UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA, EXTENSÃO E CULTURA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL PROCESSO PENAL - TURMA 33 (2014-1)

A (IN)COMPATIBILIDADE DO JUIZ INSTRUTOR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

AUGUSTO DERKIAN HACH PRATTS[1]

Artigo submetido à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito à obtenção do grau de Especialista em Direito Penal e Processo Penal

Orientador: Prof. MSc. Airto Chaves Junior

Florianópolis, 15 de setembro de 2015

[1] Bacharel em direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL); advogado; residente em Florianópolis/SC; aluno do curso de pós-graduação em direito penal e processo penal pela Escola do Ministério Público; e-mail: augustopratts@hotmail.com

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Florianópolis, 15 de setembro de 2015.

Augusto Derkian Hach Pratts
Aluno

PÁGINA DE APROVAÇÃO

O presente artigo de conclusão do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, elaborado pelo aluno Augusto Derkian Hach Pratts, sob o título A (In)compatibilidade do Juiz Instrutor no Processo Penal Brasileiro, foi submetido em ... à avaliação pelo Professor Orientador e pela Coordenação do Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal, e aprovado.

Florianópolis, 15 de setembro de 2015

Prof. MSc. Airto Chaves Junior
Orientador

Prof. MSc. Helena Nastassya Paschoal Pítsica
Coordenador do Curso de Especialização em Direito Penal e Processo Penal.

SUMÁRIO

RESUMO ..... **V**
ABSTRACT ..... **VI**
INTRODUÇÃO **7**
1 SISTEMAS PROCESSUAIS **8**
1.1 SISTEMA INQUISITIVO 9
1.2 SISTEMA ACUSATÓRIO 11
2 PRINCÍPIOS REGENTES DO ÓRGÃO JURISDICIONAL **14**
2.1 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE 15
2.2 DA “VERDADE REAL”, VERDADE MATERIAL (VERDADE APROXIMATIVA) 17
2.3 PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO, FAVOR INOCENTIAE, FAVOR LIBERTATIS, FAVOR REI. 19
3 DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ **21**
3.1 DA (IN)COMPATIBILIDADE DA FUNÇÃO INSTRUTÓRIA CONCEDIDA AO JUIZ, ANTES DE INICIADA A AÇÃO PENAL, COM O SISTEMA ACUSATÓRIO 22
CONSIDERAÇÕES FINAIS **28**
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS **30**

RESUMO

O presente artigo possui como tema de estudo a (in)compatabilidade do juiz instrutor no processo penal brasileiro, com o objetivo de verificar se cabe ao magistrado, antes de instalada a ação penal, determinar a produção de provas de ofício e se, assim agindo, conservaria o órgão jurisdicional a sua imparcialidade. Para lograr êxito, emprega-se os métodos comparativo e a base lógica indutiva. Nesta linha, a pesquisa traz considerações acerca dos sistemas processuais inquisitivo e acusatório, sendo o último incorporado no modelo jurídico processual penal constitucional brasileiro, bem como aborda os princípios da imparcialidade, da verdade real e do *in dubio pro reo.* Ao fim, são trazidas à tona discussões acerca da (in)constitucionalidade do art. 156, I, do Código de Processo Penal, em que alguns autores afirmam que fere frontalmente o sistema acusatório e os princípios estudados, enquanto outros defendem a sua compatibilidade com base no princípio da verdade real.

Palavras-chave: Sistema Processual. Prova. Processo Penal. Juiz.

ABSTRACT

This article has as study subject the (in) compatability of the investigating judge in the Brazilian criminal proceedings, in order to verify if that is up to the magistrate, before the beginning of the prosecution, to determine the production of proofs ex officio and in so doing , the court would retain its impartiality. To achieve success, employs up the comparative and inductive logic base. Along these lines, the study brings considerations about the inquisitive and accusatory procedural systems, the latter being incorporated into Brazilian constitutional criminal procedure legal model and discusses the principles of impartiality, real truth and in dubio pro reo. At the end, they is brought up to discussion the about the (un) constitutionality of art. 156, I, of the Penal Code, under which some authors claim that frontally hurts the adversarial system and the principles studied, while others argue that they are compatible with the principle of real truth.

Keywords: Procedural System. Proof. Criminal Proceedings. Judge.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico terá como tema a (in) compatibilidade da figura do juiz instrutor, antes de iniciada a ação penal, com o atual processo penal brasileiro. Com o estudo, verificar-se-á se cabe ao juiz, antes de instalada a Ação Penal, determinar a produção de provas de ofício e se, assim agindo, conservaria o órgão jurisdicional a sua imparcialidade.

A necessidade dessa pesquisa se dá em razão do Código de Processo Penal, em seu art. 156, inciso I, ter concedido autorização para que o magistrado assuma a posição de gestor da prova durante a fase da investigação preliminar, o que poderá ferir as bases processuais penais.

Para se obter êxito nessa empreitada, inicialmente, será abordado o tema relativo aos sistemas processuais, com a breve apresentação de seu conceito, suas principais características, classificações e críticas doutrinárias. Em seguida, será tratado acerca dos princípios do órgão jurisdicional correlacionados à gestão probatória, quais sejam, o princípio da imparcialidade, da “verdade real” e, por último, o do *in dubio pro reo*.

Por derradeiro, serão entrelaçados os dois capítulos anteriores com a questão concernente a produção de provas de ofício pelo magistrado antes do início da ação penal, com a finalidade de verificar se o art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal viola o sistema acusatório, bem como os princípios abordados.

Para encerrar, serão apresentadas as considerações finais, com breve retrospecto dos assuntos abordados e destaque para as conclusões alcançadas no decorrer do desenvolvimento do presente artigo científico.

Quanto à metodologia utilizada, na fase de investigação será empregado o método comparativo, ao passo que nas considerações finais a base lógica indutiva predominará.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS

Antes de adentrar no assunto principal do presente artigo científico, referente à in(constitucionalidade) da produção antecipada de provas de ofício pelo juiz, faz-se necessário abordar o tema relativo aos sistemas processuais e suas principais vertentes, o que se faz com fins de verificar, ao longo da história, o funcionamento da separação das atividades de acusar e julgar, que refletiam(em) diretamente na gestão da prova.

Sistema processual é, conforme leciona Paulo Rangel, "o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto"[2]. Nessa toada, o citado autor volta a afirmar que:

> O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio de duas formas: a inquisitiva e a acusatória.[3]

Geraldo Prado, por sua vez, esclarece que:

> [...] o sistema processual está contido no sistema judiciário, por sua vez espécie do sistema constitucional, derivado do sistema político, implementando-se deste modo um complexo de relações sistêmicas que metaforicamente pode ser desenhado como de círculos concêntricos, em que aquele de maior diâmetro envolve o menor, assim sucessivamente, contaminando-o e dirigindo-o com os princípios adotados na Lei Maior.[4]

Em que pese exista discussão acerca das classificações dos Sistemas Processuais, com o passar do tempo foram identificados 3 (três) principais sistemas processuais penais, os quais, informe-se, não possuíram uma sucessão contínua entre eles: a) sistema inquisitivo; b) sistema acusatório; e c)

---

[2] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 45.
[3] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 45.
[4] PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Ebook. p. 101.

sistema misto[5]. Frise-se, no entanto, que não se abordará a última espécie de sistema, em razão do parco tempo para a produção do presente artigo.

Ademais, informa-se de antemão que não há um sistema processual penal puro, isto é, que vigorem apenas características do acusatório ou do inquisitivo, mas, sim, um sistema aparentemente/teoricamente acusatório, no qual, na prática, são introduzidos alguns princípios opostos ao acusatório[6]. Sobre o tema, bem disserta Salah H. Khaled Junior ao afirmar que "atualmente não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios 'puros', mas sim uma interpenetração de princípios dos dois modelos, o que somente permite a sua classificação a partir da identificação de seu princípio unificador(...)"[7].

Dessa forma, realizado esse breve introito acerca dos sistemas processuais, com a finalidade de proporcionar uma base teórica ao leitor, passar-se-á à verificação das espécies supramencionadas, as quais serão detalhadas e exploradas suas principais características, com o objetivo de esclarecer suas distinções.

1.1 SISTEMA INQUISITIVO

O sistema inquisitivo tem suas raízes apontadas para o direito romano, mas somente atingiu seu apogeu na Idade Moderna com o processo canônico[8]. Cronologicamente, o modelo inquisitório teve seu crescimento notado a partir de meados do século XII, com predominância entre os séculos XVI e XVIII, sendo que deixou resquícios em alguns países até o início do século XIX[9].

A principal característica deste obsoleto sistema inquisitório é marcada pelo fato de que as funções de acusar e julgar eram atribuídas a uma mesma

---

[5] GOMES, Luiz Flávio. **A prova no processo penal:** comentários à Lei nº 11.690/2008. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 19; MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Ebook. p. 8.
[6] PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório.** 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Ebook.
[7] KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. Ebook. p. 13.
[8] GOMES, Luiz Flávio. **A prova no processo penal:** comentários à Lei nº 11.690/2008. São Paulo: Premier Máxima, 2008. p. 19.
[9] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 161; RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 45.

pessoa ou órgão. O processo possuía a forma verbal e o acusado raramente possuía direito de defesa, momento em que era tratado como um "objeto do processo", e não um sujeito de direitos[10].

Com o seu crescimento no continente europeu, este modelo inquisitório converteu-se em um "verdadeiro instrumento de dominação política"[11]. A base desse sistema era regida pelo princípio da autoridade, isso porque quanto maiores eram os poderes concedidos ao sujeito inquisidor, mais força possuía a sua verdade[12].

Além de ser responsável por acusar, julgar e defender, o "juiz inquisidor", nomenclatura que ficou marcada na história, possuía "plenos poderes para a investigação, a admissão, a produção e a valoração da prova"[13]. Nessa perspectiva, toda prova era admitida, não existia qualquer óbice ou limitação no tocante a eventual ilegalidade material e processual atinente a sua produção[14]; é o que bem elucida Paolo Tonini:

> E é justamente em razão de o juiz inquisidor acumular todas as funções atinentes ao processo, que não há necessidade de regulamentação da prova. Aliás, uma eventual regulamentação traduzir-se-ia imediatamente em um limite ao acertamento da verdade. Os instrumentos de controle que deveriam atuar no momento em que o inquisidor exercita seus poderes acabariam por limitá-lo, o que seria contrário ao postulado do sistema inquisitório, que impõe o máximo de acúmulo de poderes processuais para que a verdade seja acertada da melhor forma possível. Com base nessa filosofia, qualquer prova é permitida para possibilitar ao inquisidor o acertamento da verdade.[15]

O que marcou definitivamente esse sistema foi a crueldade com que eram tratados os acusados. Como o juiz inquisidor não possuía limites em seu poder, não eram poupados esforços para atingir a busca da verdade real (ou absoluta). A prisão cautelar, que é tida atualmente como exceção, era utilizada

---

[10] PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.
[11] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1. p. 85.
[12] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16.
[13] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16
[14] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16
[15] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16.

como regra, ocasião em que frequentemente os presos eram torturados com fins de obter a rainha das provas: a confissão[16].

A confissão sustentava o título de prova máxima, uma vez que no sistema de prova tarifada era a que possuía o maior valor. Por esse motivo o interrogatório do acusado era visto como imprescindível. O que chama a atenção é o fato de que na maioria das vezes a própria pena era mais branda do que a tortura aplicada ao acusado para confessar o delito[17], motivo pelo qual comumente os acusados confessavam delitos que não haviam sido por eles praticados.

Com os grandes abusos ocorridos no sistema inquisitivo, vozes embaladas por grandes pensadores iluministas da época, como Montesquieu e Beccaria, rechaçavam a utilização da tortura e proclamavam discursos por processos mais justos. Com esse cenário marcante de descontentamento da população, em meio a Revolução Francesa, no ano 1789 foi proclamada a tão famosa e aguardada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[18], a qual concedia uma série de direitos ao povo e limitava de certa forma o abuso estatal.

1.2 SISTEMA ACUSATÓRIO

É imperioso destacar a importância e as principais características do sistema acusatório, uma vez que atualmente é esse sistema que predomina na ordem processual penal brasileira. Historicamente, convém observar que o sistema acusatório não foi adotado apenas após o término do predomínio do modelo inquisitivo no século XVIII. Por outro lado, o modelo acusatório remonta ao Direito grego e prevaleceu até o século XII[19]. Vale frisar, por oportuno, a comparação feita por Aury Lopes Jr. entre esses dois sistemas processuais:

---

[16] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 171.
[17] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 172.
[18] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1. p. 88-89.
[19] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 161.

> Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.[20]

Destaca-se que o sistema acusatório é considerado a antítese do sistema inquisitivo, isso porque há notória separação das funções processuais. O órgão julgador não se mistura com o autor responsável por promover a acusação, e, em consequência, passa a ostentar o caráter de sujeito imparcial. A defesa, por sua vez, é promovida pelo próprio réu, ou por pessoa por ele indicada, e possui todos os meios de defesas e recursos a sua disposição[21].

De acordo com Paolo Tonini, o princípio dialético é considerado um dos pilares desse sistema, uma vez que "a verdade é acertada com mais eficácia se as funções processuais forem distribuídas entre sujeitos que têm interesses contrapostos"[22]. Dessa forma, evita-se que haja abuso de poder, como o ocorrido no período inquisitório[23].

Sistematicamente, pode-se anotar as seguintes características que definem o sistema acusatório: 1) Separação de funções (acusar, julgar e defender); 2) imparcialidade do juízo; 3) contraditório e ampla defesa, com possibilidade de duplo grau de jurisdição; 4) publicidade dos atos; 5) forma oral, via de regra; 6) isonomia; 7) segurança jurídica; 8) iniciativa probatória das partes; e, por fim, 9) sentença sujeita ao livre convencimento motivado do órgão jurisdicional[24].

Vale frisar ainda que, historicamente, no sistema acusatório "o juiz não possuía qualquer iniciativa probatória, sendo um assistente passivo e imóvel da atividade das partes, a quem incumbia a atividade probatória"[25]. Totalmente

---

[20] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 161.
[21] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 49.
[22] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 16.
[23] TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17.
[24] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 164.
[25] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.Ebook. p. 103.

diferente do processo inquisitivo, em que o juiz inquisidor, como dito alhures, possuía total liberdade na colheita de provas, produzindo-as *ex-officio* sem restrições[26].

Hodiernamente, na maioria dos sistemas processuais, em que pesem as partes conservarem a iniciativa probatória, este encargo passou a ser atribuído também ao juiz, que pode determinar a produção de provas *ex officio*. "Em outras palavras, a atividade probatória deixa de ser monopólio das partes, que passam a compartilhá-la com o Juiz"[27]. Assim, levanta-se a indagação se pode ser considerado como acusatório o processo penal em que haja participação do magistrado na gestão probatória, como, por exemplo, o modelo brasileiro[28]?

Não obstante o caráter inquisitivista do texto originário do Código Processual Penal Brasileiro de 1941[29], a grande maioria dos doutrinadores, assim como a jurisprudência majoritária, entendem que, após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o sistema processual adotado no Brasil é o acusatório. O principal argumento deve-se ao fato do art. 129, inciso I, da Carta Magna dispor acerca da Instituição Ministério Público, órgão titular e responsável por promover as ações penais públicas, o que separou nitidamente as funções processuais[30].

Há ainda aqueles que afirmam que o sistema processual brasileiro não é em sua essência um sistema acusatório puro, em razão da inquisitoriedade do inquérito policial, o qual, em regra, é anexado aos autos principais do processo penal[31]. Sobre o tema, colhe-se da lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar:

> É de ressaltar, contudo, que não adotamos o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, pois o magistrado não é um espectador estático na persecução, tendo, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória, e podendo, de outra banda, conceder *habeas corpus* de

[26] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.Ebook. p. 105.
[27] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.Ebook. p. 113.
[28] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.Ebook. p. 114.
[29] PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 10.
[30] ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores.** Curitiba: Juruá, 2009. p. 452.
[31] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 51-52.

> ofício e decretar prisão preventiva, bem como ordenar e modificar medidas cautelares. É essa também a linha expressamente afirmada pela relatoria da Comissão de Anteprojeto de Código de Processo Penal, sugerindo uma leitura não radical do princípio acusatório.[32]

No que tange aos sistemas processuais, pode-se falar ainda em sistema misto, o qual seria a miscigenação dos dois sistemas estudados anteriormente, quais sejam, inquisitivo e acusatório; e que em razão da brevidade do presente artigo científico não será objeto de estudo. Com isso, estudados os principais sistemas processuais, passar-se-á análise dos princípios reitores do órgão jurisdicional.

2 PRINCÍPIOS REGENTES DO ÓRGÃO JURISDICIONAL

Responsável por representar o órgão jurisdicional, presidir o processo e dar o correto andamento processual, o juiz possui, além da função jurisdicional, princípios que lhe fornecem subsídios para proporcionar da melhor forma a prestação jurisdicional que lhe é incumbida. O estudo dos princípios regentes da matéria é indispensável. Isso porque servem para garantir a aplicação correta do ordenamento jurídico, pois:

> Nenhum ramo do direito pode na atualidade ser estudado sem o auxílio dos princípios. A base principiológica é da essência do direito moderno (ou pós moderno). Nenhum instituto jurídico existe isoladamente. O ordenamento jurídico é composto de muitas fontes. Dentre elas estão os princípios, que vão se conciliando em cada situação concreta. Os princípios não se eliminam quando entram em conflito. Em cada situação concreta compete ao juiz verificar qual deles tem primazia.[33]

A sua importância é resumida em poucas palavras por Diógenes Gasparini, o qual afirma que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.” [34]

---

[32] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 48.
[33] GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís. **Prisão e medidas cautelares**: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. 2 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 34-35.
[34] MELLO RDP 15:284 apud GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Ebook. p. 61.

À vista disso, neste capítulo serão analisados os princípios que regem a atividade do órgão jurisdicional brasileiro, com um maior enfoque naqueles atinentes à produção da prova, com escopo de entender e esmiuçar o seu real papel no processo penal.

2.1 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Inicialmente, vale explicar o conceito de jurisdição, a qual pode ser definida como "uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça."[35]

Deste conceito de jurisdição extrai-se uma das características mais notórias de um juiz, que é a sua imparcialidade. Nesse contexto, de acordo com Luigi Ferrajoli, "O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral, nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira qual é falsa."[36]

É inegável que para solução de uma demanda judicial o magistrado deve se manter equidistante das partes, de modo a afastar qualquer ato de parcialidade, seja para sentenciar o processo, ou para realizar qualquer outro ato processual. E é com a finalidade de cumprir esse propósito que a Constituição da República Federativa do Brasil concede garantias aos magistrados, como a irredutibilidade de subsídios, inamovibilidade e a vitaliciedade[37].

Assim, com fins de manter um afastamento estrutural entre acusador e réu, o magistrado deve-se mostrar alheio aos atos das partes. E é com essa perspectiva que se mantém olhares acurados para os atos de instrução praticados pelo juiz[38]. Aury Lopes Júnior faz um alerta ao afirmar que "a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante

---

[35] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 147.
[36] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 534.
[37] ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de direito processual penal.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007. v. 1. p. 47.
[38] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

de um juiz-instrutor ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória”[39]. O citado autor enfatiza ainda mais a questão ao afirmar o seguinte:

> Novamente a complexidade do processo exige uma visão mais ampla, pois a imparcialidade é garantida pela adoção do sistema acusatório e ambos pela inércia da jurisdição. Existe, assim, uma íntima relação e interação entre esses institutos. Daí por que viola a garantia da imparcialidade, entre outros, a atribuição de poderes instrutórios para o juiz (poderes para produzir a prova de ofício), decretação de ofício de prisões provisórias, medidas cautelares reais etc. Esse ativismo judicial (como previsto no art. 156 do CPP) fere de morte o sistema acusatório e a garantia da imparcialidade.[40]

Mostra-se oportuna a crítica doutrinária realizada por Fernando da Costa Tourinho Filho ao comentar o princípio sob exame, em que o confronta com a iniciativa probatória promovida pelos magistrados, *in verbis*:

> Melhor seria que o legislador disciplinasse a atividade instrutória conferida ao Juiz, impedindo-o de produzir provas e de decretar medidas cautelares pessoais ou reais, atribuindo-lhe o seu real e sublime papel de órgão incumbido de solucionar o litígio, limitando-se a recolher as provas que lhe forem apresentadas e, após valorá-las, proclamar a quem assiste o direito. Aí a imparcialidade seria inconstestável e consoar-se-ia com o nosso Estado Democrático de Direito.[41]

Denota-se, portanto, que a imparcialidade do juiz possui total relação com o sistema acusatório adotado na atual ordem constitucional brasileira, razão pela qual, com fins de afastar o magistrado da persecução penal, a Constituição atribuiu exclusividade da ação penal ao órgão ministerial. Com isso, o juiz na atual ordem processual deve-se manter afastado ao máximo da persecução penal referente a gestão probatória, para que não reste afetada a sua imparcialidade e, por consequência, o seu livre convencimento motivado[42].

---

[39] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 448.
[40] LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 448.
[41] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59.
[42] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 20-22.

2.2 DA "VERDADE REAL", VERDADE MATERIAL (VERDADE APROXIMATIVA)

Acerca da atividade probatória, parcela da doutrina entende que o processo penal é regido pelo tão contestado princípio da verdade real (material), o que o diferencia do processo civil, no qual impera o princípio da verdade formal. Isso se deveria ao fato de que, no processo penal, para o juiz emitir um juízo de valor sobre determinado caso concreto, ele não pode se contentar apenas com presunções legais, e sim buscar a real construção fática, para então aplicar o direito[43]. Colhe-se da cátedra de Antônio Alberto Machado:

> O princípio da verdade real significa que o processo-crime deve buscar sempre a verdade substantiva dos fatos e não pode se satisfazer simplesmente com a verdade formal, ou com presunções de verdade, como acontece às vezes no processo civil em caso de ausência de contestação e onde estão em jogo direitos disponíveis. É que os bens e direitos discutidos no processo penal, argumenta-se, têm uma enorme relevância para a sociedade e para os indivíduos, muito maior do que aqueles que normalmente são disputados na relação processual civil, os quais, exceção feita às ações coletivas, afetam exclusivamente os interesses particulares.[44]

Em sentido contrário, Gustavo Badaró leciona que no sistema acusatório a verdade buscada no processo penal possui na verdade apenas um caráter aproximativo, a qual, diferente do sistema inquisitório, não é absoluta, nem uma verdade objetiva. Trata-se de um tipo de "verdade" que deve ser vista com um olhar mais acurado, pois está sujeita as falibilidades humanas, motivo pelo qual devem ser respeitadas as regras e garantias processuais[45]. Sobre o tema, ensina Luigi Ferrajoli:

> A "verdade" de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a

---

[43] CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da investigação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 320-321.
[44] MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. Ebook. p. 79.
[45] BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.Ebook. p. 121.

> "verdade" de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pelo que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que dela possuímos.[46]

E é justamente nesse ponto que se pauta uma forte crítica doutrinária desse princípio, visto que em um processo elaborado por homens, que são sujeitos falíveis, não haveria como, por mais cauteloso possível, realizar a fiel reconstrução de um fato pretérito. Razão pela qual chega a ser uma verdadeira utopia falar em verdade real[47].

Com essa atual roupagem do Código de Processo Penal brasileiro, por grande influência do princípio da verdade real, percebe-se que "deixa o juiz de ser mero espectador na colheita das provas, passando a ser órgão subsidiário na apuração dos elementos probacionais"[48]. Sobre o tema, discorre Julio Fabbrini Mirabete:

> Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo 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 penal.[49]

Deve-se atentar, contudo, que a busca do magistrado pela "verdade real" deve ser realizada sob o pálio da proporcionalidade dos interesses e de forma apenas residual, com fins de respeitar acima de tudo a Constituição Federal e o postulado do sistema acusatório[50]. A propósito, vale o alerta realizado por Brito, Fabretti e Lima, que demonstram o perigo da iniciativa probatória do juiz, visto que se coloca em "cheque" a sua imparcialide, *in verbis*:

> Contudo, ao se permitir o ideal da verdade real, se tenta, na verdade, justificar a atuação ex officio do juiz na produção da prova, o que, como já expusemos acima, pode comprometer sua imparcialidade, outro cânone processual. Uma fórmula racional seria permitir apenas a

---

[46] FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 53.
[47] CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da investigação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 320-321.
[48] ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de direito processual penal.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007. v. 1. p. 46.
[49] MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Processo penal.** 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 47.
[50] ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório:** o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 153.

> produção de provas pelas partes, e a atuação do juiz como o fiel da balança da paridade de armas. Atuações ex officio seriam desnecessárias por dois motivos: se a prova feita pela acusação – que tem esta obrigação – é suficiente para a condenação, o juiz não precisará fazer mais nada para decretar a condenação; agora, se essa prova é deficiente ou o juiz não está seguro da prova trazida, bastará sempre invocar o topos do in dubio pro reo, e absolver o imputado. Portanto, a utilização da "busca da verdade real" não tem mais do que o condão de tentar justificar por que em um sistema processual contraditório ainda se permite tal intromissão.[51]

Desse modo, verifica-se que o princípio sob exame está intimamente ligado com a presunção de inocência do acusado e com o postulado máximo do *in dubio pro reo*, motivo pelo qual, Denise Neves Abade, afirma que "a iniciativa probatória do juiz, para esclarecer suas dúvidas quanto ao convencimento dos fatos somente poderá ocorrer para a matéria que deve ser provada pela defesa [...] pois, havendo dúvida, deve o magistrado decidir pela absolvição."[52]

2.3 PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO, FAVOR INOCENTIAE, FAVOR LIBERTATIS, FAVOR REI.

O processo penal possui como finalidade inegável a busca pela comprovação da materialidade e da autoria do delito investigado. Vigora, desde o início, a presunção de inocência do réu, de modo que para uma possível condenação faz-se necessária a existência de provas cabais. É nesse ponto que o princípio *in dubio pro reo* se entrelaça com o princípio do estado de inocência[53].

O princípio em questão consiste, basicamente, na disposição de que se houverem dúvidas acerca da materialidade ou da autoria do delito o acusado deverá ser absolvido, ou seja, se as provas colacionadas aos autos não forem capazes de suscitar no juiz uma convicção acerca da responsabilidade criminal

---

[51] BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Barrionuevo Humberto; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. Ebook. p. 35-36.
[52] ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório:** o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 154.
[53] MAGNO, Lavy Emanuel. **Curso de processo penal didático.** São Paulo: Atlas, 2013. Ebook. p. 65.

do réu, o princípio do *in dubio pro reo* deverá ser invocado para fundamentar a sentença de absolvição[54].

Trata-se de uma contraposição ao princípio *in dubio pro societate,* o qual preconiza, evidentemente, o contrário, isto é, no caso de dúvida do julgador acerca da culpa do réu, deverá decidir a favor da sociedade. É uma exceção, de forma que na sentença sempre deverá viger o princípio *favor rei*, privilegiando-se a liberdade[55].

Deve-se frisar que se cuida de um princípio constitucional implícito que não possui sua aplicação restrita às dúvidas quanto às provas, é ainda mais abrangente, consoante explica Guilherme de Souza Nucci:

> Por outro lado, quando dispositivos processuais penais forem interpretados, apresentando dúvida razoável quanto ao seu real alcance e sentido, deve-se optar pela versão mais favorável ao acusado, que, como já se frisou, é presumido inocente até que se demonstre o contrário. Por isso, a sua posição, no contexto dos princípios, situa-se dentre aqueles vinculados ao indivíduo, sendo, ainda, considerado como constitucional implícito.[56]

Faz-se necessário e pontual deixar registrado o ensinamento de Alexandre Morais da Rosa ao lecionar acerca da "teoria dos jogos", o qual afirma que:

> (...) a presunção de inocência deve ser colocada como o significante primeiro, pelo qual, independentemente de prisão em flagrante, o acusado inicia o jogo absolvido. A derrubada da muralha da inocência é função do jogador acusador. Aqui descabem presunções de culpabilidade. O processo como jogo, deverá apontar pelas informações obtidas no seu decorrer, a comprovação da hipótese acusatória, obtida por decisão judicial e fundamentada.[57]

Dessa forma, demonstra-se nitidamente a relevância de tal princípio na questão relativa à produção de provas, uma vez que poderá acarretar na

---

[54] MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. Ebook. p. 79.
[55] BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Ebook. p. 91-92.
[56] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook.
[57] ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 70.

absolvição do réu. Ademais, é em razão da sua obrigatoriedade que se verifica uma inconsistência entre sua adoção pelo sistema processual penal brasileiro e a previsão acerca possibilidade de produção de provas *ex officio* pelo magistrado, no entanto, esse assunto será tratado no capítulo a seguir.

Por fim, nesse capítulo foram analisados os princípios que possuem relação direta com a produção de provas de ofício pelo juiz, com breves considerações individualizadas. Assim, finalizado esse estudo, passar-se-á a fazer suas ligações com o tema objeto do presente artigo, demonstrando-se quais as suas implicações na prática.

3 DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ

Com o fim de regular e proporcionar maior celeridade a matéria atinente a produção de prova no campo processual penal, foi editada pelo Congresso Nacional a Lei n. 11.690/2008. Um dos aspectos mais polêmicos desta lei, objeto de estudo do presente artigo científico, foi a nova redação concedida ao art. 156 do Código de Processo Penal, mormente o seu inciso I, *in verbis*:

> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
> **I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;**
> II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.[58]

A inovação trazida pela legislação supracitada conferiu legitimidade a figura do “juiz instrutor”. Diz-se que a norma apenas trouxe legitimidade pelo fato de tal prática já estar em utilização há muito tempo pelos tribunais brasileiros, porém antes sem o devido mandamento legal.

Juntamente com esta alteração legislativa, emergiram vozes doutrinárias abalizadas, as quais levantaram discussões acerca da compatibilidade do poder

[58] BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2015. grifo nosso.

instrutório concedido ao magistrado (antes de iniciada a ação penal) em relação ao sistema acusatório estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil, bem como com os princípios informadores do processo penal brasileiro.

3.1 DA (IN)COMPATIBILIDADE DA FUNÇÃO INSTRUTÓRIA CONCEDIDA AO JUIZ, ANTES DE INICIADA A AÇÃO PENAL, COM O SISTEMA ACUSATÓRIO

Com a inovação legislativa, relativa a gestão probatória, decorrente da redação dada ao art. 156, inciso, I, do Código de Processo Penal, pela Lei n. 11.690/2008, surgiu a seguinte questão a ser debatida: cabe ao juiz, antes de instalada a Ação Penal, determinar a produção de provas de ofício e, se assim agindo, conservaria o órgão jurisdicional a sua imparcialidade?

Como analisado anteriormente no capítulo 1, verifica-se que no sistema acusatório há completa separação entre as funções de acusar, julgar e defender. O ônus probatório, por seu turno, compete aquele que possui interesse na produção da prova, o que ficaria a cargo do Ministério Público, no caso da acusação, e do advogado, ou do defensor público, na defesa. Ao juiz incumbe a reflexão das provas carreadas pelas partes, para que ao final, como sujeito imparcial, profira o seu édito condenatório ou absolutório.

Conceder o poder de investigação também ao órgão julgador, pode ser considerado um atentado ao sistema acusatório. A par dessa questão, vale o registro realizado por Geraldo Prado, o qual afirma que “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.”[59]

Ao passo em que se atribuem poderes instrutórios ao órgão julgador, arruína-se a estrutura dialética do processo, representada pelo contraditório, o que dá azo a um sistema notadamente inquisitório em que a imparcialidade do

---

[59] PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 137.

juiz se torna evidentemente comprometida[60]. Sobre o assunto, colhe-se do escólio de Geraldo Prado:

> A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório.[61]

Há ainda quem afirme que, em que pese o juiz não possua de fato ônus probatório, a sua iniciativa probatória encontraria respaldo no princípio da verdade real (verdade processual possível), o que seria realizado com fins de afastar dúvidas e evitar injustiças que possam ocorrer na descoberta dos fatos[62].

Ocorre que, como bem destacado no capítulo 2 do presente artigo, a busca da verdade real (material) deve ser realizada com um olhar meticuloso, pois não pode o magistrado, sob o pretexto de alcançá-la, rejeitar o seu papel constitucional e assumir a identidade de um juiz inquisidor, sem as qualidades de sujeito imparcial que lhe é inerente[63], caso contrário haveria grave violação ao devido processo legal. Sobre o tema, ensina Fernando Capez:

> Assim, colocar o julgador na posição de parte, incumbindo-lhe atribuições investigatórias e probatórias típicas de acusador, implica vulnerar sua imparcialidade e violar o due process of law. A colheita da prova pelo juiz compromete-o psicologicamente em sua imparcialidade, transformando-o quase em integrante do polo ativo da lide penal, colidindo frontalmente com diversas normas constitucionais. À vista do exposto, o juiz que participar da colheita da prova, atuando como verdadeiro inquisidor, não estará atuando na função típica de magistrado, ficando, destarte, sujeito ao comprometimento psicológico com a tese acusatória, tão comum às partes. Por essa razão, estará impedido de proferir qualquer sentença ou decisão no processo criminal que vier a se instaurar (CPP, art. 252, II).[64]

---

[60] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 184.
[61] PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 175.
[62] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 364-365; SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional:** pós-reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 349-350.
[63] TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 531.
[64] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Ebook. p. 72.

Faz-se necessário reconhecer que a iniciativa probatória do juiz na fase de investigação, além de ser afrontosa ao sistema acusatório, desrespeita a função do órgão acusador, representada pelo Ministério Público, uma vez que invade a sua esfera de atuação. Além disso, é notório que a imparcialidade do juiz, como dito alhures, seria prejudicada, visto que estaria exercendo uma atividade fora de sua alçada[65]. Sobre o tema, sábias são as palavras de Paulo Rangel:

> Ora, como imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas não a leva em consideração na hora de dar a sentença? A reforma pensa que o juiz é um ser não humano. Um extraterrestre que desce de seu planeta, colhe a prova, preside o processo, julga e volta à sua galáxia, totalmente imparcial. Inocência. Juiz é um ser humano como outro qualquer dotado de emoção, paixão, egoísmo, altruísmo, ódio, amor e, claro, "sentimento de justiça".[66]

No mesmo sentido é o pensamento de Geraldo Prado:

> Com efeito, não há razão, dentro do sistema acusatório ou sob a égide do princípio acusatório, que justifique a imersão do juiz nos autos das investigações penais, para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já realizadas ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público, em busca da formação da opinio delicti.[67]

Na verdade, a leitura do art. 156 do Código de Processo Penal, assim como de toda a legislação infraconstitucional, deve ser interpretada sob o pálio da Constituição e do sistema acusatório vigente, motivo pelo qual o agir de ofício mencionado nesse dispositivo, concernente a gestão probatória na fase de investigação, "só é concebível mediante requerimento da parte interessada; jamais *ex officio*; cumprindo ao juiz, após regular provocação, analisar a pertinência da medida tendo por referência os critérios apontados na norma (necessidade, adequação e proporcionalidade)."[68]

---

[65] GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 36.
[66] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Ebook. p. 453.
[67] PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 175.
[68] MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. Ebook. p. 445.

Destaca-se que, sob a égide da atual Constituição, a produção antecipada de provas pelo magistrado somente seria tolerável se o material produzido fosse em benefício da defesa, mormente em prol das liberdades fundamentais do réu. Isso em razão de três motivos básicos: 1) o Estado já possui órgãos responsáveis pela investigação (Polícia e Ministério Público); 2) no sistema acusatório o ônus da prova compete tão somente as partes[69]; e, por fim, 3) "a defesa das liberdades públicas é um dos mais relevantes papéis constitucionais do magistrado."[70] Sobre o tema, ensina Nereu José Giacomolli:

> É de ser admitida, em face da proteção constitucional e humanitária, inclusive como direito universal, de proteção dos direitos fundamentais, da inviolabilidade do direito à defesa, a atuação *ex officio*, extraordinariamente, em favor do acusado. Isso quando for para evitar uma condenação injusta.[71]

Outrossim, aspecto importante a ser destacado é que se demonstra contraditório condenar o sistema inquisitorial e, ao mesmo tempo, utilizar o princípio da verdade real, como fundamento, para tornar aceitável a produção de provas de ofício pelo juiz antes de iniciada a ação penal, uma vez que ambos (sistema e princípio) estão interligados e se sustentam reciprocamente. No sistema inquisitório apenas a busca pela verdade tem importância, sem interessar a forma como foi obtida[72]. Dessarte, a cega ambição pela verdade pode conduzir a um sistema inquisitório, mesmo que disfarçado.

Saliente-se, por oportuno, que a concessão de poderes instrutórios ao juiz antes de iniciada a ação penal desconsidera totalmente o princípio do *in dubio pro reo*. Isso porque em vez de o magistrado absolver o réu em caso de dúvida, o que expressa a limitação do poder punitivo, ele irá partir em busca de provas que podem ocasionar a condenação do investigado[73].

---

[69] MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Ebook. p. 469.
[70] MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Ebook. p. 469.
[71] GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 37.
[72] KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. Ebook. p. 155-159.
[73] KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. Ebook. p. 151.

É evidente que a busca de material probatório de ofício pelo juiz possui como finalidade embasar uma futura condenação, justamente porque, caso contrário, se não existissem provas, ou houvesse a dúvida, o magistrado deveria absolver o réu. Isto é, não haveria sentido a produção de provas que embasassem uma absolvição, visto que o princípio do *in dubio pro reo* deveria imperar[74]. É o que disserta, Paulo Rangel:

> Imaginar que o poder instrutório concedido ao juiz tem como finalidade suprir eventuais deficiências entre as partes ou superar as possíveis desigualdades entre elas é acreditar na figura do juiz Hércules, ou na pior das hipóteses, na bondade do juiz Nicholas Marshall (este era um respeitável e honrado Juiz, exibido em um seriado de TV, que durante o dia, cumpria com as leis em vigor, respeitava os prazos processuais, bem como, os direitos dos réus, porém, à noite, fora do tribunal, com roupas comuns e, portanto, sem a toga e com cabelos soltos, decidia "fazer Justiça" com as próprias mãos eliminando os réus que foram absolvidos na justiça).[75]

Outra alternativa não resta, portanto, senão a declaração pela Suprema Corte da inconstitucionalidade do inciso I do art. 156 do Código de Processo Penal, como ocorreu em relação à Lei n. 9034/95, Lei do Crime Organizado (já revogada), no julgamento da ADI n. 1570, a qual considerou inconstitucional o *caput* do art. 3º que autorizava o juiz realizar pessoalmente as diligências, sob o argumento de que tais atribuições, investigar e inquirir, são de responsabilidade do Ministério Público e das Polícias Civil e Federal[76].

Por derradeiro, informa-se que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em outras oportunidades, já levantou a questão acerca de situações como essas relativas a produção antecipadas de prova pelo órgão julgador, que violem a garantia da sua imparcialidade, o que gera grande preocupação com relação aos administrados da justiça, pois, ainda que o magistrado não manifeste um pré-juízo de valor, "é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga com pleno alheamento. Isso afeta negativamente a confiança que os Tribunais de

---

[74] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Ebook. p. 453.
[75] RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Ebook. p. 453-454.
[76] CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Ebook. p. 73; PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014. Ebook. p. 337.

uma sociedade democrática devem inspirar nos jurisdicionados, especialmente na esfera penal”[77].

[77] LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 184.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico teve como objetivo geral verificar se caberia ao juiz, antes de instalada a Ação Penal, determinar a produção de provas de ofício e se, assim agindo, conservaria o órgão jurisdicional a sua imparcialidade.

Para lograr êxito nessa tarefa, adotou-se como ponto de partida o estudo relativo aos sistemas processuais, os quais podem ser entendidos como um conjunto de princípios e regras constitucionais que regem aplicação do direito penal em cada caso concreto.

Verificou-se que podem ser classificados em três espécies, quais sejam: a) sistema acusatório, adotado pelo Brasil, que possui como principal característica a separação das funções de julgar, acusar e defender, de modo que o magistrado não possui, em tese, iniciativa probatória; b) sistema inquisitivo, no qual as funções de acusar, defender e julgar se concentravam no órgão julgador, que poderia, ainda, realizar a investigação; e c) sistema misto, que seria uma miscigenação dos anteriores.

Nessa toada, passou-se à análise dos princípios do órgão jurisdicional correlacionados à gestão probatória. Inicialmente, cuidou-se do princípio da imparcialidade, garantido pelo sistema acusatório, o qual determina que o juiz não pode ter interesse específico na solução da controvérsia e deve se manter equidistante das partes.

Após, investigou-se o princípio da “verdade real”, o qual afirma que no processo penal deve-se buscar a verdade dos fatos e não se contentar com as provas juntadas aos autos. Por fim, trouxe-se à baila o princípio do *in dubio pro reo,* o qual preceitua que em caso de dúvidas acerca da materialidade ou autoria do delito, o réu deve ser absolvido.

Por fim, no último capítulo, analisou-se a (in)compatibilidade do art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal, com o sistema acusatório e os princípios do órgão jurisdicional correlacionados a prova.

Assim, conforme exposto anteriormente, o sistema acusatório baseia-se na completa separação entre as funções de acusar, defender e julgar, de

modo que não caberia ao magistrado a iniciativa probatória. Conferir ao juiz a possibilidade de determinar de ofício, antes do início da ação penal, a produção de provas, estar-se-ia ferindo frontalmente o sistema acusatório, uma vez que o órgão julgador deixaria de apenas refletir sobre as provas para, ele próprio, colhê-las.

Ademais, há clara violação ao princípio da imparcialidade, isso porque o magistrado que toma a frente da investigação compromete-se psicologicamente com o caso analisado e passa, praticamente, a fazer parte do polo ativo da demanda. Outrossim, não há como conceber que o gestor da prova seja o responsável pelo julgamento final, sem que isso afeta a sua imparcilidade.

Concluiu-se, ainda, que o princípio da verdade real não é capaz de autorizar a concessão de poderes instrutórios ao juiz durante a investigação preliminar, visto que a sua leitura deve ser realizada de acordo com os princípios e regras constitucionais. Ademais, seria possível a invocação desse princípio apenas em caso extremos, quando utilizado em favor da defesa, já que o magistrado é responsável pela defesa das liberdades públicas.

Já o princípio da *in dubio pro reo,* por sua vez, é violado a partir do momento em que o magistrado, com dúvidas, deixa de absolver o réu e passa a realizar a colheita de material probatório com claro intuito de condená-lo, o que faz com fundamento no contestado princípio da “verdade real”.

Assim, ao responder o questionamento originário, constata-se que a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, antes do início da ação penal, não é compatível com o sistema processual penal brasileiro, em razão de ir de encontro aos princípios e bases do sistema acusatório adotado pelo Brasil.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório:** o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

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

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Ebook.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo penal brasileiro.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. Ebook.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Ebook.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da investigação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Ebook.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **A prova no processo penal:** comentários à Lei nº 11.690/2008. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

KHALED JÚNIOR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal:** para além da ambição inquisitorial. São Paulo: Atlas, 2013. Ebook.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal:** fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. Ebook.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2010. Ebook.

MAGNO, Lavy Emanuel. **Curso de processo penal didático.** São Paulo: Atlas, 2013. Ebook.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. Ebook.

MIRABETE, Júlio Fabrinni. **Processo penal.** 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Ebook.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014. Ebook.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório:** a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal.** 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.** 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 18 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Ebook.

ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de direito processual penal.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007. v. 1.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional:** pós-reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008.