sistema de prova tarifada.

Maura da Fonseca Andrade⁸² leciona que os elementos fixos que constituem o sistema inquisitivo e são essenciais para sua existência, são: o princípio inquisitivo, que corresponde ao “caráter prescindível da presença de um acusador distinto do juiz”, e o segundo elemento fixo é relativo ao fato de o processo poder ser instaurado tanto pelo oferecimento de uma acusação, assim como através de uma *notitia criminis*, ou mesmo de ofício pelo juiz. Os outros elementos supracitados (oralidade, sigilo, escrito e etc.) integrarão o grupo de elementos variáveis, podendo assim não estar presentes ou, então, manifestarem-se de outro modo, devido ao momento histórico, sem que isso acarrete em uma desclassificação do sistema como inquisitivo.

Por fim, “o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”⁸³. Embora o modelo inquisitivo atualmente esteja completamente superado entre os estados democráticos ocidentais, ainda hoje encontram-se resquícios desse sistema, especialmente em legislações infraconstitucionais⁸⁴, como veremos no último capítulo do presente trabalho.

2.4 SISTEMA MISTO

⁸¹ TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª Ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodvm, 2015, p. 36

⁸² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.383 e 466

⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.162.

⁸⁴ CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal Pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: RT, 2007, v.7.

O descontentamento com as formas substancialmente inquisitórias, até então predominantes na Europa Continental, fora expresso durante o Iluminismo e refletiu numa mudança radical de rota na tentativa de buscar uma reforma na legislação processual penal. Trata-se de um sistema que surgiu após a Revolução Francesa, introduzido pelo *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 que só entrou em vigor em 1811. Convencionou-se denominá-lo sistema misto por incorporar, em sua essência, aspectos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo⁸⁵.

Assim, os ideais iluministas acabaram dando origem ao sistema misto, caracterizado por ser um modelo bifásico⁸⁶, ou seja, estruturalmente separado em duas fases procedimentais distintas, denominadas instrução preliminar e fase judicial⁸⁷, respectivamente. A primeira fase se destinava à investigação criminal onde havia a supremacia de princípios e elementos encontrados no sistema inquisitivo, tais como: o processo inicia-se de ofício pelo juiz ou então mediante a apresentação de *notitia criminis*, procedimento secreto e escrito. Por sua vez, a segunda fase se destinava ao julgamento propriamente dito e tinha a sua abertura mediante uma acusação apresentada por um indivíduo distinto do juiz. Encontravam-se presentes, assim, alguns princípios característicos do sistema acusatório, como: contraditório, publicidade e oralidade⁸⁸.

Paulo Rangel afirma que o sistema misto apresenta as seguintes características:

- a) a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Em alguns países, esta fase é chamada de “juizado de instrução” (v.g. Espanha e França). Há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, não havendo processo sem acusação (*nemo iudicio sine actore*);
- b) na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto de investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo;
- c) a fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre a acusação e a defesa;

⁸⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁸⁶ KHALED JR, Salah H. **Ambição de Verdade no Processo Penal (Desconstrução Hermenêutica do Mito da Verdade Real)**, p. 70

⁸⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013, p.52

⁸⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.402 - 403

d) o acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo e exclusivo do Ministério Público;

e) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência.⁸⁹

A respeito das etapas do processo do sistema misto, Salah H. Khaled Jr⁹⁰ afirma que a primeira fase, na qual a prova era colhida, “*era completamente inquisitória e desprovida de contraditório*, restando a singela ilusão de um sistema acusatório para a segunda fase, onde o juiz participava exercendo um suposto *mero juízo de fato*, que já havia sido averiguado”.

O referido autor faz uma crítica consistente ao sistema em análise ao afirmar que, embora não seja fácil subverter o vínculo “entre *prova, verdade e história* que deve se constituir em um *limite ao poder*, pois de certa forma, ela é evidente por si mesma”, arditamente, no sistema misto essa relação foi encoberta.⁹¹

Nesse norte, a fraude consiste no fato de que a prova é obtida na inquisição do inquirido, sendo trazida inteiramente ao processo, bastando, ao final, o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado de diversas formas, como por exemplo: “a prova do inquirido é corroborada pela prova judicializada; cortejando a prova policial com a judicializada,” visando assim fundamentar uma condenação que em verdade está baseada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. Desse modo “o processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase”.⁹²

Enquanto que no sistema inquisitivo o juiz somente confirmava uma verdade em que ele mesmo havia dado origem, no sistema misto a verdade obtida também não correspondia ao real e nem pretendia sê-lo. Assim, correspondia apenas às intenções dos investigadores originais.⁹³

⁸⁹*idem*

⁹⁰ KHALED JR, Salah H. **Ambição de Verdade no Processo Penal (Desconstrução Hermenêutica do Mito da Verdade Real)**, p. 70

⁹¹ KHALED JR, Salah H. **Ambição de Verdade no Processo Penal (Desconstrução Hermenêutica do Mito da Verdade Real)**, p. 70

⁹² LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.165.

⁹³ KHALED JR, Salah H, *op.cit.*, p. 70-71

Aury Lopes jr⁹⁴ complementa afirmando que Napoleão, como “bom” tirano que era, jamais concordaria com a mudança para o sistema bifásico se não tivesse a certeza que “era apenas um mudar para continuar tudo igual” e que continuaria com o total controle, através da fase inquisitória, de todo o processo.

Embora o sistema misto tenha sido um avanço em face ao sistema inquisitivo, não se configura como o melhor sistema, pois o juiz ainda se mantém na posição de colher as provas, mesmo que na fase preliminar da acusação, o que acarreta um sério comprometimento de sua imparcialidade.⁹⁵

Por fim, Mauro Fonseca Andrade⁹⁶ leciona que a configuração do sistema misto é construída através de um elemento fixo de cada sistema processual, sendo, então, o elemento de ordem principiológica do sistema acusatório, e o outro elemento fixo seria o de ordem procedimental do sistema inquisitivo. Dessa forma, para que se possa falar em sistema misto, é necessário a presença de um acusador distinto da pessoa do juiz e que a abertura do processo se dê sem a acusação, podendo ser de ofício pelo juiz ou através de uma *notitia criminis*. Quanto à presença dos demais elementos como: oralidade; publicidade; segredo e etc., não se darão de forma obrigatória, compondo assim à categoria de seus elementos variáveis.

2.5 ADVERSARIAL SYSTEM E INQUISITORIAL SYSTEM

Importante trazer ao presente trabalho monográfico a dicotomia entre *adversarial system* e *inquisitorial system*, típicas do sistema anglo-saxão, que se relacionam com a atividade instrutória do juiz no desenvolvimento do processo, com o objetivo de que se possa facilitar a compreensão da identificação do núcleo fundante dos sistemas processuais penais, mais adiante.

⁹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013, p.52

⁹⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.413

Ada Pellegrini Grinover⁹⁷ leciona que o modelo denominado de *adversarial system* caracteriza-se pela predominância das partes na determinação da marcha do processo, assim como na produção de provas.

Seguindo os ensinamentos de Fredie Didier Junior⁹⁸, o modelo *adversarial* se desenvolve como um conflito entre dois adversários perante um órgão jurisdicional relativamente passivo, onde sua principal função é a de decidir a forma de disputa ou competição. Nesse modelo, a maior parte da atuação processual é desempenhada pelas partes.

Nesse sentido, o sobredito modelo pode ser caracterizado por ser uma disputa entre duas partes processuais diante de uma autoridade imparcial que, além de possuir o poder decisório, examina todo o material probatório que é apresentado pelas partes. Desse modo, as partes processuais acumulam tanto o poder de investigar os fatos, quanto o de instruir o feito, inquirindo testemunhas, consultando peritos e até mesmo determinando o que será objeto da indagação⁹⁹.

No referido modelo, o julgador atua como uma espécie de moderador da controvérsia entre os contendores. Assim, há uma predominância das partes e dos advogados na condução do processo e, em contrapartida, limitando o juiz a assegurar a justiça do procedimento, fiscalizando a igualdade formal das partes, devendo a intervenção judicial se restringir ao estritamente necessário, sem, contudo, haver iniciativa de produção probatória. A passividade do juiz é tida como condição inalienável de sua imparcialidade e, conseqüentemente, da justiça de sua decisão. Prevalece o entendimento de que o juiz deve julgar em conformidade, com as provas, razões fáticas e argumentos jurídicos sustentados pelas partes¹⁰⁰.

O *adversarial system*, que é marcado pelo controle das partes processuais sobre a marcha processual, criaria um meio absolutamente eficaz de preservação contra quaisquer abusos de poder estatal por atos de seus representantes, inclusive do juiz. Dessa forma, afastaria a possibilidade de formação de juízos de convicção

⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, vol. 347, julho/agosto/setembro. 1999. p.04

⁹⁸ DIDIER JR. Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**, p.02

⁹⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.44.

¹⁰⁰ CUNHA, Marcelo Garcia da. Notas comparativas entre os sistema adversarial norte-americano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça? **Revista de Processo**, p.458

prematureos a respeito de uma determinada prova os quais poderiam causar conclusões precipitadas.¹⁰¹

De forma contrária ao modelo supracitado, no *inquisitorial system* predomina a atuação do juiz no que se refere à determinação da marcha do processo e na produção de provas, e não mais a atuação das partes como no modelo *adversarial*. Trata-se de um modelo que confia ao juiz a condução do processo, inclusive no que se refere à iniciativa instrutória. A expressão *inquisitorial system* pode ser traduzida por “processo de desenvolvimento oficial,” isso significa que, uma vez proposta a ação pela parte, de acordo com o princípio da demanda, o processo se desenvolve por impulso oficial e não por disposição das partes.¹⁰²

“O modelo inquisitorial (não adversarial) se organiza como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo”¹⁰³. Desse modo, Marcelo Garcia da Cunha¹⁰⁴ afirma que, no referido processo, o juiz tem função ativa na condução do processo, tanto na qualificação jurídica das questões debatidas pelas partes, quanto na instrução probatória. No âmbito do processo inquisitorial, sem nenhuma implicação na sua imparcialidade, o juiz deve pesquisar oficiosamente a verdade, apesar de delimitada pelo objeto litigioso no qual incidirá a sua decisão, detendo, para tanto, vastos poderes processuais, “que lhe facultam fiscalizar o comportamento processual das partes, impor-lhes diligências, realizar inspeção, determinar a condução de testemunhas e nomear técnicos auxiliares para melhor esclarecimento da causa.” O juiz possui ampla liberdade na qualificação jurídica da causa, não ficando refém da atividade cognitivo-informativa dos advogados das partes processuais. Diante de toda essa atividade do juiz, resta “aos sujeitos processuais parciais o papel de propor questões adicionais que seriam filtradas, uma vez mais, pelo juiz.”¹⁰⁵

Marcos Alexandre Zilli¹⁰⁶ traz em sua obra argumentos divergentes da posição de Marcelo Garcia da Cunha à medida que sustenta a impossibilidade em um modelo

¹⁰¹ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, *op.cit.*, p.45.

¹⁰²GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense, vol. 347, julho/agosto/setembro. 1999. p.04-05 e 8

¹⁰³DIDIER JR.Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**, p.02

¹⁰⁴CUNHA, Marcelo Garcia da, *op. cit.*, p.461

¹⁰⁵ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.43.

¹⁰⁶*idem*

inquisitorial, resguardar a imparcialidade do julgador diante da pesquisa oficiosa da verdade. Defende dessa forma, que o envolvimento do julgador na apuração dos fatos, resultaria inevitavelmente em um prejulgamento que dificilmente seria superado.

2.6 IDENTIFICAÇÃO DO NÚCLEO FUNDANTE

Levando em consideração que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais, Aury sustenta ser insuficiente, a classificação de “sistema misto”, visto que “não enfrenta o ponto nevrálgico da questão: a identificação do núcleo fundante.”¹⁰⁷

Desse modo, tendo em vista que na atualidade não existem mais “modelos puros”, é essencial identificar o núcleo fundante dos sistemas processuais penais, o que se faz imperioso para à análise da atuação instrutória do juiz frente ao processo penal.

Importante ressaltar, que apesar das lições expostas no presente trabalho monográfico a respeito do elemento de identificação dos sistemas processuais penais de Mauro da Fonseca Andrade, o tema apresenta controvérsias doutrinárias no que tange às delimitações de seu alcance. De modo que, para alguns autores a essência do sistema processual consiste concentração ou não, das funções de acusar, julgar e defender, ao passo que outra parte da doutrina aponta a gestão de provas como núcleo fundante dos sistemas processuais.

Desse modo, tendo em vista que na atualidade não existem mais “modelos puros”, é essencial identificar o núcleo fundante dos sistemas processuais penais, o que se faz imperioso para à análise da atuação instrutória do juiz frente ao processo penal.

Filiando-se a primeira corrente doutrinária, temos Ada Pellegrini Grinover¹⁰⁸ que sustenta que alguns equívocos têm surgido a partir da errônea concepção do significado de processo acusatório e de processo inquisitivo. “No primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto no segundo as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente.”

¹⁰⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.118-119

¹⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, vol. 347, julho/agosto/setembro. 1999. p.04-05

A autora afirma que gestão de prova nada tem a ver com o sistema acusatório e inquisitivo, não sendo isso o que os caracterizam, sendo assim, “o conceito de processo penal acusatório não interfere com a iniciativa instrutória do juiz no processo.”

Para a referida autora, os poderes instrutórios do juiz no processo penal se relacionam ao denominado *adversarial system* e *inquisitorial system*. Afirma que “o termo processo *inquisitório*, em oposição *acusatório*, não corresponde ao *inquisitorial* (em inglês), o qual se contrapõe ao *adversarial*”. Defende que um sistema acusatório pode adotar o modelo adversarial ou inquisitorial. Para Ada, o fato de associar o sistema acusatório à ausência de poder instrutório do juiz decorre da confusão entre sistema acusatório ao *adversarial system*, o qual estaria errado. Desse modo, aduz que “acusatório-inquisitório e *adversarial-inquisitorial* são categorias diversas, em que os termos devem ser utilizados corretamente.”¹⁰⁹

Essa também corresponde à posição defendida por Gustavo Henrique Badaró¹¹⁰ ao afirmar que “a característica insuprimível do modelo acusatório, sua *conditio sine qua non*, é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender”

Todavia, discordando da doutrina da professora Ada Pellegrini, Gilberto Thums diz que “a combinação de um sistema acusatório como *inquisitorial system* revelaria um sistema misto infomado por um princípio inquisitivo, ou seja, seria nitidamente um sistema inquisitório.” Seria assim, “a ditadura dentro da democracia, ou seja, é um sistema nitidamente autoritário.” Complementa seu argumento afirmando que, Ainda que exista um órgão próprio para acusar, a partir do momento em que o juiz também colhe a prova o sistema acusatório desfigura-se, pois, acaba confundindo as funções de acusar e julgar.¹¹¹

Seguindo essa linha, Geraldo Prado¹¹² aponta como *artificial* a designação de sistema adversarial para distinguir um modelo de sistema acusatório onde tem como

¹⁰⁹ *idem*

¹¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P.108

¹¹¹ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.282-283.

¹¹² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.140

regra a inércia probatória do juiz, de outro modelo de sistema acusatório em que o juiz possui poderes instrutórios.

Filiando-se à segunda corrente doutrinária, tem-se também Jacinto Nelson Coutinho¹¹³ que sustenta que a separação, ou não, das funções de acusar, defender e julgar, não são suficientes para a identificação do núcleo fundante dos sistemas processuais penais. Para Coutinho a essência do sistema processual consiste na gestão da prova. Segundo o autor, a diferenciação dos sistemas processuais, quais sejam: acusatório e inquisitivo faz-se por meio dos princípios do inquisitivo e do dispositivo, determinados pelo critério referente à *gestão da prova*. O processo tem por principal finalidade, a “reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente pela instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador.

Dessa forma, ainda seguindo as lições do supramencionado autor, “o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova” de forma oposta, no sistema acusatório, “considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto”¹¹⁴

Seguindo essa mesma vertente, Aury Lopes Jr afirma que a separação (inicial) das funções de julgar e acusar não consiste no núcleo fundante dos sistemas e, não é suficiente por si só para sua caracterização. Nesse sentido, afirma que:¹¹⁵

Não se pode desconsiderar a complexa fenomenologia do processo, de modo que a separação das funções impõe, como decorrência lógica, que a **gestão/iniciativa probatória** seja atribuída às partes (e não ao juiz, por elementar, pois isso romperia com a separação de funções). Mais do que isso, somente com essa separação de papéis mantém-se o juiz afastado da arena das partes e, portanto, é a clara delimitação das esferas de atuação que cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial. (*meu grifo.*)

Aury afirma ser reducionista pensar que apenas o fato de ter uma acusação (separação inicial das funções) basta para constituir-se um processo acusatório. É necessário então, que essa separação se mantenha para que a estrutura não se

¹¹³COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88 – Ordem e desordem. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília:Senado Federal, v. 45, n. 179, jul./set. 2008. p.166

¹¹⁴COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. In: *Separata ITEC*, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000, p. 04-05

¹¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.119.

rompa e, dessa forma, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa instrutória esteja (sempre) nas mãos das partes processuais.¹¹⁶

Nesses termos, o referido autor aduz 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 o princípio inquisitivo, aquela funda o sistema acusatório, e esta funda o sistema inquisitivo¹¹⁷.

Nesse diapasão, filiamo-nos ao entendimento no sentido de que a gestão da prova constitui a característica essencial para a identificação dos sistemas processuais penais. “O juiz deve ser visto como o destinatário da prova, uma vez que a adoção de postura ativa na busca de elementos probatórios compromete a imparcialidade da jurisdição e a inicial separação das atividades de acusação e de julgamento.”¹¹⁸

¹¹⁶ *idem*

¹¹⁷ *ibidem*, p.125

¹¹⁸ MESQUITA, Alyne Lima de. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro sob a perspectiva do sistema acusatório**. 2015. Monografia (Curso de Graduação em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, p.18

3. A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ E A GESTÃO PROBATÓRIA

3.1 A CONCEPÇÃO DA PROVA

As ideias a respeito do fenômeno da prova judiciária não são uniformes, tampouco são resultado de uma evolução constante e linear. Ao invés disso, representam paradigmas relativos a sistemas concretos, sendo, por conta disso, fortemente condicionados por circunstâncias históricas e culturais¹¹⁹.

No campo probatório judicial, mais do que em qualquer outro procedimento cognitivo, se sobressai o seu caráter social, pois sua finalidade não está limitada apenas à formação do convencimento do juiz, mas visa principalmente à obtenção do consenso do grupo em nome de qual será pronunciada a decisão. Ou seja, a prova não se destina a estabelecer uma verdade circunscrita ao processo, “até porque este não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de solução de conflitos sociais.”¹²⁰

As concepções a respeito da função do processo e, principalmente, da prova, estão diretamente relacionadas aos objetivos do próprio Estado, de modo que: em uma organização estatal que visa organizar a vida dos indivíduos e conduzir a sociedade, o procedimento probatório tenderá a exercer uma função de maior investigação dos fatos. Por outro lado, em um Estado que se preocupa apenas em manter o equilíbrio social, preservando a autodeterminação das pessoas, o modelo certamente se restringirá a regular o encontro entre os interessados e, por consequência, a atividade probatória sofrerá menos intervenções pelos interesses do próprio Estado.¹²¹

Pode-se perceber então que a reconstituição dos fatos realizada no processo está longe de constituir atividade técnica e neutra, por estar visivelmente impregnada por fatores sociais, políticos, culturais, etc., que são variáveis no tempo, e no espaço.¹²²

¹¹⁹GOMES FLHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.17

¹²⁰*ibidem*, p.18

¹²¹*ibidem*, p.19

¹²²*ibidem*, p.18

O termo prova tem sua origem do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare – que no plano jurídico, cuida-se, particularmente, da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. “Vincula-se, por óbvio, à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um episódio.”¹²³

O primeiro encargo para julgar é o de reconstituir um determinado fato, pois o juiz não poderia proceder à comparação do fato com a hipótese antes de tê-lo reconstruído.¹²⁴ Nesse sentido, o processo penal constitui “um instrumento de retrospectiva, de reconstrução normativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato”.¹²⁵ Nesse contexto, a reconstrução do fato passado (o crime) se fará por meio das provas.

O processo penal procura fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato pretérito. Através – principalmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá seu convencimento exposto na sentença.¹²⁶

Nesse norte, Jacinto Coutinho¹²⁷ leciona que falar de processo, é, antes de tudo, falar de *atividade recognitiva*: “a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber.” Aury¹²⁸ complementa esse raciocínio afirmando que “daí por que o juiz é, por essência, um ignorante: ele desconhece o fato e terá de conhecê-lo através da prova.”

É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (story of the case) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença.¹²⁹

¹²³NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/16310286/guilherme-de-souza-nucci-provas-no-processo-penal-2015>> .Acesso em: 01 abril. 2016, p.3

¹²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Direito Processual Civil e Penal*. Campinas: Péritas. V1, 2001, p.136

¹²⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.535.

¹²⁶*Ibidem*, p.536.

¹²⁷COUTINHO, Nelson de Miranda. **Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>.

Acesso em: 01 abril. 2016, p.03

¹²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury, *op. cit., loc. cit.*

¹²⁹*idem*

Outrossim, Francesco Carnelutti¹³⁰ leciona que as provas irão ser procuradas: existem documentos que possam representar o fato; há testemunhas que presenciaram; existem indícios que podem ajudar a considerar o fato existente ou inexistente. Porém o juiz não sabe nada disso, ele é uma *tabula rasa*, é necessário procurar. O doutrinador salienta, no entanto, que as atividades de pesquisa e de valorização das provas não devem ser realizados conjuntamente, “por exigir a busca um extremo interesse e a valorização, ao invés de um extremo desinteresse; quem busca se sente instintivamente levado a sobrevalorizar o que é, depois de tudo, obra sua”

O destinatário da prova é o juiz, que sem dúvida alguma, é sujeito de conhecimento. Porém, no momento em que se empenha a produzir provas de ofício, se põe como ativo sujeito do conhecimento a empreender tarefa que não é neutra, pois sempre deduzirá a hipótese que por meio da prova pretenderá ver confirmada. São duas as hipóteses do processo penal: há crime e o réu é responsável, ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício pelo juiz tem por objetivo confirmar uma das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que deseja comprovar.¹³¹

Destarte, a meta das partes é construir, no espírito do juiz, a certeza de que a verdade corresponde aos fatos alegados em sua peça, seja ela de acusação, seja de defesa. No plano jurídico processual, a forma de gerar a certeza no espírito do julgador é por meio da apresentação das provas. O que quer dizera persuasão racional, logo, a convicção. O magistrado se convence da verdade (adquire o estado de certeza) em virtude da demonstração lógico-racional dos vários elementos expostos ao longo da instrução, denominados provas.¹³²

Nesse norte, as provas são os instrumentos que possibilitam a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com o objetivo de convencer o juiz, assumindo assim uma função persuasiva.¹³³

¹³⁰ CARNELUTTI, Francesco, *op. cit. loc. cit.*

¹³¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.141.

¹³² NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/16310286/guilherme-de-souza-nucci-provas-no-processo-penal-2015>>. Acesso em: 01 abril. 2016, p.4

¹³³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.538.

A prova consiste na demonstração lógica da realidade, no processo por meio dos instrumentos que são legalmente previstos, buscando criar no espírito do julgador a certeza em relação aos fatos alegados e, conseqüentemente, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda.¹³⁴

Nicola Framarino Dei Malatesta¹³⁵ afirma que a prova é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza. Aduz, assim, que a prova é a relação particular e concreta entre convicção e certeza.

Sobre a finalidade da prova, Eugênio Pacelli leciona que:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.¹³⁶

Constata-se que a finalidade da prova é a produção do convencimento do juiz no tocante à verdade processual. Portanto, a verdade possível de ser alcançada no processo, seja conforme a realidade ou não.¹³⁷

3.2 A ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ, OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O PROBLEMA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Tendo em vista que o núcleo fundante dos sistemas processuais penais consiste na gestão da prova, cumpre verificar no presente trabalho como se dá a gestão probatória nos já estudados sistemas processuais e a problemática que reside na atribuição de poderes instrutórios ao juiz.

Não há a intenção de definir novamente os sistemas processuais já analisados anteriormente, o que se pretende, aqui, é um exame em relação à iniciativa instrutória em cada sistema e suas devidas conseqüências.

No desenvolvimento da história do Direito Processual Penal, foram admitidos diferentes modos de convencimento (ou da “verdade”, supondo que o processo possa

¹³⁴NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit., loc. cit.*

¹³⁵MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 3ªed. Campinas: Bookseller, p. 87 e 91

¹³⁶PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ªed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 327

¹³⁷NUCCI, Guilherme de Souza, *op. cit., loc. cit.*

atingí-la), fazendo com que exista uma forte relação e interação entre “o regime legal das provas e o sistema processual adotado”.¹³⁸

No sistema inquisitivo, se permite que o juiz detenha a gestão da prova, possibilitando assim sua livre iniciativa instrutória para que possa atuar de ofício tanto na investigação como na instrução processual. Almeja-se o resultado obtido (condenação) a qualquer custo ou de qualquer modo, visto que quem colhe a prova e valora sua legalidade é o mesmo agente, que ao final julga.¹³⁹

É nesse sentido que no referido sistema, é improvável ou até mesmo impossível que o acusado seja absolvido ao final do processo.¹⁴⁰ Em outro caso, Aury Lopes¹⁴¹ diz que não é nenhum exagero afirmar que no sistema acusatório, se visa um determinado resultado, que é a condenação

Atribuir poderes instrutórios ao juiz, em qualquer fase (tanto na fase processual como na fase pré-processual), consiste em um grave erro, que nas palavras de Aury Lopes acarreta a destruição completa do processo penal democrático. Nesse sentido, leciona:

Ao atribuir poderes instrutórios a um juiz- em qualquer fase- opera-se o primato dell'ipotesi sui fatti, gerador de quadri mentali paranoidi. Isso significa que mentalmente (e mesmo inconscientemente) o juiz opera a partir do primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque, como ele pode ir atrás da prova (e vai), decide primeiro (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada). O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranóicos.¹⁴²

A ação direcionada à introdução do material probatório é antecedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o referido material possa determinar, se incorporado ao processo, pois, quem procura sabe o que ao certo o que deseja encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do juiz.¹⁴³ Desse

¹³⁸LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.539.

¹³⁹LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013 p.540.

¹⁴⁰BIANCHETTI, Priscila Mallmann. **O problema da busca pela verdade real em as bruxas de salém, de Arthur Miller**. Disponível em: <www.imes.edu.br/Uploads/ANAIS_2012_09.pdf> .Acesso em: 01 abril. 2016, p.07

¹⁴¹LOPES JÚNIOR, Aury, *op.cit. loc. cit.*

¹⁴²*idem*

¹⁴³PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.137- 138.

modo, fica evidente que ao colher provas, o juiz antecipa a sua formação de juízo, não existindo assim investigador imparcial, seja ele juiz ou promotor¹⁴⁴.

Jacinto Coutinho¹⁴⁵ observa a respeito da gestão probatória no sistema inquisitivo:

O que se nota na estrutura inquisitória, portanto, é uma fusão das funções de acusador e juiz e a conseqüente confusão entre o que seriam métodos para acusar e métodos para julgar. O juiz, senhor da prova, sai em seu encaixo guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato, privilegiando-se o mecanismo “natural” do pensamento da civilização ocidental que é a lógica dedutiva, a qual deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão por que pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão.

O modelo acusatório é um modelo de garantias, e traz na sua essência a necessidade de um amplo debate sobre a hipótese acusatória, o contraditório. No entanto, sempre que o juiz está atribuído de poderes instrutórios, destrói-se a estrutura dialética do processo, “funda-se um sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade.” É um enorme prejuízo gerado pelos diversos “pré-juízos” que o julgador faz.¹⁴⁶

É nesse sentido que Geraldo Prado¹⁴⁷ ao afirmar que o contraditório é medida de duelo, “como categoria processual que reúne a ciência do ato praticado pela parte contrária à possibilidade de uma atitude em sentido contrário ou objetivando contrariar o prefalado ato”; aponta como difícil estabelecer-se um duelo entre o acusado e o juiz, pois, este último, possui o poder de decidir a causa, elegendo, a alternativa de solução que julgar mais viável.

O envolvimento do juiz na apuração fática conduzirá, inegavelmente, ao estabelecimento de juízos valorativos prematuros, e que dificilmente serão sanados, ainda que as partes processuais obtivessem êxito em contrariá-los. “contaminar-se-ia, enfim, a própria equidistância necessária e indispensável, condição vital para um julgamento justo.”¹⁴⁸

O juiz, uma vez contaminado com as provas que ele mesmo colheu, tornam-se inexistentes no processo as garantias constitucionais do contraditório e da ampla

¹⁴⁴LOPES JÚNIOR, Aury, *op. cit.*, p.129

¹⁴⁵COUTINHO, Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo.** Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com.br/2008/08/artigo-as-reformas-parciais-do-cpp-e.html#/tcmbck>> .Acesso em: 01 abril. 2016, p.03

¹⁴⁶LOPES JÚNIOR, Aury, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁷PRADO, Geraldo, *op. cit.*, p.138.

¹⁴⁸ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

defesa, já que o juiz forma sua convicção sobre a versão dos fatos conforme as provas que ele mesmo ajudou a produzir.¹⁴⁹

A imparcialidade do juiz fica invariavelmente comprometida quando se trata de um juiz-instrutor ou quando lhe é atribuído poder de gestão/iniciativa probatória. “é um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, constatando com a inércia que caracteriza o julgador”. Sendo um sinônimo de atividade e o outro de inércia.¹⁵⁰

Quanto à referida inércia, vale ressaltar que consiste no princípio da inércia judicial e que é uma das características importadas do sistema acusatório. Assim, determina que a jurisdição é inerte e não pode ser exercida de ofício pelo juiz. O princípio do devido processo legal determina que o órgão julgador seja submetido ao princípio da inércia, objetivando garantir, ao máximo, a sua imparcialidade e eqüidistância das partes.¹⁵¹

Nesse sentido, Jacinto Coutinho leciona:

Com efeito, quando se autoriza ao juiz a instauração ex-officio do processo, como era típico no sistema inquisitório puro, permite-se a formação daquilo que Cordero chamou de "quadro mental paranóico", ou seja, abre-se ao juiz a “possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a 'sua' versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro.¹⁵²

Outro problema quanto à iniciativa instrutória do juiz, está na admissibilidade das provas, pois como ensina Aury Lopes¹⁵³,

A admissão da prova incumbe ao juiz e, no sistema inquisitório, como a gestão da prova está igualmente nas mãos do juiz, opera-se uma perigosíssima mescla entre aquisição da prova e sua admissão, pois ambos os atos são feitos pela mesma pessoa. Não existe a necessária separação entre o agente encarregado da aquisição e aquele que deve fazer o juízo de admissibilidade da prova no processo. Quando um mesmo juiz vai atrás da prova, é elementar que ele não pode valorar a licitude do próprio ato no momento da admissibilidade dessa mesma prova no processo.

O autor supracitado afirma ainda que é dessa forma que o processo ocorre no sistema penal brasileiro.¹⁵⁴

¹⁴⁹BIANCHETTI, Priscila Mallmann. **O problema da busca pela verdade real em as bruxas de salém, de Arthur Miller**. Disponível em: <www.imes.edu.br/Uploads/ANAIS_2012_09.pdf> .Acesso em: 01 abril. 2016, p.o8

¹⁵⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.130

¹⁵¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. In: *Separata ITEC*, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000.p.20

¹⁵²*ibidem*, p.20-21

¹⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury, *op. cit.*, p.541

Já em um sistema acusatório, o juiz se coloca em uma posição – efetiva – de alheamento no que se refere à arenas da verdade onde as partes travam sua luta. “isso porque ele assume uma posição de espectador, sem iniciativa probatória. Forma sua convicção através dos elementos probatórios trazidos ao processo pelas partes (e não dos quais ele foi atrás).”¹⁵⁵

O que há no sistema acusatório é uma pura operação técnica, onde um resultado equivale ao outro, ou seja, o julgador aceita a condenação ou a absolvição pois são equivalentes axiológicos para o resultado do processo, abandonando dessa forma o ranço inquisitório de buscar a condenação. Nas palavras de Aury Lopes: “não são raros os casos em que presenciamos julgadores tomados por um sentimento de fracasso diante da necessidade imperiosa de absolver, como se a jurisdição só de efetivasse quando a sentença fosse condenatória”. Assim, o doutrinador afirma que o grande valor do sistema acusatório está na justiça, equivale assim dizer, no jogo limpo.¹⁵⁶

Verifica-se então que ao passo que no sistema acusatório a gestão da prova encontra-se nas mãos das partes, cabendo a elas, assim, produzir provas para que consigam o convencimento do juiz, este último, se mantendo equidistante para que seja assegurada uma decisão imparcial. No sistema inquisitivo, o juiz possui a gestão probatória, sendo considerado o “senhor das provas”, o que pode acabar acarretando um juízo valorativo no momento em que produz a prova e a supervaloriza, o que lhe dá uma liberdade muito grande de decidir antes e posteriormente ir à busca das provas que lhe permitam embasar sua escolha. Desse modo fere as garantias que são inerentes a um Estado Democrático de Direito como veremos a seguir.

3.3 A BUSCA DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

A palavra verdade vem do latim *veritate*, que significa exatidão, realidade, conformidade com o real. Ressalta-se que a verdade não é um dado em si mesma,

¹⁵⁴LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.541

¹⁵⁵*ibidem*, p.542

¹⁵⁶*idem*

na medida em que se trata de um valor captado pela inteligência humana.¹⁵⁷ A verdade, em sua definição comum, corresponde à adequação entre o intelecto e a realidade. “A verdade se encontra principalmente na inteligência e secundariamente nas coisas. Aliá, como conceito de valor, a palavra verdadeiro tem um sentido axiológico que corresponde ao valor do verdadeiro.”¹⁵⁸

A verdade é fruto da inteligência humana e é algo sublime para o homem, por isso, ele a busca incessantemente sem tréguas em todas as atividades que ele exerça.¹⁵⁹ No campo processual a busca pela verdade sempre foi um paradigma, tanto no âmbito penal como no civil. “contudo não se pode olvidar que, sendo um dado valorativo, a verdade não é una, posto que resultante da percepção pessoal de cada ator no processo.”¹⁶⁰ Como bem afirma Marco Antonio de Barro, cada indivíduo pensa, reflete e tira suas próprias conclusões sobre o meio externo, gerando a verdade de tal modo que julga ser a real.¹⁶¹ Dessa forma, a verdade processual nada mais é que um trabalho de convencimento do julgador, no qual as partes se empenham em reconstruir, dentro de certos limites lógicos, a realidade fática que embasa seu direito subjetivo.¹⁶²

É oportuno trazer aqui aslições de Gilberto Thums de que “não existe nenhuma verdade”, no sentido de que, como já aludido por Einstein, a verdade tem prazo de validade, assim como pode-se observar nos campos científicos, uma verdade somente existe até que outra venha a ser descoberta para contradizê-la. Se não fosse assim, não haveria razão da ciência procurar outras fronteiras e a vida na terra resumir-se-ia em reproduzir o conhecimento científico dos antepassados. “o não-reconhecimento de uma verdade acabada é o estímulo à abertura de campo de trabalho para os cientistas.”¹⁶³

O referido autor afirma que nas ciências sociais não há nenhum embaraço em desnutrir uma verdade afirmada, pois se sabe que embora a teoria esteja

¹⁵⁷ GOMES, Roberto de Almeida Borges, **O Princípio da Verdade Real e sua conformação com a Constituição Federal de 1988**. In: SCHMITT, Ricardo (Org.). Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: JusPodivm, 2007.

¹⁵⁸ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista do Tribunais. 2002, p.13.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p.20

¹⁶⁰ GOMES, Roberto de Almeida Borges, *op. cit.*

¹⁶¹ BARROS, Marco Antonio de, *op. cit. loc. cit.*, p.19.

¹⁶² GOMES, Roberto de Almeida Borges, *op. cit.*

¹⁶³ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.182

comprovada, possui uma validade limitada. No entanto, nas ciências sociais, principalmente nas jurídicas, “o homem é arrogante, petulante, audacioso (soberbo) e ao mesmo tempo temerário, ao afirmar que busca a verdade absoluta no processo penal.”¹⁶⁴

Para que se possa avançar nesse tema é necessário apontar para a distinção que a doutrina clássica faz referente ao princípio da verdade, dividindo-o em princípio da verdade formal (típica do direito civil) e princípio da verdade material ou verdade real (aplicada ao processo penal).

Em nome do princípio da verdade real, “o juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetuou, para dar base certa a justiça”.¹⁶⁵ É por meio da aplicação do aludido princípio que o magistrado passa a conhecer a verdade como ela é, despida de qualquer artificialismo¹⁶⁶

Flávio Garcia leciona que por conta da concepção publicista do processo, não se admite mais que o órgão jurisdicional aja como se fosse mero expectador da demanda judicial. Afirma que cumpre ao magistrado (principalmente se tratando de juiz penal) exercer o *ius puniendi* estatal apenas contra aquele que efetivamente praticou a infração penal, nos limites de sua culpa. Para isso, o Processo Penal não pode encontrar limites na forma ou na iniciativa das partes, ao invés disso, cabe-lhe a busca e o descobrimento da verdade real, material, substancial, ou seja, cumpre ao Juiz examinar além dos limites artificiais da verdade formal, objetivando fazer valer a função punitiva em face daquele que realmente tenha praticado um ilícito penal.¹⁶⁷

De modo igual, leciona Júlio Fabbrini Mirabete:

Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o *ius puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se

¹⁶⁴ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.186

¹⁶⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35ªed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v1, p.59

¹⁶⁶ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista do Tribunais. 2002, p.29.

¹⁶⁷ GARCIA, Flávio Cardinelle. **Os limites constitucionais do poder punitivo do Estado**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos910/principios-constitucionais-processo/principios-constitucionais-processo2.shtml>> .Acesso em 02.abril de 2016, p.01

excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de **determinar, ex officio, provas necessárias à instrução do processo**, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal¹⁶⁸. (*meu grifo*).

A iniciativa instrutória do juiz está intimamente ligada ao princípio da verdade real, que não admite que o juiz possa ficar refém das partes por conta da natureza pública do processo e do fim social a que ele se destina.¹⁶⁹

Desse modo, o processo penal é nutrido por um discurso sobre a verdade que fundamenta a outorga legal de poderes ao juiz para a busca dessa tal verdade real.¹⁷⁰ Roberto Gomes leciona que em “razão dessa busca da reconstrução dos fatos, sob a justificativa de proteção ao interesse público, admite-se no processo penal uma produção probatória mais ampla, inclusive, com participação mais ativa do próprio órgão julgador”.¹⁷¹

No entanto, seguindo as lições de Luigi Ferrajoli¹⁷²: “a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a expressão de um ideal inalcançável. A idéia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica.”

Nesse mesmo norte, Aury Lopes sustenta que “falar em verdade real é falar em algo absolutamente impossível de ser alcançado, a começar pela inexistência de verdades absolutas. A própria ciência encarregou-se de demonstrar isso” (como já apontamos a cima). Deve-se lembrar que o crime é um fato passado, e a reconstrução de um fato histórico é sempre minimalista e imperfeita pois, depende exclusivamente da memória de quem narra. A imaginação/ criação faz com que o narrador preencha as lacunas deixadas na memória com as experiências

¹⁶⁸MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 44

¹⁶⁹HAMILTON, Sergio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório. **Revista da faculdade de direito de campos**. Ano II, Nº2 , p.64

¹⁷⁰THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.186

¹⁷¹GOMES, Roberto de Almeida Borges, **O Princípio da Verdade Real e sua conformação com a Constituição Federal de 1988**. In: SCHMITT, Ricardo (Org.). Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: JusPodivm, 2007.

¹⁷²FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed.São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p.52

verdadeira, mas fruto de outros acontecimentos.¹⁷³ Desse modo, “quem fala em verdade real confunde o ‘real’ com o ‘imaginário’, pois o crime é sempre um fato passado, logo é história, memória, fantasia, imaginação. É sempre imaginário, nunca é real”¹⁷⁴.

Eugênio Pacelli¹⁷⁵ afirma ser completamente inadequado se falar em verdade real pois, além do fato que esta diz respeito à realidade do já ocorrido, da realidade histórica; pode se mostrar uma aproximação perigosa e pouco recomendável com o passado que deixou marcas indelévels no processo penal antigo, notadamente no sistema inquisitório da Idade Média, cuja a preocupação excessiva com busca da verdade real legitimou inúmeras técnicas de obtenção da confissão do acusado e de intimidação da defesa. “A busca pela verdade real, durante muito tempo, comandou a instalação de praticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade”.

É nesse sentido que Luigi Ferrajoli leciona a respeito da verdade real:

A verdade a que aspira o modelo substancialista do direito penal é a chamada verdade substancial ou material, quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais. É evidente que esta pretendida "verdade substancial", ao ser perseguida fora de regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera em juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognitivismo ético sobre o qual se baseia o substancialismo penal resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal.¹⁷⁶

A verdade real é um mito que deve ser desconstruído e que serviu e ainda serve nos tempos de hoje, apenas para justificar os atos abusivos praticados pelo Estado.¹⁷⁷ Ao analisar historicamente, se percebe que sempre que o processo penal busca uma “verdade mais material e consistente” e com menos restrições na atividade de busca, acaba por produzir uma “verdade” de menor qualidade e com pior trato para

¹⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** 2ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003, p.200.

¹⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.568

¹⁷⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 19ªed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 333-334

¹⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3ª Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p.48

¹⁷⁷ LOPES JR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** 2ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003, p.200

o acusado. “Esse processo, que não conhecia a idéia de limites – admitindo inclusive a tortura – levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados”.¹⁷⁸

Eugênio Pacelli afirma que talvez o maior mal causado pelo aludido princípio tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que acabou atingindo praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal¹⁷⁹

É nesse sentido que Aury Lopes afirma que:

O mito da verdade está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos; e com a figura do juiz-autor (inquisidor).¹⁸⁰

Por isso, não adianta de nada lutar pela efetivação do modelo acusatório e a máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição, uma vez que tudo isso esbarra na atuação substancialista de quem busca uma inalcançável verdade real¹⁸¹

Vale trazer a acertada decisão abaixo a respeito do superado mito da verdade real:

CORREÇÃO PARCIAL.

- O órgão acusador - parte que é e poderes que tem - não pode exigir que o Judiciário requisite diligências, quando o próprio Ministério Público pode fazê-lo.

- **O mito que o processo penal mira a "verdade real" está superado. A busca é outra: julgamento justo ao acusado** (lições de Aduauto Suannes e Luiji Ferrajoli).

- **O papel do juiz criminal é de equidistância: a aproximação entre acusador e julgador é própria do medieval inquisitório.**

- Correição parcial improcedente. (Meu grifo) ¹⁸²

Aury Lopes Jr sustenta que a obtenção da verdade não é a função do processo penal ou adjetivo da sentença, “pois a luta pela captura psíquica do juiz, pelo convencimento do julgador, é das partes, sem que ele tenha a missão de revelar uma verdade”. Logo, a sentença nem sempre é (e nem precisa ser) a “verdade” mas sim o resultado do seu convencimento formado em contraditório e a partir do

¹⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003, p.200

¹⁷⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ªed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 333

¹⁸⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.566

¹⁸¹ *ibidem*, p.565

¹⁸² RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Correção Parcial nº 70002028041. Quinta Câmara Criminal. Relator Desembargador Amilton Buenos De Carvalho. Julgado em 20 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 03 abril. 2016.

respeito às regras do devido processo. O mencionado autor destaca para o fato que não está dessa maneira negando a verdade no processo, apenas propondo um deslocamento da discussão para outra dimensão, de modo a considerar que a verdade é contingencial e não estruturante do processo. Afirma assim que “o determinante é convencer o juiz segundo as regras do devido processo penal. É assim que funciona o sistema acusatório que, liberto da verdade, não permite que o juiz tenha atividade probatória”¹⁸³

Nesse mesmo norte Marco Antonio de Barro leciona que a descoberta da verdade é meio e não fim do processo. A principal finalidade do processo é a de produzir justiça, e para que efetivamente a justiça seja produzida é essencial que o juiz se convença de que a verdade foi desvendada mediante a reconstituição formal dos fatos¹⁸⁴

Destarte, cumpre apontar que o processo penal moderno está orientado pela instrumentalidade garantista, daí porque afirmar que no processo penal só se legitimaria a verdade formal, ou verdade processual¹⁸⁵

A verdade formal ou processual em sentido inverso da verdade real, poderá ser alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativas apenas a circunstâncias e fatos perfilados como penalmente relevantes. Importante destacar que a verdade processual não tem pretensão de ser a verdade, de modo que não é colhida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal, pois, ela esta condicionada em si própria pelo respeito ao procedimentos e às garantias da defesa.¹⁸⁶

Pode-se dizer que é uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, no entanto mais limitada quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética “verdade real” “no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas em consonância com as leis, de que deve estar corroborada por provas colhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade somente provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de

¹⁸³LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.574-576

¹⁸⁴BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista do Tribunais. 2002, p.22.

¹⁸⁵LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003, p.200

¹⁸⁶FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p.48

acusação ou de provas ritualmente formadas, deverá prevalecer a presunção de não culpabilidade, ou seja, da falsidade formal ou processual das hipóteses acusatórias. Ademais, este é o valor e, também, o preço do "formalismo", que no direito e no processo penal rege normativamente a indagação judicial, protegendo, quando não seja inútil nem vazio, a liberdade dos cidadãos, justamente contra a introdução de verdades substanciais ou reais, arbitrárias e intoleráveis.¹⁸⁷

Encontrar a verdade processual significa colher elementos probatórios necessários e lícitos para evidenciar, com certeza (dentro dos autos), quem de fato enfrentou o comando normativo penal e o modo pela qual o fez. A verdade é dentro dos autos e pode, perfeitamente, não condizer com a verdade no mundo dos homens, visto que o conceito de verdade é relativo. Entretanto, nos autos processo devem conter o mínimo de dados necessários (meios de prova) para que o juiz possa julgar admissível ou não a pretensão acusatória. "A verdade é processual. São os elementos de prova que se encontram dentro dos autos que são levados em consideração pelo juiz em sua sentença. A valoração e a motivação recaem sobre tudo que se apurou nos autos do processo."¹⁸⁸

O processo penal tem caráter instrumental, sendo assim meio para efetivar os direitos e garantias individuais que estão assegurados na Constituição Federal e nos tratados internacionais que o Brasil seja parte. Desse modo, "o direito não pode ser realizado a qualquer preço. Há que se descobrir a *possível* verdade dentro do devido processo legal". O magistrado não pode afastar-se das provas carreada para os autos processuais, ainda que não correspondam a verdade processual primária (que, por não estar presente nos autos, ele desconhece), pois a solução da lide deve ser atingida através da verdade judiciária com os limites impostos pela ordem jurídica.¹⁸⁹

É nesse sentido que Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar afirmam que deve-se buscar a verdade processual, "identificada como verossimilhança (verdade aproximada), extraída de um processo pautado no devido procedimento, respeitando-se o contraditório, a ampla defesa, a paridade de armas e conduzido por magistrado imparcial". O resultado desejado é a prolação da sentença que reflita o

¹⁸⁷FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p.48

¹⁸⁸RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013, p.07

¹⁸⁹*idem*

convencimento do magistrado, construído com equilíbrio e que se reveste como a medida justa, seja por sentença condenatória ou absolviória.¹⁹⁰

3.4 A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ, OS PRINCÍPIOS E AS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS CONSTITUCIONAIS RELACIONADAS

Etimologicamente, a palavra princípio vem do latim *principium* possuindo vários significados, entre eles, o de momento em que alguma coisa tem origem; causa primária, elemento preponderante na constituição de um corpo orgânico; causa ou fonte de uma ação; dentre outros.¹⁹¹ No sentido utilizado em Direito, princípio é dogma fundamental que tem o poder de harmonizar o sistema normativo com lógica e racionalidade. “É a base, o alicerce, o mandamento nuclear de um sistema”.¹⁹²

Marcelo Neves¹⁹³ leciona que “os princípios atuam como estímulo à construção de argumentos que possam servir de casos, sem que estas se reduzam a opções discricionárias”. Tendo em vista a sua pluralidade, os princípios enriquecem o processo argumentativo entre os envolvidos, ou seja, partes e juiz, abrindo-o para uma diversidade de ponto de partida.

Os princípios dispõem de plena eficácia normativa, pois são verdadeiras “normas”. Aury Lopes Jr leciona que os princípios (notadamente os constitucionais) são normas constitucionais ou gerais do sistema. São resultado de uma generalização contínua e instituem a própria essência do sistema jurídico, com indiscutível caráter de “norma”¹⁹⁴

O princípio atribui ao texto constitucional vida, relação com a realidade plasmada na eleição dos valores tidos como essenciais para a manutenção de um estado de

¹⁹⁰ TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª Ed. rev. atual. e ampl. Salvador: juspodvm, 2015, p.58

¹⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12 ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.9

¹⁹² BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista do Tribunais. 2002, p.25

¹⁹³ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hercules- princípios e regras constitucionais**. 2ªed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014

¹⁹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.163

compromisso social, expondo-se como dimensão determinante, adequada a produzir diretrizes materiais de interpretação das normas constitucionais.¹⁹⁵

A constituição Federal se preocupa com a estruturação do processo penal, o que é natural, na medida em que dispõe de diversos direitos e garantias fundamentais relativos à persecução penal¹⁹⁶.

A verdade é que na tipologia dos princípios constitucionais, conforme estudada por Canotilho, eleita como a que preenche mais fielmente os objetivos deste trabalho, destacam-se aqueles denominados fundamentais, “historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica”, os princípios políticos constitucionalmente conformadores, dado que “explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”, os constitucionais impositivos, derivados de uma Constituição dirigente, que “impõe aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”, e, finalmente, os **princípios-garantia, traduzindo-se em garantias diretas para todas as pessoas.**¹⁹⁷ (meu grifo)

Marcos Antonio de Barros¹⁹⁸ leciona que “o processo penal brasileiro é regido por uma série de princípios que revelam os postulados fundamentais de política criminal e processual penal adotados pelo país.” Assim, pode-se dizer que os princípios são proposições gerais que servem de base fundamental para a prática do Direito e para a proteção de direitos.

3.4.1 Princípio da Imparcialidade do Juiz

A imparcialidade do juiz é um “princípio supremo do processo” sendo então fundamental para o seu desenvolvimento normal e obtenção do reparto judicial justo.¹⁹⁹

“A imparcialidade é uma das características da jurisdição. Decorre de todas as garantias e direitos individuais estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito”.²⁰⁰ O magistrado realiza a sua função num caráter de substitutividade, isso quer dizer

¹⁹⁵PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.59

¹⁹⁶PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.59

¹⁹⁷*idem*

¹⁹⁸BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista do Tribunais. 2002, p.26

¹⁹⁹LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.177

²⁰⁰VARGAS, Tatiane de Moraes. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. 2003. Monografia. (Curso de Graduação em Direito)- Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília. p. 41

que ele substitui a vontade dos conflitantes pela sua própria vontade e se afasta dos interesses das partes para proferir a decisão mais justa, sem que as suas íntimas convicções afetem na decisão.

Gustavo Badaró²⁰¹ ensina que a imparcialidade do juiz é imprescindível à atividade jurisdicional. O processo enquanto um dos meios heterônomos de resolução dos conflitos e de aplicação da lei, apenas tem razão de ser quando o ato final de exercício de poder seja realizado por um terceiro, suprapartes, ou seja, um sujeito imparcial.

A Constituição Federal não tratou expressamente da imparcialidade do juiz, no entanto, o tema é previsto no Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, §1, recepcionado pela vigente Carta Magna:

Artigo 8º - Garantias judiciais

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.²⁰²

Muito embora não esteja previsto expressamente na Constituição Federal o direito a um juiz imparcial, é irrefutável que a imparcialidade do órgão jurisdicional é *conditio sine quae non* de qualquer juiz, consistindo em uma garantia constitucional implícita. Badaró afirma ainda que não se compreende a palavra juiz sem o qualificativo de imparcial. “A idéia de jurisdição está indissociavelmente ligada à de um juiz imparcial, na medida em que, se o processo é um meio de heterocomposição de conflitos, é fundamental que o terceiro, no caso, o juiz, seja imparcial, isto é, não parte.”²⁰³

Como pressuposto da imparcialidade do juiz, temos a independência do juiz, este por sua vez pressupõe garantias constitucionais que visam dar uma segurança ao julgador de que, no desempenho de suas funções (de garantidor), não sofrerá coações políticas ou funcionais, constrangimentos que possam ameaçá-lo a perder o seu cargo, desse modo, afastando qualquer possibilidade de influencia referente

²⁰¹BADARÓ, Gustavo Henrique. **Juiz Natural no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.24 e 30.

²⁰²BRASIL, Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 05 abr. 2016.

²⁰³BADARÓ, Gustavo Henrique, *op. cit.*, *loc. cit.*

à sua decisão que será prolatada. Garantias como: vitaliciedade, inamovibilidade, e irredutibilidade do vencimento.²⁰⁴

Assim, o estabelecimento de garantias com o objetivo de resguardar o julgador, no exercício de sua atividade jurisdicional, contra pressões externas, principalmente aquelas de caráter político, é sem dúvidas a medida necessária e exata para o resguardo da independência. De tal sorte que, onde a independência não for assegurada, estará o juiz sujeito a qualquer tipo de pressões que desvirtuarão e contaminarão toda a marcha processual²⁰⁵.

A imparcialidade é uma decorrência natural do princípio do devido processo legal e de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito. Não se é possível conceber uma atividade jurisdicional válida que não esteja associada a um juiz eqüidistante das partes processuais, sendo desse modo, um atributo inerente à jurisdição e reconhecido como um direito humano protegido por diversos documentos internacionais. A imparcialidade caracteriza-se pelo desinteresse subjetivo do julgador frente ao caso posto a julgamento, ficando o juiz impedido de servir aos interesses subjetivos de qualquer uma das partes processuais. Conseqüentemente, deve exercer o poder jurisdicional com isenção sem permitir que fatores externos interfiram na condição da marcha processual e no conteúdo de sua decisão, atuando assim como um observador desapaixonado.²⁰⁶

A parcialidade corresponde a um estado subjetivo, anímico e emocional, que, se de um lado, é inerente a quem é parte numa relação processual, do outro lado, é inaceitável ao juiz, pois se exige a eqüidistância dos demais sujeitos.²⁰⁷ A imparcialidade, por sua vez, corresponde exatamente a essa posição que o Estado ocupa no processo de terceiro, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes processuais. Para isso exige uma posição de *terzieta*, um estar alheio aos interesses das partes processuais²⁰⁸ Como leciona Jacinto Coutinho, a posição do julgador na relação processual é de órgão *super partes*, entretanto, isso

²⁰⁴RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013, p.20

²⁰⁵ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.139.

²⁰⁶*ibidem*, p.140.

²⁰⁷CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal Pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: RT, 2007, v.7, p.155

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.177

não significa que ele está acima das partes, e sim que está para além dos interesses delas.²⁰⁹

Vale ressaltar que a imparcialidade nada tem a ver com neutralidade, a figura de juiz neutro não existe²¹⁰. Seguindo os ensinamentos de Gilberto Thums, torna-se insustentável imaginar “um sujeito do conhecimento capaz de ficar isolado do mundo dos fatos, das crises econômicas, políticas e sociais que atingem as pessoas jurisdicionalizadas, como se tivesse numa ilha.”²¹¹ Não se questiona mais que o ato de julgar é reflexo de um sentimento, uma eleição de significados válidos na norma e nas teses expostas. Logo, percebe-se que há um conjunto de fatores psicológicos que influenciam o ato de julgar e que impedem assim qualquer construção que envolva a tal neutralidade²¹². Não se pode acreditar então que exista um juiz neutro, Thums afirma que a neutralidade do julgador é certamente uma questão mitológica.²¹³

Desse modo, a imparcialidade do juiz não decorre de uma virtude moral, de uma qualidade pessoal do julgador, e sim de uma estrutura de atuação, é uma qualidade do sistema acusatório.²¹⁴ A imparcialidade é uma construção do direito, sendo inerente então um afastamento estrutural, um alheamento para com as partes processuais (acusador e réu). “Como meta a ser atingida, o processo deve criar mecanismo capazes de garanti-la, evitando, principalmente, atribuir poderes instrutórios ao juiz”.²¹⁵

Assim, a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando se atribuem ao juiz poderes instrutórios (ou investigatórios), pois a gestão ou a iniciativa probatória é característica fundamental do princípio inquisitivo que, por conseqüência, leva a fundar um sistema inquisitório. A gestão ou iniciativa probatória nas mãos do julgador conduz à figura do *juiz-ator*, núcleo do sistema penal

²⁰⁹COUTINHO, Nelson de Miranda. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em: < <http://emporiiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho> > .Acesso em: 01 abril. 2016, p.04

²¹⁰LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003, p.441

²¹¹THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.120

²¹²LOPES JÚNIOR, Aury, **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.442.

²¹³THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.120

²¹⁴LOPES JÚNIOR, Aury, *op. cit.*, p.224.

²¹⁵*ibidem*, p.442

inquisitório. Desse modo, destrói-se a estrutura dialética do processo penal, a igualdade de tratamento e oportunidade, o contraditório e, por fim, a imparcialidade – “o princípio supremo do processo”²¹⁶

A imparcialidade é garantida pelo sistema acusatório e sacrificada no modelo inquisitivo, de forma que apenas haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um distanciamento do juiz da atividade investigatória/instrutória. Aury salienta para o fato de que a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, sobretudo, da imparcialidade.²¹⁷

Autores como Ada Grinover Pellegrini, José Carlos Barbosa Moreira e Gustavo Henrique Badaró, discordam do fato de que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz de ofício implique no comprometimento de imparcialidade do mesmo. Dessa forma, José Carlos Barbosa Moreira²¹⁸ leciona que o uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a imparcialidade do julgador, pois tal expressão não exclui no órgão jurisdicional a vontade de decidir de forma justa e, desse modo, de dar ganho de causa à parte processual que tenha razão.

Como afirma o autor Sergio Demoro Hamilton²¹⁹, “não procede de forma alguma a alegação no sentido de que a iniciativa judicial no campo probatório não compromete a imparcialidade do juiz”. Resta evidente que o juiz, ao tomar a iniciativa na produção de determinada prova em favor da acusação, antevê aquele determinado resultado, pois se não fosse assim, não haveria sentido na providência. Como fica claro na expressão utilizada por Geraldo Prado²²⁰: “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar”.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), maior fonte de inspiração da Corte Internacional de Direitos Humanos, cujo Brasil é signatário, consagrou o entendimento (principalmente nos casos *Piersack*, de 1982, e no caso de *Cubber*, de 1984) de que o juiz com poderes investigatórios não se compatibiliza com a função

²¹⁶*ibidem*, p.178

²¹⁷LOPES JÚNIOR, Aury, **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 178

²¹⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Revista Brasileira de direito processual**. Belo Horizonte: Fórum. Ano 15, n. 59, jul./set. 2007, p.134

²¹⁹HAMILTON, Sergio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório. **Revista da faculdade de direito de campos**. Ano II, Nº2, p.268

²²⁰PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.137.

de julgador. Desse modo, se o juiz exerceu a atividade investigatória na fase pré-processual ou na fase processual, não poderá ser o julgador. Consistem em uma violação do direito ao juiz imparcial assegurado no art. 6.1 do Convênio para proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950. Conforme o TEDH, a contaminação fruto dos “pré-juízos” conduz à ausência de imparcialidade objetiva ou subjetiva.²²¹

Para o TEDH a imparcialidade subjetiva refere-se à convicção pessoal do julgador, que conhece um assunto determinado e, dessa forma, a sua falta de “pré-juízos”. Já a imparcialidade objetiva diz respeito a se tal julgador encontra-se em uma situação dotada de garantias suficientes para eliminar quaisquer dúvidas razoáveis respeito de sua imparcialidade. Assim, “não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade do afastamento)”. A parcialidade gera a desconfiança e a incerteza na comunidade e em suas instituições.²²²

O referido Tribunal aponta como sendo uma fundada preocupação com a aparência de imparcialidade que o juiz deve passar para os submetidos à Administração da Justiça, pois, mesmo que não se produza o “pré-juízo”, é árduo evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga com total alheamento. Isso afeta de forma negativa a confiança que os tribunais de uma determinada sociedade democrática devem inspirar nos jurisdicionados, especialmente no âmbito penal. Desse modo, Aury Lopes afirma que existe uma presunção de parcialidade do juiz-instrutor, que lhe impede de julgar o processo que tenha instruído.²²³

Esse também vem sendo o entendimento no ordenamento brasileiro, como fica evidenciado nos julgamentos abaixo:

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

1. Hipótese em que o Juiz, antes de haver, sequer, o oferecimento da denúncia, estando ainda no curso da investigação preliminar, se imiscuir

²²¹ LOPES JÚNIOR, Aury, *op. cit.*, p.180 e 522

²²² LOPES JÚNIOR, Aury, **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013,p.522

²²³ *ibidem*, p.181

nas atividades da polícia judiciária e realizar o interrogatório do réu, utilizando como fundamento o artigo 2º, § 3º, da Lei 7.960/1989. (...)

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

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

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

7. Recurso provido.²²⁴ (Meu grifo).

Outro julgamento importante refere-se ao Habeas Corpus nº 94641/BA²²⁵, onde a turma, por maioria dos votos, concede de ofício *habeas corpus* impetrado em favor do paciente, por atentado violento ao pudor contra a sua própria filha, visando anular o processo desde o recebimento da denúncia, em virtude de ofensa à garantia da imparcialidade da jurisdição. No caso em tela, o paciente foi denunciado e processado por ter supostamente praticado atentado violento ao pudor contra a filha. A denúncia se baseou no procedimento de averiguação de paternidade. Mesmo depois da negativa dos supostos pais sobre a paternidade do condenado em relação à vítima, o juiz continuou com o procedimento, colhendo provas (intimou testemunhas, colheu depoimentos), apresentando relatório com determinação de encaminhamento do procedimento para o Ministério Público. Este, com o objetivo de ser instaurada a devida ação penal, denunciara o paciente, porém, a inicial acusatória foi recebida e processada pelo mesmo juiz da referida ação investigatória de paternidade e, baseado nos fatos por ele próprio apurados, decretou a prisão preventiva do paciente. O entendimento da Turma foi que o juiz sentenciante teria atuado como se fosse autoridade policial, em razão de, no procedimento pré-processual de investigação de paternidade, em que apurados os fatos, ter ouvido as testemunhas antes de encaminhar os autos ao Ministério Público para a propositura de ação penal.

²²⁴BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em Habeas Corpus nº 23.945 - RJ (2008/0142326-4). Recorrente: Nabil Kardous. Recorrido: Tribunal Regional Federal Da 2a Região. Relatora : Ministra Jane Silva. Dj: 16 Mar. 2009. Disponível Em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/stj-teoria-da-gestao-da-prova.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2016

²²⁵BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 94641. Paciente: Osmar Vieira Barbosa. Impetrante Djalma Eutímio de Carvalho. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Brasília, Dj: 11 nov. 2008.

Verifica-se então que o mesmo juiz conduziu todo o processo da ação penal baseado nos mesmos fatos e, nela, prolatou a sentença condenatória. Desse modo, atuou na produção das provas e cognição dos fatos em ambas fases processuais em que se desdobraram como objeto de apuração jurisdicional, ou seja, na investigação oficiosa de paternidade assim como no processo e julgamento da ação penal conseqüente.

Segundo o voto-vista do ministro Cezar Peluso, o magistrado, ao conduzir e julgar a ação penal, não conseguiu – nem poderia fazê-lo, em razão da natural limitação do mecanismo de auto controle sobre a motivação psíquicas subterrâneas – desvencilhar-se da influencia das impressões pessoais presentes já na instrução sumária do procedimento investigatório de paternidade. Aponta assim que no conteúdo das suas decisões, revelou estar fortemente influenciado pelas percepções gravada na investigação preliminar, na medida em que estavam repletas de remissões aos atos da referida investigação prévia, como também, opiniões já concebidas anteriormente e expostas sobre os fatos.

Nesse sentido, em seu voto o ministro Cezar Peluso afirma que:

Caracteriza-se, portanto, hipótese exemplar de **ruptura da situação de imparcialidade objetiva**, cuja falta incapacita, de todo, o magistrado para conhecer e decidir causa que lhe tenha sido submetida, em relação à qual a incontornável predisposição psicológica nascida de profundo contato anterior com as revelações e a força retórica da prova dos fatos o torna concretamente incompatível com a exigência de exercício isento da função jurisdicional. Tal qualidade, carente no caso, diz-se objetiva, porque não provém da ausência de vínculos juridicamente importantes entre o juiz e qualquer dos interessados jurídicos na causa, sejam partes ou não (imparcialidade dita subjetiva), mas porque corresponde à condição de originalidade da cognição que irá o juiz desenvolver na causa, no sentido de que não haja ainda, de modo consciente ou inconsciente, formado nenhuma convicção ou juízo prévio, no mesmo ou em outro processo, sobre os fatos por apurar ou sobre a sorte jurídica da lide por decidir. Como é óbvio, sua perda significa falta de isenção inerente ao exercício legítimo da função jurisdicional.

(...) **A imparcialidade da jurisdição é exigência primária do princípio do devido processo legal**, entendido como *justo processo da lei*, na medida em que não pode haver processo que, conquanto legal ou oriundo da lei, como deve ser, seja também *justo* — como postula a Constituição da República —, sem o caráter *imparcial* da jurisdição. Não há, deveras, como conceber-se processo jurisdicional — que, como categoria jurídica, tem por pressuposto de validade absoluta a concreta realização da promessa constitucional de ser justo ou devido por justiça (*due process*) —, sem o predicado da *imparcialidade* da jurisdição. (Meu grifo)²²⁶.

²²⁶BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 94641. Paciente: Osmar Vieira Barbosa. Impetrante Djalma Eutímio de Carvalho. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Brasília, DJ: 11 nov. 2008.

Muito embora os julgados mencionados acima se referiram à atos investigatórios na fase preliminar, pode-se afirmar que o entendimento é perfeitamente aplicável aos poderes instrutórios durante a fase processual, pois tanto os poderes investigatórios praticados na fase pré-processual, bem como os poderes instrutório realizados no processo afrontam a imparcialidade do julgador. Assim, o juiz que busca de ofícios as provas, não apresenta perante os jurisdicionados a posição de eqüidistância que lhe é exigida, indo de encontro, dessa forma, ao aspecto objetivo da imparcialidade, que, por força de presunção absoluta, não depende de quaisquer comprovações.²²⁷

Neste tocante, será analisado no próximo capítulo o artigo 156 do CPP, o qual confere poderes instrutórios ao juiz, configurando-se claramente uma violação ao princípio supra mencionado (e outros), a qual exige do julgador uma posição eqüidistante e de alheamento para que sua imparcialidade possa ser resguardada.

3.4.2 Princípio da presunção de inocência e *oin dubio pro reo*

Historicamente, o princípio da presunção de inocência tem seu marco principal no final do século XVIII na Europa Continental, durante o Iluminismo, onde, surgiu a necessidade de se insurgir contra o sistema inquisitório, de base romano-canônica, que vigia desde o século XII²²⁸. Nesse período, o acusado era considerado como objeto do processo e sobre ele recaía uma aura de culpabilidade e não de inocência. O réu era, então, desprovido de qualquer garantia²²⁹. Assim, surge a necessidade de se proteger o cidadão do arbítrio do Estado que, deseja a qualquer custo a sua condenação, desse modo, como regra, o presumia culpado.

Com a eclosão da Revolução Francesa, nasce a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, esse diploma representa um marco para os direitos e garantias fundamentais do homem.²³⁰ De acordo com o artigo 9º do referido diploma: “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar

²²⁷ ARMBORST, Aline Frare. **A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório.**, p.25.

²²⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 21ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013, p.24.

²²⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

²³⁰ RANGEL, Paulo, *op. cit., loc. cit.*

indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”²³¹

É oportuno lembrar que desde 1764 Cesare Beccaria²³² em seu exemplar “Dos delitos e das penas”, já apontava para o fato de que “um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”.

“O apelo à presunção de inocência como direito natural, inalienável e sagrado do homem, surgiu como resposta às exigências iluministas, que partia da premissa de que era preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente”.²³³

Posteriormente, o referido princípio foi incorporado por diversos diplomas internacionais, como a Declaração Universal do Homem e do Cidadão, aprovada pela assembléia da ONU, em dezembro de 1948; na Convenção Européia para proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; no Pacto Internacional de Direitos Civis e Político; e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) que prevê em seu art. 8º§2, “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”

O princípio da presunção de inocência passa a ser consagrado expressamente no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5º, caput e inciso LVII da Constituição Federal brasileiro²³⁴: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Consiste, então, no direito de não ser declarado culpado enquanto não houver sentença condenatória transitada em julgado, ao final do devido processo legal, “em que o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para sua

²³¹ FRANÇA, **Declaração de direitos do homem e do cidadão-1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> . Acesso em: 15 abr. 2016.

²³² BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – 3. Ed. ver. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.,p.50

²³³ MIRZA, Flavio. O ônus da prova no direito processual penal, à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo. **Revista dialética de direito processual**. São Paulo, n. 4, 2003, p.44

²³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)”²³⁵

Luigi Ferrajoli²³⁶ leciona que o princípio da presunção de inocência é decorrência do princípio da submissão à jurisdição, pois, se a jurisdição é atividade necessária para obter a prova de que um indivíduo cometeu o delito penal, desde que tal prova não tenha sido colhida mediante um juízo regular, nenhum crime pode ser considerado cometido e nenhum indivíduo pode ser tido como culpado nem submetido a pena. Afirma ainda que, é um princípio fundamental de civilidade fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que tenha que se pagar o preço de alguns culpados ficarem impunes. Ao corpo social basta que os culpados seja *geralmente* punidos, já que o seu maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, sejam protegidos.

Se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias - que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica 'segurança' fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica 'defesa' destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda da legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam.²³⁷

Marcio Geraldo Britto Arantes Filho leciona que é possível extrair três diferentes enfoques quanto à análise do princípio da presunção de inocência: a presunção de inocência como garantia política; a presunção de inocência como norma de tratamento do imputado; e a presunção de inocência como norma de julgamento em caso de dúvida: *in dubio pro reo*.²³⁸

²³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015

²³⁶FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p.506

²³⁷FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010, p.506

²³⁸ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. **Revista liberdades do Instituto brasileiro de ciências criminais** nº 4: Maio - Agosto de 2010. Disponível em: < https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/5-Revista-no-4-Maio-Agosto-de-2010> . Acesso em: 15 abr. 2016.

Quanto ao primeiro enfoque, Gustavo Badaró²³⁹ afirma que a presunção de inocência assegura a todo cidadão um prévio estado de inocência, que apenas será afastado quando houver prova plena do cometimento do crime. Dessa forma, é uma presunção política, “que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal”.

O segundo enfoque está diretamente relacionado com o tratamento do imputado durante o processo penal. Deve-se então, partir da idéia de sua inocência, restringir ao máximo as medidas que limitam os seus direitos durante o processo, inclusive durante a fase pré-processual. Impõe também o dever de limitar a publicidade abusiva. “O bizarro julgamento montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”²⁴⁰.

Por fim, o último enfoque relaciona-se com regra de juízo. Está associada ao âmbito probatório e impõe exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, além da absolvição em caso de qualquer dúvida razoável.²⁴¹

Nesse tocante, em caso de dúvida sobre os fatos em discussão em juízo, a decisão tem que favorecer o imputado, nesta acepção, a presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*.²⁴²

Nesse diapasão, Gilberto Thums²⁴³ leciona que, no que se refere à valoração da prova, sobressai o princípio do *in dubio pro reo*, segundo o qual, se após a regular instrução processual, o órgão acusador não conseguir colher provas suficientes para a imputação, o juiz deve absolver o réu. A prova para condenar alguém deve conter um juízo formal de certeza. Desse modo, na dúvida sobre as provas, a absolvição se impõe.

Pelo fato de o imputado ser presumidamente inocente, não lhe incumbe provar coisa alguma. Existe uma presunção que deve ser desconstruída pelo acusador, sem que o

²³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003., p.284.

²⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.228-230.

²⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p.45

²⁴² *idem*

²⁴³ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.156

réu (e muito menos o juiz) tenha algum dever de ajudar nessa desconstrução(direito de silêncio).²⁴⁴

Importante apontar que no processo penal não há distribuição de cargas probatórias, desse modo, está inteiramente nas mãos do acusador a carga da prova, não apenas porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória, como também porque o imputado está protegido pela presunção de inocência, por esta razão, não recai sobre o este em nenhum momento a carga de provar a sua própria inocência.²⁴⁵

Aury leciona que o processo penal define uma situação jurídica em que o problema da carga probatória é, na verdade, uma regra para o juiz, proibindo-o de condenar alguém cuja culpabilidade não tenha sido comprovada.²⁴⁶

Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do in dubio pro reo corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador. A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolate uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado este grau de convencimento (e liberação de cargas), a absolvição é imperativa. (Meu grifo)²⁴⁷

Gilberto Thums²⁴⁸ explica que o imputado não tem obrigação alguma de provar fato negativo, pois, se a acusação tiver provas para incriminação, a consequência será a absolvição. Se a prova obtida não for suficiente para convencer o julgador sobre a culpa do acusado, vale o princípio do in dubio pro reo, ou seja, o juiz deve absolver e não diligenciar na obtenção de novas prova, sob a alegação da busca da verdade real.

Existindo dúvida a respeito da autoria ou da materialidade, o juiz deverá absolver o réu em nome do princípio do in dubio pro reo. O julgador ao diligenciar provas de ofício estará favorecendo a acusação visto que à luz do princípio da presunção de inocência, o réu tem sua presunção de inocência assegurada não precisando de qualquer prova para a sua absolvição. Resta claro então que a iniciativa instrutória do juiz se mostra completamente incompatível com um estado democrático de direito e com um modelo acusatório.

²⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury, *op. cit.*, p.549.

²⁴⁵ *idem*

²⁴⁶ *ibidem*, p.550.

²⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.550

²⁴⁸ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.240

4. O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

4.1 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

4.1.1 O Sistema Processual Penal Brasileiro e o Código de Processo Penal de 1941

O Código de Processo Penal (CPP) foi promulgado por meio do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942.²⁴⁹ Surge em meio a um contexto marcado por uma crescente centralização política e como triunfo dos ideais autoritários, sendo então um produto jurídico do Estado Novo²⁵⁰. De igual modo, Roberto de Almeida Borges Gomes leciona que, com o ainda vigente Código de 1941, pretendeu-se a consolidação de um sistema acusatório, porém ainda com forte tendência inquisitiva, em razão do momento histórico de seu surgimento, pois o Brasil estava passando por um momento ditatorial e com fortes tendências mundiais a governos totalitários. Vale ressaltar que de 1937 a 1945 o Brasil se submeteu ao regime do Estado Novo, onde mantinha íntima relação com o Estado fascista italiano.²⁵¹

Por essa razão, o Código de Processo Penal brasileiro de 1941 se inspirou na legislação processual penal italiana (Código Rocco) produzida na década de 1930, em pleno regime fascista. Assim, foi elaborado em bases notoriamente autoritárias,²⁵² e adotou postulados inquisitoriais em nossa legislação²⁵³. Como fica evidente em sua Exposição de Motivos, de autoria do Ministro Francisco Campos:

²⁴⁹LIMA, Carlos Magno Moulin. **Vitimologia – Considerações à partir do Código de Processo Criminal do Império.** Disponível em: <<https://carlosmagnomoulin.wordpress.com/2009/09/12/vitimologia-consideracoes-a-partir-do-codigo-de-processo-criminal-do-imperio/>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

²⁵⁰ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 173

²⁵¹GOMES, Roberto de Almeida Borges, **O Princípio da Verdade Real e sua conformação com a Constituição Federal de 1988.** In: SCHMITT, Ricardo (Org.). Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: JusPodivm, 2007.

²⁵²PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 19ªed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 05

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum (...) **É restringida a aplicação do *in dubio pro reo***. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal.²⁵⁴ (Meu grifo)

Pacelli²⁵⁵ esclarece que o princípio fundamental que norteava o Código de Processo Penal era o da presunção da culpabilidade, pois ofato de uma acusação implicava o juízo de antecipação da sua culpa. O acusado era tratado como potencial culpado principalmente em caso de prisão em flagrante. Fica claro também a primazia da tutela da segurança pública sobre a tutela da liberdade individual, implicando no estabelecimento de uma fase investigatória agressivamente inquisitorial que ocasionou uma exacerbação dos poderes dos policiais.

Pretendia-se também, restringir a aplicação do princípio *in dubio pro reo* e assim, ampliar a noção de delito para o efeito da prisão provisória. Dessa forma, a decretação de prisão preventiva passou a ser, em certos casos, um dever imposto ao julgador e não uma faculdade, em nome da efetivação da justiça penal²⁵⁶.

Outro ponto importante é que a busca da verdade real, legitimou várias práticas autoritárias e abusivas por parte dos poderes públicos. A ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa instrutória do magistrado, justificada como imprescindível e indispensável à busca da verdade real, descaracterizou o caráter acusatório que se quis conferir à atividade jurisdicional. Dessa forma, o interrogatório do réu era realizado sem a intervenção das partes, em um ritmo efetivamente inquisitivo,

²⁵³GOMES, Roberto de Almeida Borges, **O Princípio da Verdade Real e sua conformação com a Constituição Federal de 1988**. In: SCHMITT, Ricardo (Org.). Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: JusPodivm, 2007.

²⁵⁴Brasil, **Exposição de motivos do código de processo penal**, Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016.

²⁵⁵PACELLI, Eugênio, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵⁶MESQUITA, Alyne Lima de. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro sob a perspectiva do sistema acusatório**. 2015. Monografia (Curso de Graduação em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, p.18

eexclusivamente como meio de prova, e não de defesa, sendo permitido, inclusive, a condução coercitiva do acusado.²⁵⁷

Desse modo, de acordo com a exposição de motivos, o julgador deixará de ser um mero espectador inerte da produção da prova. Sua intervenção na atividade processual é admitida, não apenas para conduzir a marcha da ação penal e julgar a final como também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. O juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada.

A forte tendência inquisitiva do referido Código fica evidenciada no artigo 156 do CPP, que em sua redação original permitia ao juiz a gestão da prova, podendo ele (o juiz), produzir a prova de ofício, sem que precise de uma provocação das partes. Assim, o art. 156 dispunha: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”,²⁵⁸

Não apenas o mencionado artigo 156, como também outros artigos presentes no código de processo penal, concentramem seu conteúdo nítida característica inquisitorial. Percebe-se que não basta “termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca de prova ou mesmo na pratica de atos tipicamente da parte acusadora”²⁵⁹ Desse modo leciona o desembargador Luiz Melíbio Uiraçaba Machado:

(...) o nosso Código de Processo Penal, que está em vigor ainda hoje, contém resquícios de Inquisição. Por exemplo: o Juiz ainda controla o arquivamento do inquérito, quando essa é uma atividade pré-processual; o Juiz pode decretar o seqüestro dos bens, de ofício (art. 127); o Juiz pode instaurar incidente de falsidade, de ofício (art. 149); o Juiz pode instaurar incidente de insanidade mental do réu (dispositivo expresso do CPP); **o Juiz pode requisitar a prova, de ofício (art. 156), mesmo para condenar o réu, suprindo, portanto a omissão do Estado acusador**; o Juiz pode renovar o interrogatório a qualquer tempo; o Juiz pode decretar a busca e apreensão, de ofício; o Juiz pode decretar a prisão preventiva do imputado, de ofício; o Juiz pode alterar a acusação, a chamada *mutatio libeli* do art. 384, de ofício; o Juiz pode interpor recurso, de ofício; o Juiz pode reinquirir o

²⁵⁷PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ªed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 07-08

²⁵⁸BRASIL. **Código De Processo Penal**. 20ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014

²⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.122

acusado, de ofício; as Câmaras julgadoras, ao apreciarem apelações, podem ordenar novas provas, de ofício.²⁶⁰

Lopes Júnio evidencia que fica clara “a insuficiência de uma separação inicial de atividades se, depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial. O juiz deve manter uma posição de alheamento e afastamento da arena das partes, ao longo de todo o processo.”²⁶¹

Tendo em vista que a gestão da prova constitui a essência do sistema, sendo ela o elemento que diferencia o sistema acusatório do inquisitivo e, tendo em foco o artigo 156 do CPP, o qual atribui poderes instrutórios ao julgador, fica fácil perceber que o nosso processo penal possui nítidos traços inquisitoriais.

4.1.2 A Eleição Constitucional do Sistema Acusatório

Enquanto a perspectiva teórica do Código de Processo Penal era notoriamente autoritária, preponderando sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública, a Constituição Federal de 1988 caminhou em sentido diametralmente oposto.²⁶²

Se, por um lado, o Código de 1941 pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do sujeito, a Constituição instituiu um sistema de amplas garantias individuais, começando pela afirmação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado consubstanciado, no seu artigo 5º, LVII, CF. Desse modo, foram operadas mudanças radicais. A nova ordem estabeleceu que o processo não fosse mais dirigido, “prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do estado”.²⁶³

²⁶⁰MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba Machado. **Evolução do código de processo penal: mesa redonda no I seminário de política de memória institucional e historiografia**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judicio_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016

²⁶¹LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.122

²⁶²PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ªed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 08

²⁶³*idem*

Importante apontar que a atual Constituição Federal não declarou expressamente a sua opção pelo sistema processual adotado, porém, com base em uma interpretação sistemática da Lei Maior não restam dúvidas quanto à consagração pelo sistema acusatório.

Aponta-se que a constituição representa uma *unidade normativa*, um sistema unitário de normas, enquanto ordem unitária da vida política e social do Estado, que reúne de forma harmônica e articulada, um conjunto de normas. Dessa forma, deve-se interpretar as normas constitucionais como parte integrante de um mesmo sistema, e jamais como preceitos isolados e dispersos. Não se pode interpretar a constituição em partes, ou em fatias, mas sim de forma total e coerente, confrontando a norma interpretada com as demais normas do mesmo sistema, visando assim evitar resultados antagônicos.²⁶⁴

Desse modo, a Constituição tem de ser interpretada de maneira a evitar contradições entre suas normas, a constituição deve ser considerada na sua globalidade, no seu conjunto, no sentido de objetivizar e harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a serem concretizadas²⁶⁵.

Considera-se que o projeto democrático constitucional determina uma valorização do homem e da dignidade da pessoa humana, que consistem em pressupostos básicos do modelo acusatório. Vale destacar que a transição do sistema inquisitivo para o acusatório é, primordialmente, uma transição de um sistema política autoritário para um modelo democrático de direito. Portanto, democracia e modelo acusatório compartilham uma mesma base epistemológica.²⁶⁶

Geraldo Prado²⁶⁷ afirma que é devida à concepção ideológica de um processo penal democrático a assertiva comum de que a sua estrutura há de respeitar, sempre, o modelo dialético. Reservando ao magistrado a função de julgar, mas com a colaboração das partes processuais, despindo-se, contudo, da iniciativa da perseguição penal. Assim, a eleição ideológica do modelo acusatório é um resultado natural das influências do princípio democrático em relação ao direito.

²⁶⁴CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. rev, ampl, atual. Salvador: JusPodivm, 2013, p.217-218.

²⁶⁵*idem*

²⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.223.

²⁶⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.33-34.

Quanto ao mencionado princípio da dignidade da pessoa humana, consiste em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consagrado no artigo 1º, III da CF. A fundamentação do Estado de Direito sob o pilar da dignidade da pessoa humana produz importantes efeitos jurídicos, notadamente no âmbito do Processo Penal. Pode-se afirmar que se veda a instrumentalização do ser humano, ou seja, de seu tratamento como coisa, como um objeto, inclusive no âmbito criminal. Desse modo, o ser humano (mesmo sendo acusado ou condenado por uma infração criminal) deve ser reconhecido, acima de tudo, como sujeito de direitos e não como mero sujeito de deveres, obrigações e encargos.²⁶⁸

O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil ajuda a evidenciar a adoção do sistema acusatório pela Carta Magna, tendo em vista que apenas nesse modelo o sujeito deixa de ser visto como mero objeto do processo e passa ser sujeito de direitos.

Outras importantes regras, que demonstram a nítida preferência da Constituição de 1988 por um sistema acusatório, referem-se aos dispositivos: que tornou privativo do Ministério Público a promoção da ação penal pública (art.129, I²⁶⁹); o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV²⁷⁰); a presunção de inocência (art. 5º, LVII²⁷¹); o devido processo legal (art. 5º, LIV²⁷²); do tratamento paritário das partes (at. 5º, caput e I²⁷³); a publicidade e fundamentação das decisões judiciais (93, IX²⁷⁴).

Esse também é o entendimento de Geraldo Prado, justificando que embora não esteja expresso na Constituição da República, conclui-se que “se filiou, sem dizer, ao sistema acusatório” pois adotou as elementares do princípio do acusatório, na

²⁶⁸GIACOMOLLI, Nereu José. **Resgate necessário da humanização do sistema criminal contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=5>>. Acesso em: 17 abr. 2016, p.3.

²⁶⁹Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

²⁷⁰ Art. 5º LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

²⁷¹ Art. 5º LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

²⁷² Art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

²⁷³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

²⁷⁴ 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.

medida em que a norma constitucional confere ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, o devido processo legal, com a ampla defesa e o contraditório, confere também, a presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória, “e a que aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial”. Além de prever também a publicidade e a oralidade, como regra pelo menos para as infrações penais de menor potencial ofensivo.²⁷⁵.

Jurisprudencialmente, os Tribunais vem reconhecendo a eleição constitucional pelo sistema acusatório, consagrada na Carta de 1988. Como fica evidente, em diversos precedentes como, por exemplo, a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Correição Parcial nº70014869697²⁷⁶, o do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Criminal nº1.0450.14.000965-2/001²⁷⁷, a do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº115.015²⁷⁸, dentre outros.

É de especial destaque o precedente do Superior Tribunal de Justiça no Recurso em Habeas Corpus nº 23.945/RJ²⁷⁹ o qual admitiu o status constitucional de sistema acusatório. Assim, segundo o voto da Ministra Jane Silva, algumas vezes a má utilização de princípios como segurança jurídica e economia processual, dotados de conteúdo axiológico, pode correr em grave erro de sufragar garantias processuais importantes do sujeito, desrespeitando o sistema processual acusatório que norteia o Estado Democrático de Direito, aplicação do direito ao caso concreto. Ainda segundo o voto da ministra:

²⁷⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.195

²⁷⁶RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Correção Parcial Nº 70014869697,. Quinta Câmara Criminal. Relator: Aramis Nassif. Julgado em 21 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 17 abr. 2016.

²⁷⁷MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado do Minas Gerais**. Apelação Criminal Nº 1.0450.14.000965-2/001,. Quarta Câmara Criminal. Relator: Amauri Pinto Ferreira. Julgado em 03 jun. 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_APR_10450140009652001_4feef.pdf?Signature=jZnTJ1p%2F3ffnulzQRl812XrVdU%3D&Expires=1462438663&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=37128a98c9b6ec377022ba871af19918>. Acesso em: 25 abri. 2016.

²⁷⁸BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 115.015. Paciente: Majer Zajac; Szidonia Braver Zajac; José Zajac; Israel Zajac . Impetrante: Giovanna Cardoso Gazola. Relator: Min. Teori Zavascki. São Paulo, DJ 24 ago. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499239>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

²⁷⁹BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso em Habeas Corpus nº 23.945 - Rj (2008/0142326-4). Recorrente: Nabil Kardous. Recorrido: Tribunal Regional Federal Da 2a Região. Relatora : Ministra Jane Silva. Dj: 16 Mar. 2009. Disponível Em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/stj-teoria-da-gestao-da-prova.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988 o sistema inquisitório, típico de países totalitários, cedeu lugar ao Estado Democrático de Direito que preconiza por um processo de partes, com os atos processuais sendo praticados sob a égide das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, estas sim, aptas a efetivar direitos fundamentais de liberdade, vida e dignidade do homem.

Desse modo, se por um lado, regras como a presunção de inocência, a imparcialidade, o contraditório, a ampla defesa, o regime democrático e a dignidade da pessoa humana são características íntimas do sistema acusatório, por outro, são praticamente incompatíveis com o sistema inquisitivo. É de caráter claro, portanto, que a Carta Constitucional de 1988 adotou o sistema processual acusatório, embora não esteja expressamente consagrado.

4.2 AS REFORMAS LEGISLATIVAS DE 2008 E O ARTIGO 156 DO CPP

Quando ocorreu a edição do Código de Processo Penal, vigorava a Constituição de 1937, outorgada e de inspiração nitidamente autoritária e policiaesca, estas características se refletiram no CPP editado²⁸⁰. Nesses 75 anos, desde a sua promulgação, foram passadas outras três Constituições (1946, 1967, 1969) até se chegar à atual Carta de 1988, por esse motivo, diversos artigos do vetusto CPP foram revogados. Porém, apesar da força do princípio da supremacia da Constituição e as numerosas alterações legislativas realizadas, ainda se encontravam diversas falhas e incoerências na sistemática Processual Penal, notadamente no que se refere ao sistema acusatório e às garantias do acusado.²⁸¹

Após sete anos de tramitação no Congresso Nacional, apenas três dos vários projetos encaminhados foram aprovados, resultando assim nas Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719 todas de junho de 2008. Assim, a reforma do código de processo penal trouxe novos ajustes referentes ao procedimento do júri, à disciplina de provas e às novas regras procedimentais.

Para fins de delimitação teórica, será analisada a reforma trazida pela Lei nº 11.690 a qual as modificações se referem basicamente a pontos relacionados à prova. Examinar-se-á especificamente o art. 156, a qual, pela sua nova redação, se mostra

²⁸⁰MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método. 2008, p.1.

²⁸¹*idem*

ainda mais abrangente do que a sua antecessora, outorgando aos juízes maiores poderes na determinação de produção probatória.

Para melhor compreensão, cabe a transcrição do artigo 156 em seu texto original e também a sua nova redação:

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

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

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.

A redação do referido artigo permanece praticamente intacta, a parte final do caput do artigo antecessor passou a contemplar o inciso II da nova redação, e a inovação que se tem é quanto o inciso I que autoriza que o julgador mesmo antes de iniciada a ação penal ordene *ex officio* a produção antecipada de prova.

Desse modo, se mantém a possibilidade do julgador determinar a produção de provas, sem a provocação das partes, durante a fase processual, e agora o poder instrutório do magistrado foi ampliado para a fase pré-processual, permitindo a produção antecipada de provas.

Desse modo, Lopes Júnior²⁸² afirma que o artigo 156 sempre fora foco de grande problema, principalmente para aqueles comprometidos com o sistema acusatório-constitucional. Com a reforma operada pela Lei 11.690/2008 julga-se que ficou ainda pior, pois consagrou “o juiz-instrutor-inquisidor, com poderes para a fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois no processo, decidir a partir de seus próprios atos”.

Analisando primeiramente o disposto no inciso I do referido artigo, percebe-se que “além de caminhar em direção ao passado (juiz instrutor)”, a nova redação maquiou o problema, utilizando critérios vagos, imprecisos e manipuláveis “(necessidade e adequação para que e para quem?)” e o princípio da proporcionalidade (que certamente “será utilizado a partir da falaciosa dicotomia entre o [sagrado...] interesse público e o [sempre sacrificável] direito individual do imputado...).” Estes critérios se mostram insuficientes para legitimar tal ativismo judicial.²⁸³

²⁸² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.179

²⁸³ *ibidem*, p.284

Nesse sentido, é possível afirmar que a nova redação do mencionado artigo atribui grande margem discricionária ao juiz permitindo que ele determine a produção de provas, sem a provocação das partes, antes mesmo de iniciar o processo, “conferindo-lhe a conveniência da decisão de considerá-las ou não urgentes, relevantes, adequadas, necessárias e proporcionais. Não se olvidando que isso será feito de forma unilateral”²⁸⁴.

Até mesmo autores que defendem o papel ativo do juiz na produção da prova durante o curso do processo, rejeitam a validade do inciso I do artigo 156 ao atribuir poderes probatórios durante a fase da investigação prévia. Nesse sentido, Ada Pellegrini leciona: “Esta não pode ser confiada ao juiz, sob pena de se retornar ao juiz-inquisidor do modelo antigo. Durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares”²⁸⁵. Outro argumento importante foi o de Rogério Cruz sustentando que: “se ainda não há imputação, não há processo e, portanto, são impertinentes e atentatórias à imparcialidade e ao modelo acusatório as iniciativas judiciais tendentes a, durante as investigações inquisitoriais e sem provocação do interessado, buscar provas”²⁸⁶.

A iniciativa probatória, antes de uma acusação formal, é uma atividade precípua da acusação, não podendo o juiz substituir essa função sob pena de violação do sistema acusatório.

Não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, até porque sobre ela não se exercerá jurisdição, a rigor a jurisdição criminal apenas se inicia com a apreciação da peça acusatória. O conhecimento judicial acerca das provas deverá ocorrer na fase de prolação da sentença, pois estará no exercício da função tipicamente jurisdicional. Assim, a busca de material probatório, ou de convencimento, deve interessar somente à parte acusadora que é a responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal e, jamais àquele que julgará.²⁸⁷

²⁸⁴MAIA, Rafael da Silva. **O juiz e a gestão da prova no direito processual penal brasileiro: análise a partir dos arts. 155 e 156, modificados com a lei nº 11.690/2008**. Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v14, n 24 (jan/jun), 2015, p.210.

²⁸⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, vol. 347, julho/agosto/setembro. 1999. p.07

²⁸⁶CRUZ, Rogério Schiatti Machado, **Com a Palavra as Partes**. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.23531>> . Acesso em: 29 abr. 2016.

²⁸⁷PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ªed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 12 e 336.

Mostra-se injustificável, dentro de um sistema acusatório, a imersão do magistrado nos autos das investigações penais, visando avaliar a qualidade do material probatório pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas que já foram realizadas ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público, em busca da formação da *opinio delicti*.²⁸⁸

A imparcialidade do julgador, ao contrário, exige dele justamente que se mantenha em uma posição afastada das atividades preparatórias, para que resguarde seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese provoca, alheia ao mecanismo do contraditório²⁸⁹.

A função jurisdicional deve ser preservada ao máximo, com o julgador se afastando, nos Estados democráticos de direito, da fase pré-processual e entregando-se a mesma ao órgão acusador (o Ministério Público), sendo este quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas pela polícia de atividade judiciária, ou, se for preciso, realizá-las pessoalmente, formando sua *opinio delicti* e dando início a ação penal²⁹⁰.

Destarte, deve-se atentar ao artigo 129, I da CF que confere ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública, assim a incumbência de requisitar a produção de provas, na fase investigatória preliminar, deve ser deferida, apenas ao promotor de justiça, “sem embargo do disposto no art.13, II do CPP” que merece uma nova tradução, à luz do sistema acusatório. Dessa forma, o artigo 156, I do CPP, rompe definitivamente com o sistema acusatório consagrado na Constituição Federal.²⁹¹

A iniciativa instrutória do juiz antes de iniciado o processo penal, viola flagrantemente o princípio da inércia jurisdicional, inerente ao sistema acusatório. Assim, somente a requerimento da parte acusadora é que o juiz deveria poder produzir a prova antecipada²⁹² e “não como juiz inquisidor, atuando de ofício e produzido sua própria prova.”²⁹³

²⁸⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.174.

²⁸⁹ *idem*

²⁹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 53.

²⁹¹ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentário às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.278.

²⁹² AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. O novo artigo 156 de processo penal: um museu com grandes novidades. **Revista IOB de direito penal e processual penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n 60, fev/mar, 2010, p. 22-23.

²⁹³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.284

Conferir poderes investigatórios ao magistrado representa grave violação da garantia da imparcialidade, e do sistema acusatório. Desse modo a incompatibilidade do art. 156, I com o sistema acusatório consagrado na Carta Constitucional é patente. A nova redação do referido dispositivo representa um retrocesso democrático e histórico inaceitável.

Nesse norte, Coutinho afirma que tal dispositivo é inconstitucional, pois rompe “de modo escancarado”, com o devido processo legal formal e substancialmente. Aduz ainda que a nova redação é pior do que a derogada, “o qual dava a impressão - embora não fosse, na prática, verdadeira - de não participar o juiz da colheita dos meios probatórios na primeira fase da persecução”. Seguindo seu argumento:

Agora, sem embargo, o texto é mais honesto se medido em relação à realidade que se vive, deixando claro o absurdo fascista das entranhas do sistema, inclusive em relação ao próprio magistrado. Afinal, permite-lhe expressamente, nas duas fases da persecução, ordenar *ex officio* a produção de provas (os fundamentos supre-se retoricamente a partir de conceitos indeterminados como necessidade, adequação, proporcionalidade e — pior — “dúvida sobre ponto relevante”) e, depois, cobra-se dele, a partir da base constitucional, eqüidistância e equilíbrio na condução do processo (...) e no acerto do caso penal.

(...) sequer ser razoável (eis um dos pontos de sua inconstitucionalidade) se permitir que o juiz ordene a produção de prova *sponte própria* na fase preliminar da persecução penal e, depois, forme a sua convicção tão-só “da prova produzida em contraditório”.

É incompatível — e absurdo —, assim, exigir do juiz que se comporte contra a sua natureza (para não falar do inconsciente), o que, por certo, não fará.²⁹⁴

Do mesmo modo, também merece críticas o inciso II do art. 156 do CPP, que autoriza ao julgador, a produção de provas *ex officio* durante o curso do processo para dirimir dúvida sobre pontos relevantes.

Não se pode admitir a possibilidade de o Ministério Público oferecer a denúncia, e o juiz, por impulso oficial, determine a produção de provas. Se o magistrado for buscar a prova, estará subvertendo a função do acusador, transformando-se em inquisidor. Cria-se com essa situação, um desequilíbrio entre as partes, à medida que o Estado estará representado por dois órgãos de atuação instrutória contra o réu. Percebe-se, assim, a nítida predominância do sistema inquisitivo.²⁹⁵

²⁹⁴COUTINHO, Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com.br/2008/08/artigo-as-reformas-parciais-do-cpp-e.html#!/tcmcbck>> .Acesso em: 01 abril. 2016, p.05.

²⁹⁵ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.282.

O que se percebe é que o julgador, ao entender deficiente a atividade desenvolvida pela parte (na maioria das vezes o Ministério Público), em nome da busca pela “verdade real”, acaba exercendo uma atividade substitutiva quanto ao ônus probatório. Vale ressaltar que, como já visto, a única verdade possível no direito é a verdade processual. Se feito da forma descrita acima, estará inviabilizando a paridade de armas no processo penal.

Ao adotar uma postura de substituição da atividade do Ministério Público pela sua atuação, o juiz acaba por desigualar as forças produtoras da prova no processo penal, atentando assim contra os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais²⁹⁶.

Somente será alcançada a igualdade das partes processuais, quando não se permitir mais uma atuação substitutiva da função ministerial, não apenas no que se refere ao oferecimento da acusação, como também no que diz respeito ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado.²⁹⁷

Se o Ministério Público, incumbido pela Constituição pátria para promover com exclusividade a ação penal pública, não conseguir reunir o material probatório suficiente para condenar o réu, não caberá ao juiz diligenciar nessas provas. Havendo dúvidas, o magistrado deverá aplicar o princípio do *in dubio pro reo*, e não buscar provas.²⁹⁸

Se basta a dúvida para absolver, e se para o Estado-Juiz, a absolvição interessa tanto quanto a condenação, é inegável que, a partir do momento em que o juiz parte para a busca de provas, estará descendo para o lado da acusação, aniquilando sua imparcialidade. O julgador não precisa colher provas para absolver, e por essa razão, quando as colhe, em verdade o faz para confirmar uma hipótese condenatória, por ele mentalmente tida como possível.²⁹⁹

Deve-se rejeitar, então, a validade constitucional do artigo 156 em que atribui iniciativa probatória ao juiz, seja no curso da investigação ou durante o processo, pois tal ativismo judicial viola diversas garantias constitucionais, como a

²⁹⁶PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ªed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 336.

²⁹⁷*ibidem*, p. 11.

²⁹⁸ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.282

²⁹⁹MARTELETO FILHO, Wagner. **Sistema Acusatório e garantismo - uma breve análise das valorações do sistema acusatório no código de processo penal**. Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n 12 (jan/jun), 2009, p. 206-207.

imparcialidade do juiz, contraditório, ampla defesa e paridade de armas. A ampla liberdade probatória conferida ao julgador pelo referido artigo permite que atue como protagonista do processo, exercendo atividades que devem ser exclusivamente das partes, evidenciando assim uma patente violação do sistema acusatório.

O juiz deve se manter equidistante das partes e apreciar a prova sem preconceitos. De modo que, ou o material probatório colhido pela acusação o convence, ou não o convence, enquanto que “ou a defesa refuta a acusação com provas convincentes ou não as destrói. É a partir do quadro probatório que o julgador deve formar a sua convicção e proferir uma sentença que represente um raciocínio lógico-dedutivo³⁰⁰”.

A iniciativa instrutória do juiz deve restringir-se, tão somente ao esclarecimento de questões ou pontos relevantes e duvidosos sobre o material já trazido pelas partes. “Por dúvida, que deve se dirigir ao questionamento acerca da qualidade ou da idoneidade da prova, não se pode entender a ausência dela (prova).”³⁰¹ No campo probatório, a dúvida ocorreria a partir de possíveis conclusões diversas a respeito do material probatório já produzido, e não sobre a insuficiência ou a ausência da atividade persecutória.

O artigo 156 representa uma quebra do contraditório, da igualdade, da própria estrutura dialética do processo. Como consequência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do juiz³⁰².

Percebe-se então que mesmo com todas as reformas realizadas do Código de Processo Penal, permanece ele com características nitidamente inquisitivas. Assim, a Lei nº 11.690 não trouxe ao processo penal brasileiro nenhuma evolução democrática ou constitucional. Ao invés disso, regrediu a medida em que incorreu no mesmo erro de atribuir poderes instrutórios ao juiz no curso do processo e, além disso, estendeu o efeito para a fase investigatória. O legislador, ao invés de limitar os poderes probatórios do magistrado, os consagrou definitivamente.

4.3 A (IN)COMPATIBILIDADE DA INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ E O SISTEMA ACUSATÓRIO

³⁰⁰ THUMS, Gilberto, *op. cit.*, p.283.

³⁰¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ªed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 339.

³⁰² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.179.

A constituição Federal de 1988 consagrou, embora não expressamente, a adoção ao sistema processual penal acusatório, instituindo assim um sistema de amplas garantias individuais. Por outro lado, o Código de Processo penal brasileiro inspirado na legislação fascista italiana, apresenta, ainda hoje (mesmo após diversas reformas), traços nitidamente inquisitórios. Basta apontar que se autoriza ao juiz a produção de provas sem requisição das partes, para perceber tal fato.

A atribuição de iniciativa instrutória ao juiz acarreta na quebra da paridade de armas, do contraditório e da ampla defesa, do princípio da presunção de inocência, e da própria estrutura dialética do processo e, como decorrência, viola a garantia da imparcialidade do juiz sobre a qual se sustentam o processo penal e o sistema acusatório. É incompatível, então, com as amplas garantias asseguradas na Constituição.

Vale ressaltar que o presente trabalho não tem a intenção de defender a figura de um juiz inerte, de um juiz-espectador, mas apenas o fim, de uma vez por todas, da figura do juiz-ator, aquele que atua e exerce a atividade da parte processual, notadamente, da parte acusadora.

Afastar o julgador da produção probatória de ofício (seja na fase investigatória como na fase processual) não o torna um juiz inerte, ou um mero espectador do direito, apenas preserva a sua função principal no processo de um Estado Democrático de Direito, que é o de garantidor dos direitos fundamentais do acusado, o de controlador da legalidade.

É nesse sentido seguem as palavras de Aury Lopes no que se refere à posição do juiz no processo penal:

O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, que não pode ficar inerte ante 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 é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um.

(...) O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo³⁰³

³⁰³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.283.

Outra razão pela qual se torna impossível conciliar a iniciativa probatória do juiz com o sistema acusatório, é o fato de, ser justamente a gestão de provas a essência do sistema processual penal e seu critério diferenciador, sendo então incompatível tal conciliação.

Ao juiz não deve ser autorizada iniciativa instrutória, nem mesmo pra beneficiar o acusado, o julgador deve se manter equidistante a fim de preservar a sua imparcialidade e realizar um julgamento justo a partir das provas produzidas pelas partes, e em caso de dúvida aplicar o *in dubio pro reo*. A produção probatória é atividade unicamente das partes, não podendo admitir tal ativismo judicial, pois fere de mote o sistema acusatório.

Assim, dispositivos da lei infraconstitucional que atribuam iniciativa instrutórias ao juiz são incompatíveis com o modelo acusatório adotado, visto que contrapõem diversas garantias e princípios contemplados em preceitos da Constituição, apresentando assim um vício material.

Malgrado o Código de Processo Penal brasileiro seja inspirado prevalentemente em princípios inquisitivos, não obstante existam dispositivos inseridos pelas sucessivas reformas processuais que prestigiam o sistema acusatório -, a sua interpretação deve ser feita conforme a Constituição, pelo que seu modelo de processo deve se adequar ao constitucional acusatório, reparando os excessos inquisitivos³⁰⁴.

Assim, incumbe ao julgador a adaptação das leis do processo, conforme o sistema adotado ou, se for o caso, não aplicar as normas que considere inconstitucional por contrastar com a Constituição³⁰⁵.

Ora, se a Lei Maior adotou o sistema acusatório, deve-se por fim à veia inquisitiva da lei infraconstitucional (o Código de Processo Penal), proibindo-se, definitivamente, a produção de provas de ofício pelo juiz. É necessário, assim, uma filtragem constitucional daqueles artigos que atentem contra o sistema acusatório, disso decorre a proclamação da invalidade dos dispositivos que atribuam poderes instrutórios ao magistrado. Somente assim é que se pode ter um sistema verdadeiramente acusatório e, um processo penal essencialmente garantista,

³⁰⁴TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª Ed. rev. atual. e ampl. Salvador: juspodvm, 2015, p.38

³⁰⁵PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.48.

direcionado para a tutela dos direitos fundamentais do réu, onde a imparcialidade do julgador é assegurada materialmente, e não apenas formalmente”³⁰⁶.

Por se tratar de incompatibilidade manifesta e insanável, não há o que se falar em interpretação conforme a Constituição dos dispositivos pré-constitucionais que em alguma medida atribuam iniciativa instrutória ao juiz – como é o caso dos artigos 168, 196, 209, 234, 242 e, principalmente o artigo 156 do CPP –, devendo ser declarada a revogação, por não estar em harmonia com o sistema acusatório adotado pela Constituição de 1988³⁰⁷. Nesse mesmo sentido, Hamilton afirma que: “em razão da nova Constituição Federal, aqueles provimentos legislativos, nitidamente inquisitoriais, não mais poderão conviver, de forma clandestina, em nosso processo penal, uma vez que não recepcionados pela Lei Maior”³⁰⁸.

Já a nova redação atribuída ao artigo 156 do CPP, obviamente, não resiste a um juízo crítico no que diz respeito a sua validade. Nesse caso, por se referir a ato normativo posterior à promulgação da Magna Carta, a hipótese é de flagrante inconstitucionalidade³⁰⁹.

Fica claro, então, que dispositivos que atribuam poderes instrutórios ao magistrado (como o art. 156 do CPP) devem ser expurgados do ordenamento jurídico³¹⁰ para que se possa ter um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, e em harmonia com a Constituição Federal.

³⁰⁶MARTELETO FILHO, Wagner. Sistema Acusatório e garantismo - uma breve análise das valorações do sistema acusatório no código de processo penal. **Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n 12 (jan/jun), 2009, p. 206-207.

³⁰⁷ARMBORST, Aline Frare. **A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório**, p. 36.

³⁰⁸HAMILTON, Sergio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório. **Revista da faculdade de direito de campos**. Ano II, Nº2, p. 250.

³⁰⁹ARMBORST, Aline Frare, *op. cit.*, *loc. cit.*

³¹⁰LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.224.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a iniciativa instrutória do juiz à luz do sistema processual penal acusatório, sistema este eleito pela Constituição Federal de 1988. Para isso, examinou o sistema acusatório, inquisitivo, e o sistema misto, definindo-os, apontando as suas principais características, e examinando como se dá a atuação do juiz em cada um desses sistemas.

O sistema inquisitivo é caracterizado pela concentração da prova nas mãos do juiz, que é quem a produz e a conduz. O julgador reúne as funções de acusar, julgar e defender. Ademais, é um processo sigiloso, inexistindo garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, visto que o acusado é tido como um mero objeto do processo.

Já o sistema acusatório, tem como característica a separação das funções de acusar, julgar e defender, onde as partes processuais (acusação e defesa) são as gestoras da prova, mas não o juiz. O processo é público e o acusado passa a ser tratado como sujeito de direito, sendo assegurado as garantias constitucionais do contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

O sistema misto possui características dos dois sistemas supracitados. Na fase investigativa prevalecem as características do sistema inquisitivo. Dessa forma, o juiz é o gestor da prova, os atos são escritos e não há publicidade, nem contraditório. A fase processual possui traços característicos do sistema acusatório tais como a publicidade, a oralidade e as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Após o estudo dos sistemas processuais penais foi possível constatar que embora a separação inicial das funções de acusar, julgar e defender seja importante, não é suficiente para a caracterização do sistema, de modo que o núcleo fundante consiste na gestão da prova no processo.

Assim, no sistema acusatório, as partes detêm a gestão probatória, cabendo ao juiz proferir sua decisão com base exclusivamente nas provas produzidas pelas partes. Já no sistema inquisitivo, o juiz é o senhor das provas, detendo assim a gestão da prova.

Averigua-se que o sistema adotado em cada Estado está intimamente relacionado com seu momento histórico e seu regime político. De modo que, em um Estado que adota um governo totalitário, prevalece o sistema inquisitivo, ao passo que em um Estado Democrático, o sistema acusatório se impõe.

Essas considerações são importantes ao analisar o Código de Processo penal, que surgiu em pleno regime ditatorial no Brasil. Possui, por essa razão, características nitidamente inquisitivas e, portanto, incorporou em sua legislação dispositivos de caráter inquisitivos.

Tendo em vista que a essência do sistema processual consiste justamente na gestão da prova, dispositivos que atribuem poderes instrutórios ao julgador possuem cunho inquisitivo, incompatíveis, portanto com o sistema acusatório constitucionalmente eleito.

Desse modo, se analisou o artigo 156 do CPP, constatando que em sua redação original confere iniciativa instrutória ao julgador no curso do processo, e com a reforma legislativa de 2008 da lei 11.690, em seu inciso I, o poder probatório foi ampliado para a fase investigativa preliminar, ou seja, antes mesmo de iniciada a ação penal.

O referido artigo viola gravemente diversos princípios e garantias assegurados na Lei Maior. O juiz, ao atuar de ofício determinando a produção de provas, afasta-se da sua posição equidistante das partes, fazendo com que ela fique evidentemente comprometida. Ao determinar de ofício a produção de prova, o julgador exerce atividade típica de parte, violando não só o princípio do acusatório como o da paridade de armas.

A iniciativa instrutória do juiz também acarreta na violação do princípio do *in dubio pro reo*, pois, se em caso de dúvida judicial, a absolvição do acusado é imperativa, torna-se claro que no momento em que o juiz parte a coletar provas, o faz com a intenção de condenar, comprometendo a sua imparcialidade.

Ao conferir poderes probatórios ao julgador, se desmantela o sistema acusatório e a garantia da imparcialidade do juiz, assim como a estrutura dialética do processo penal.

Nota-se que afastar o juiz da produção probatória não o torna um juiz espectador, apenas preserva o seu papel em um Estado Democrático de Direito, que é o de garantidor do respeito aos direitos fundamentais do acusado.

Enquanto a Constituição Federal adotou o sistema acusatório dispondo de um vasto rol de garantias individuais visando a proteção do acusado, a lei infraconstitucional apresenta traços fortemente ligados ao sistema inquisitivo, já que o juiz detém amplos poderes instrutórios.

Deve-se então observar o princípio da supremacia da Constituição de modo que dispositivos que atribuam poderes instrutórios ao juiz (como o artigo 156 do CPP) sejam expurgados do ordenamento jurídico por não estar em harmonia com o sistema acusatório adotado pela Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. O novo artigo 156 de processo penal: um museu com grandes novidades. **Revista IOB de direito penal e processual penal**. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n 60, fev/mar, 2010, p.15-24

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à constituição brasileira. **Revista liberdades do Instituto brasileiro de ciências criminais nº 4: Maio - Agosto de 2010**. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_indice/5-Revista-no-4-Maio-Agosto-de-2010> . Acesso em: 15 abr. 2016.

ARMBORST, Aline Frare. **A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 01 Mar. 2016

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Juiz Natural no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

BARROS, Marcos Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista do Tribunais. 2002.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – 3. Ed. ver. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.

BIANCHETTI, Priscila Mallmann. **O problema da busca pela verdade real em as bruxas de salém, de Arthur Miller**. Disponível em: <www.imed.edu.br/Uploads/ANAIS_2012_09.pdf> . Acesso em: 01 abril. 2016.

BRASIL, Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> . Acesso em: 05 abr. 2016.

_____. **Exposição de motivos do código de processo penal**, Disponível em: <http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016.

_____. **Código De Processo Penal**. 20ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 23.945 - RJ (2008/0142326-4). Recorrente: Nabil Kardous. Recorrido: Tribunal Regional Federal. Da 2ª Região. Relatora : Ministra Jane Silva. Dj: 16 Mar. 2009. Disponível Em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/stj-teoria-da-gestao-da-prova.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal de Federal. Habeas Corpus nº 115.015. Paciente: Majer Zajac; Szidonia Braver Zajac; José Zajac; Israel Zajac . Impetrante: Giovanna Cardoso Gazola. Relator: Min. Teori Zavascki. São Paulo, DJ 24 ago. 2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499239>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 94641. Paciente: Osmar Vieira Barbosa. Impetrante Djalma Eutimio de Carvalho. Relatora Ministra Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. Brasília, Dj: 11 nov. 2008. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_94641_BA_1278973125904.pdf?Signature=0TIMyDeBZJLxDHFHJb7DQMUmfWA%3D&Expires=1461699039&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=989180b649be0d484849a2b462f70e97>. Acesso em: 15 abr. 2016.

CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal Pelo Ministério Público**: fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: RT, 2007, v.7.

CARNELUTTI, Francesco. **Direito Processual Civil e Penal**. Campinas: Péritas. V1, 2001

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro. In: *Separata ITEC*, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar 2000.

_____. O princípio do juiz natural na CF/88 – Ordem e desordem. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília:Senado Federal, v. 45, n. 179, jul./set. 2008. p. 165-178.

_____.**As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com.br/2008/08/artigo-as-reformas-parciais-do-cpp-e.html#!/tcmcbck>> .Acesso em: 01 abril. 2016

_____.**Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 01 abril. 2016.

_____. **O papel do novo Juiz no Processo Penal**. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho>> .Acesso em: 01 abril. 2016.

CRUZ, Rogério Schietti Machado, **Com a Palavra as Partes**. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=2.23531>> . Acesso em: 29 abr. 2016.

CUNHA JR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. rev, ampl, atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

CUNHA, Marcelo Garcia da. Notas comparativas entre os sistema adversarial norte-americano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 40, vol.249, Nov. 2015.

DIDIER JR. Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Disponível em: <[http://www.academia.edu/1771108/Os tr%C3%AAs modelos de direito processual](http://www.academia.edu/1771108/Os_tr%C3%AAs_modelos_de_direito_processual)>. Acesso em 25 mar. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

FRANÇA, Declaração **de direitos do homem e do cidadão -1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> . Acesso em: 15 abr. 2016.

GARCIA, Flávio Cardinelle. **Os limites constitucionais do poder punitivo do Estado**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos910/principios-constitucionais-processo/principios-constitucionais-processo2.shtml>> . Acesso em 02.abril de 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Resgate necessário da humanização do sistema criminal contemporâneo**. Disponível em: <<http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=5>> . Acesso em: 17 abr. 2016.

GOMES FLHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentário às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Roberto de Almeida Borges, **O Princípio da Verdade Real e sua conformação com a Constituição Federal de 1988**. In: SCHMITT, Ricardo (Org.). Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da Constituição Federal. Salvador: JusPodivm, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, vol. 347, julho/agosto/setembro. 1999. p.3-10.

HAMILTON, Sergio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório. **Revista da faculdade de direito de campos**. Ano II, Nº2 , p.247-273

KHALED JR, Salah H. **Ambição de Verdade no Processo Penal (Desconstrução Hermenêutica do Mito da Verdade Real)**. Salvador: JusPodivm, 2009.

LIMA, Carlos Magno Moulin. **Vitimologia – Considerações à partir do Código de Processo Criminal do Império**. Disponível em: <<https://carlosmagnomoulin.wordpress.com/2009/09/12/vitimologia-consideracoes-a-partir-do-codigo-de-processo-criminal-do-imperio/>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015

LOPES JR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2ª Ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.

_____. **Direito Processual Penal**. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2013

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MACHADO, Luiz Melíbio Uiraçaba Machado. **Evolução do código de processo penal: mesa redonda no I seminário de política de memória institucional e historiografia**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaicho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2016

MAIA, Rafael da Silva. O juiz e a gestão da prova no direito processual penal brasileiro: análise a partir dos arts. 155 e 156, modificados com a lei nº 11.690/2008. **Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v14, n 24 (jan/jun), 2015, p.196-224.

MALAESTRA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 3ªed. Campinas: Bookseller, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookselle, 1998. v. I.

MARTELETO FILHO, Wagner. Sistema Acusatório e garantismo - uma breve análise das valorações do sistema acusatório no código de processo penal. **Revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n 12 (jan/jun), 2009, p. 193- 215.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método. 2008.

MESQUITA, Alyne Lima de. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro sob a perspectiva do sistema acusatório**. 2015. Monografia (Curso de Graduação em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado do Minas Gerais**. Apelação Criminal Nº 1.0450.14.000965-2/001,. Quarta Câmara Criminal. Relator: Amauri Pinto Ferreira. Julgado em 03 jun. 2015. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-MG/attachments/TJ-MG_APR_10450140009652001_4feef.pdf?Signature=jZnTJ1p%2F3ffnulzQRib812XrVdU%3D&Expires=1462438663&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=37128a98c9b6ec377022ba871af19918>. Acesso em: 25 abri. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRZA, Flavio. O ônus da prova no direito processual penal, à luz dos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo. **Revista dialética de direito processual**. São Paulo, n. 4, p. 42-54, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os Poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Revista Brasileira de direito processual**. Belo Horizonte: Fórum. Ano 15, n. 59, jul./set. 2007, p.131-138.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hercules- princípios e regras constitucionais**. 2ªed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12 ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Provas no Processo Penal**. Disponível em: <www.passeidireto.com/arquivo/16310286/guilherme-de-souza-nucci-provas-no-processo-penal-2015>. Acesso em: 01 abril. 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 19ªed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21ª ed. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

RIO GRANDE SUL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Correição Parcial Nº 70002028041. Quinta Câmara Criminal. Relator Desembargador Amilton Buenos De Carvalho. Julgado em 20 dez. 2000. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 03 abril. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Correição Parcial Nº 70014869697,. Quinta Câmara Criminal. Relator: Aramis Nassif. Julgado em 21 jun. 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/con>

sulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70014869697%26num_processo%3D70014869697%26codEmenta%3D1588145++Correi%C3%A7%C3%A3o+Parcial+n%C2%BA+70014869697++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70014869697&comarca=Comarca%20de%20Coronel%20Bicaco&dtJulg=21/06/2006&relator=Aramis%20Nassif&aba=juris>. Acesso e m: 17 abr. 2016.

SISTEMA in: **Dicionário de Ciências Sociais da Fundação Getulho Vargas**. Benedicto Silva (coord.), 1986

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª Ed. rev. atual. e ampl. Salvador: juspodvm, 2015.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35ªed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013, v1.

VARGAS, Tatiane de Moraes. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. 2003. Monografia. (Curso de Graduação em Direito)- Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília.

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