



FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA

THALES WAGNER SILVA COELHO

A PRODUÇÃO DE PROVAS EX OFICIO PELO JUIZ

CARATINGA-MG
2016

THALES WAGNER SILVA COELHO

A PRODUÇÃO DE PROVAS EX OFICIO PELO JUIZ

Trabalho de Conclusão de Curso a ser apresentado à banca examinadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga - FIC, como exigência para aprovação na disciplina de Monografia Jurídica II, requisito parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

FIC-CARATINGA
2016

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	7
1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL	12
1.1 Princípio do Processo Penal Constitucional: Devido processo legal.....	12
1.2 Princípios que Limitam a Atuação Probatória do Juiz	14
1.3 Princípios que Autorizam a Instrução Probatória do Juiz	26
2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	30
2.1 Sistema Acusatório	30
2.2 Sistema Inquisitório	32
2.3 Sistema Misto.....	34
2.4. Sistema Processual Penal Brasileiro.....	36
3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ART. 156 DO CPP	38
3.1 A Redação do Artigo 156, caput, do Código de Processo Penal Existente Antes da Reforma Processual	38
3.2 A incompatibilidade de investigação do juiz declarada pelo Supremo Tribunal Federal.....	42
3.3 DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DOS JUÍZES E DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 156, I DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem por escopo a análise do dispositivo legal estabelecido no artigo 156, I, do Código de processo Penal, admitindo uma possível inconstitucionalidade do referido, uma vez que, o mesmo fere de morte princípios basilares do direito e ainda colide com os fundamentos de um Estado democrático de direito, contrariando por sua vez o constituinte de 1988 o qual traz em seu esboço garantias e direitos afim de resguardar a segurança jurídica na prestação jurisdicional ao cidadão. Para conseguir tal feito, expõe através de colocações doutrinarias e jurisprudenciais, considerações sobre tais princípios e julgados que servem de base para um estado democrático de direito.

Palavras chaves: Inconstitucionalidade; Sistema inquisitório; Princípio da imparcialidade; Princípio da Inércia; Princípio do juiz natural.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a constitucionalidade ou não do art. 156, do Código de Processo Penal que admite a possibilidade de produção de provas de ofício pelo o juiz e ainda do seu inciso I que permite antes mesma de iniciada a ação penal o ordenamento de provas pelo mesmo.

Tendo o papel do magistrado uma grande importância no Poder Judiciário Brasileiro fez-se necessária a reflexão relativa a constitucionalidade do art.156, do Código de Processo Penal, que pelo advento da Lei. 11.690 de 2008, modificou dispositivos relativos à prova, a qual permitiu ao juiz antes mesmo de iniciada a ação penal, sair da inercia e ordenar de ofício o levantamento de provas.

A reforma choca com o constituinte originário de 1988, que trazendo a redemocratização trouxe à baila diretrizes no relacionamento do Estado para com o cidadão, na relação processual, em especial de natureza penal, o Constituinte de 1988 resguarda como direitos fundamentais o contraditório e a ampla defesa, de modo que com a possibilidade do juiz produzir provas não há o respeito a tais direitos.

O juiz ao aplicar o artigo 156, agindo de tal forma, o mesmo fere o princípio in dubio pro reo, colocando em risco a imparcialidade que ele tanto deve resguardar, viciando o julgo imparcial, isento de imparcialidade, de tal forma que venha adotar um modelo processual diverso do recebido pelo Brasil.

Vide o artigo objeto de análise¹:

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 09/06/2008]
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; [Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/2008]
II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (NR) [Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/2008]

¹ BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 13 de março de 2016.

A antiga redação do 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.”

Portanto, fez-se necessário o estudo entre a diferença dos poderes instrutórios e poderes investigatórios do magistrado, qual o posicionamento dos autores perante o assunto e qual o sistema adotado pelo Brasil segundo os autores de processo penal.

Para um melhor entendimento do assunto abordado no presente trabalho, este estudo foi dividido em três capítulos explicados a seguir.

O capítulo primeiro, aborda alguns dos princípios constitucionais que norteiam o direito na seara da processualística penal, trazendo-os de forma a ser demonstrada suas aplicações nos limites impostos ao magistrado responsável pelo julgo.

O capítulo segundo, expõe um breve estudo sobre a busca pela verdade no processo penal, tendo em vista que, dentro desse conceito, deseja-se a verdade processual. Ressaltando-se que, para o juiz buscar a verdade processual, há que se respeitarem os princípios constitucionais que regem o comportamento do julgador.

O capítulo terceiro, elucida o posicionamento dos autores acerca dos poderes instrutórios do julgador e, por conseguinte, da ADI n. 1.570, de 22 de outubro de 2004, e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre os poderes investigatórios dado ao juiz. Ao final, analisa-se o caput do art. 156 do Código de Processo Penal e sua inconstitucionalidade.

A elaboração deste trabalho construção do texto foi baseada em diversos posicionamentos doutrinários, além do estudo da aplicação da lei e de interpretações jurisprudenciais.

A lei que estabeleceu essa redação do art. 156, do CPP foi sancionada em 9 de junho de 2008, entrando em vigor no dia 10 de agosto de 2008, o trabalho, em suma, visa analisar a incompatibilidade do caput do referido artigo com a Constituição brasileira e o estado democrático de direito instituído por ela, bem como a posição adotada sobre o assunto.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

O presente trabalho visa demonstrar a inconstitucionalidade de dispositivo normativo, o qual inova no ordenamento jurídico, necessário se faz a exposição de alguns conceitos que gravitam sobre o objeto de estudo.

Primeiramente, cabe a exposição do conceito de sistema processual penal. Segundo Paulo Rangel²:

O sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.

Os sistemas processuais penais neste presente trabalho vão se dividir em, acusatório, inquisitório e misto.

Vejam algumas características gerais do sistema acusatório, que, após a Revolução Francesa, no século XVIII, o sistema acusatório tomou como características; a produção probatória realizada pelas partes, sendo o Juiz apenas um terceiro imparcial. As partes possuem igualdade no processo, no que diz respeito ao procedimento, este por sua vez é oral, pelo menos em regra. Vigem nesse procedimento a regra da publicidade. Como meios de defesa prevalece o contraditório e a ampla defesa. No que se refere às provas, prevalece o livre convencimento motivado do Juiz; existem, ainda, para manter a segurança jurídica, o princípio da coisa julgada, o duplo grau de jurisdição e a possibilidade que as partes têm de impugnar as decisões.³

No sistema inquisitório, o juiz passa a produzir a prova e, conseqüentemente, a condenar, desaparecendo o triângulo processual, restando apenas Juiz e réu. Sendo a principal característica do procedimento inquisitório está reunião das funções de investigar, acusar e julgar investidas numa mesma pessoa, ou seja, o juiz inquisidor.

No sistema inquisitório não há a ampla defesa e o contraditório, visto que o acusado não é sujeito de direito, mas mero objeto de investigação. O sistema

² RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 12ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 49

³ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.58.

inquisitório surge com a insuficiência das partes em apresentarem provas e também com a possibilidade de o Magistrado abrir um processo ex officio para os casos de flagrante delito. Com isso, o juiz invadiu a esfera da investigação paulatinamente ⁴

No sistema processual misto, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, que, no Brasil a presidência continua com o magistrado – tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica esta marcante do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se, ao referido, de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios.⁵

A Constituição Federal/88 claramente fez opção pelo sistema acusatório, prestigiando a presunção de inocência, devido processo legal, publicidade dos atos processuais, ampla defesa, contraditório, e diversos outros institutos que remetem a tal sistema.

No processo penal, como se extrai das garantias constitucionais que o moldam, filia-se ao sistema acusatório. E esse é o entendimento de Aury Lopes, que posiciona - se e defende a inconstitucionalidade de todos os dispositivos do CPP que violem as regras desse sistema acusatório constitucional.⁶

Nesse sentido, e de acordo com o posicionamento de Aury Lopes a respeito da inconstitucionalidade do artigo referido no presente trabalho, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no RHC de nº 23.945-RJ, Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 05/02/2009, como se transcreve a seguir:⁷

Na espécie, ainda na fase de investigação preliminar, antes que fosse oferecida a denúncia, o juiz, por entender que a causa era complexa, iniciou a realização do interrogatório de alguns réus. O referido procedimento não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, o que torna nulo não apenas os atos decisórios, mas todo o processo. O juiz não pode realizar as funções do órgão acusatório ou de polícia judiciária, fazendo a gestão da prova, pois seria retornar ao sistema inquisitivo. Assim a turma, por maioria deu provimento ao recurso para declarar a nulidade de todo o processo não

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 61.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 12ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 12

⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 79

⁷ Idem, p. 79.

apenas dos atos decisórios, bem como dos atos praticados pelo juiz durante a fase das investigações preliminares, determinando que os interrogatórios por ele realizados nesse período sejam desentranhados dos autos, de forma que não influencie a opinião delicti do órgão acusatório na propositura da nova denúncia.

A cláusula do devido processo legal prevista na Constituição Federal em seu art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁸ é comumente conceituada como uma garantia constitucional, na qual ficam assegurados aos sujeitos processuais parciais o estabelecimento e o respeito a um processo judicial instituído por lei e conduzido por um juiz natural, independente e imparcial, sendo resguardado o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos e motivação das decisões judiciais. É nesse sentido que a cláusula foi incorporada no campo “dos direitos e garantias fundamentais”.⁹

Tendo em vista o tema abordado no presente trabalho, torna-se relevante conhecer os princípios que limitam a atuação probatória do juiz, uma vez que ocorreu a ampliação de sua atuação pelo mencionado dispositivo legal.

Deve a iniciativa instrutória do julgador obedecer a forma e figura apropriadas, sob pena de se aproximar de modelos processuais ultrapassados. Há, pois, a necessidade de se observar os princípios do juiz natural, da imparcialidade, da obediência à presunção de inocência, do dever de motivar os atos decisórios, da duração razoável do processo, da obrigatoriedade de publicidade dos atos processuais, da licitude e da legitimidade das provas, do respeito à ampla defesa e do contraditório¹⁰

Todos esses princípios limitam a atuação do juiz, visto que tratam da obediência que o magistrado deve observar na instrução probatória, para não se remeter ao modelo inquisitório, que dá poderes ilimitados ao juiz.

Para melhor compreender a pretensão deste presente trabalho, qual seja, a análise da inconstitucionalidade do inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei n. 11.690/2008) é preciso analisar a redação anterior

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 de abril de 2016.

⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. São Paulo: RT, 2003, p. 132.

¹⁰ Idem, p. 134.

desse dispositivo legal, antes da entrada em vigor da reforma parcial em agosto de 2008 e o posicionamento dos autores acerca do conteúdo desse artigo. Segue a redação do artigo 156, caput, ora mencionado:

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.

Guilherme de Souza Nucci também é a favor da instrução probatória pelo juiz no curso do processo:

A atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem a verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação, de beneficiar com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. O impulso oficial também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não.

A nova redação do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal com advento da Lei n. 11.690/2008 vai contra a Constituição Federal e o sistema acusatório vigente adotado por ela. Como se vê:

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

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo” e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do “reparto judicial justo”¹¹

Esse poder investigatório do julgador constitui uma violação do direito ao juiz imparcial, consagrado no art. 8º. da Convenção de Direitos Humanos (CADH), Pacto de San José:

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. Bom para quê(m)? Boletim Ibccrim. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008, p. 10.

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

A nova redação do inciso I do art. 156 do CPP consagra o juiz instrutor-inquisidor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, colher de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos. “Decide primeiro a partir da prova que ele constrói e, depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formalizará essa decisão”¹²

Aury Lopes Júnior realiza o seguinte comentário acerca dos poderes instituídos ao juiz pelo famigerado inciso I do artigo 156 do CPP:

Imaginem tais poderes nas mãos de algum juiz-juizeiro, titular de uma vara “especializada (de combate a)”, para compreender-se o tamanho do problema e o grave retrocesso de tal disposição legal. Perde-se um juiz e se ganha um inquisidor. Um bom negócio, sem dúvida... resta saber para quê e para quem¹³

Como visto, baseando-se no texto constitucional, principalmente nos seus princípios e no sistema acusatório adotado pela Constituição, o presente trabalho visa analisar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, cuja redação foi estabelecida pela Lei n. 11.690/2008. De tal forma que, o inciso ora estudado mostra-se inconstitucional, visto que, de modo “escancarado” rompe com o devido processo legal, formal e substancial. Dessa forma, o legislador ordinário, ao ampliar a esfera de atuação do juiz, incluindo o inciso I no artigo 156 do Código de Processo Penal, feriu os princípios norteadores do estado democrático de direito. O magistrado que deixa sua inércia em busca de provas se contamina, uma vez que, começa a delinear mesmo de forma inconsciente, o que de fato busca, fazendo assim uma inclinação, seja para a acusação ou com a defesa. É o que se deseja apresentar.

¹² LOPES JUNIOR, Aury. Bom para quê(m)? Boletim Ibccrim. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008, p. 10.

¹³ Idem, p. 10.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO PROCESSO PENAL

Ante da incontestável importância dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, é de grande relevância a análise dos princípios constitucionais que são aplicáveis ao processo penal no caso em questão, sendo assim, neste trabalho de conclusão de curso estará sendo abordado o estudo dos principais princípios constitucionais aplicáveis ao estudo.

1.1 Princípio do Processo Penal Constitucional: Devido processo legal

O constituinte originário de 1988, carrega em sua redação um significativo rol de direitos e garantias, com finalidade de elucidar à cidadania e à democracia. Assim, é de grande importância destacar o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o qual prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O princípio do *due process of law*, de origem inglesa consiste em assegurar a qualquer litigante a garantia de que o processo em que for parte, obrigatoriamente, terá o curso na forma que estiver estabelecido a lei.

É pacífico o entendimento de que o devido processo legal representa um sobreprincípio, supraprincípio ou princípio-base, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo¹⁴.

Marcos Alexandre Coelho Zilli¹⁵ destaca:

Toda atuação estatal deve estar norteadada pelo respeito ao direito, entendido como produto do exercício da soberania popular, resultado do estado democrático de direito e, sobretudo, ao princípio da igualdade, sendo nesse sentido que o processo judicial, como instrumento de aplicação do direito, deve refletir.

Este princípio divide-se em duas partes:

¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, 2011

¹⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 130

- Devido processo legal material, que trata sobre a regularidade do próprio processo legislativo;
- Devido processo legal processual, que se refere a regularidade dos atos processuais.

O mesmo autor leciona¹⁶:

A cláusula do devido processo legal é comumente conceituada como uma garantia constitucional, na qual ficam assegurados aos sujeitos processuais parciais o estabelecimento e o respeito a um processo judicial instituído por lei e conduzido por um juiz natural, independente e imparcial, sendo resguardado o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos e motivação das decisões judiciais. É nesse sentido que a cláusula foi incorporada no campo “dos direitos e garantias fundamentais”

Então, equilibra-se a ampliação de um devido processo legal, com um devido processo penal constitucional, no qual, além das regras já existentes, outras regras novas pertencentes ao ramo do processo penal devido, seriam exigidas.

As regras do devido processo penal são: do acesso à justiça penal; do juiz natural em matéria penal; do tratamento paritário dos sujeitos no processo penal; da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ele inerentes; da publicidade dos atos processuais penais; da fixação do prazo razoável de duração do processo penal.¹⁷

A importância deste princípio se dá a circunstância de que o processo penal tem o compromisso de percorrer totalmente a orientação exigida pela Constituição Federal: suas garantias fundamentais, o estado democrático de direito, o sistema acusatório, os direitos humanos. Torna-se impossível falar em processo penal constitucional sem que se aborde o princípio base, que é o do devido processo legal.

Dentro do processo legal em questão, está abarcado os princípios que norteiam a atuação do juiz quanto a provas e as orientações constitucionais e legais à iniciativa instrutória do julgador, limitando sua atuação. Assim, analisam-se os referidos princípios.

¹⁶ Idem, p.132.

¹⁷ Idem, ibidem.

1.2 Princípios que Limitam a Atuação Probatória do Juiz

Relatando que o abordado no presente trabalho é a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, e também a possibilidade do Juiz de ex-officio colher provas, faz-se importante conhecer os princípios que limitam a atuação probatória do juiz, uma vez que ocorreu a ampliação de sua atuação pelo mencionado dispositivo legal.

Sendo assim, obriga-se a iniciativa instrutória do julgador desempenhar a forma e figura apropriadas, sob pena de se aproximar de modelos processuais obsoletos. Porém, há o dever de observar os princípios do juiz natural, da imparcialidade, da obediência à presunção de inocência, do dever de motivar os atos decisórios, da duração razoável do processo, da obrigatoriedade de publicidade dos atos processuais, da licitude e da legitimidade das provas, do respeito à ampla defesa e do contraditório.

Estes princípios vêm para restringir a atuação do juiz, uma vez que estão diretamente ligados nas formas e a obediência que o mesmo deve se atentar na instrução probatória, assim, não correndo o risco de voltar à essência do modelo inquisitório, onde os poderes do magistrado são limitados. Já o princípio do juiz natural, historicamente é associada à dupla garantia, qual seja: proibição de tribunais extraordinários e a vedação de transferência de competência entre órgãos jurisdicionais de uma mesma instância. Essa segurança é repetida pela atual Constituição.

Essa afirmação é encontrada no texto constitucional: “Art. 5º. [...] XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...] LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”¹⁸. Sendo assim, além de proibir a criação de tribunais *pos facto*, veda-se também a transferência de competência posterior à prática delituosa.

Este princípio, é inafastável por legislação infraconstitucional, em virtude da competência estabelecida na Constituição, sobreveio a revogação ou a não aplicação de diversos dispositivos do CPP, no momento em que conflitou com as normas

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 de abril de 2016.

constitucionais, como, por exemplo, o seu art. 26, que diz que o juiz iniciará a ação penal¹⁹.

Em análise a aplicação do princípio tratado aqui, encontra-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na qual reconhece a nulidade dos julgamentos de recursos proferidos por câmara composta majoritariamente por juízes de primeiro grau.

IMPETRANTE: MARCUS VINÍCIUS RIBEIRO – DEFENSOR PÚBLICO
 IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 PACIENTE: TIAGO MORAIS DOS SANTOS EMENTA PROCESSUAL
 PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO
 PENAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ
 NATURAL. JULGAMENTO DA APELAÇÃO POR CÂMARA
 COMPOSTA MAJORITARIAMENTE DE JUÍZES DE PRIMEIRO GRAU.
 NULIDADE. OCORRÊNCIA.

I – É nulo o julgamento de recurso de apelação por Turma de Tribunal composta, majoritariamente, de juízes de primeiro grau convocados, por violação ao princípio do juiz natural (Precedentes do STJ e do STF). II – "Permitir que o julgamento em Tribunal de segundo grau se faça exclusiva ou majoritariamente por Juízes de primeiro grau convocados, no âmbito da justiça Estadual ou Federal, significa retirar do jurisdicionado o seu direito fundamental de ser julgado pelo Juízo constitucionalmente competente, máxime se de julgamento criminal se cuida, espécie em que as garantias processuais são ainda mais apuradas e mais sofisticados os mecanismos legais de defesa." (HC 94.881/PE, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 15/04/2008, acórdão ainda pendente de publicação). III – Acolhido o pleito de nulidade do julgamento do recurso de apelação, restam prejudicados, por ora, os demais pedidos. Ordem concedida.²⁰

É de grande valia lembrar que um dos basilares do juiz natural, no que trata à vedação do juiz ou tribunal de exceção, se encontra justamente na tutela da imparcialidade do juiz. A regra da imparcialidade preocupa-se com as circunstâncias de fato e de direito que poderiam afetar a qualidade de determinada, concreta e específica decisão. Para garantia dessa imparcialidade, o Código de Processo Penal regula, em seus arts. 252, 253 e 254, os casos de impedimentos, incompatibilidades e suspeição do juiz, respectivamente:

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

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 100.426 - SP (2008/0035365-6). Relator: Felix Fischer. Julgado em 22 de abril de 2008. DJ, 09/6/2008, p. 1.

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

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

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

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

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

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

I– se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II– se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

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

IV– se tiver aconselhado qualquer das partes;

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

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

No entanto, junto da imparcialidade, o magistrado deve possuir independência, que se embasa na instauração das garantias as quais almejam o resguardo do seu desempenho da atividade jurisdicional, contra pressões externas, sobretudo aquelas de índole política²¹.

No entanto, se existe o princípio de imparcialidade, a participação do magistrado antes da formação do processo choca com a limitação imposta pela Constituição.

Contempla-se nesta mesma linha, José Manoel de Arruda Alvim²²:

Exerce o juiz a atividade desinteressada do conflito, equidistante dos interessados, e exclusivamente, subordinada à lei, daí serem os juízes, de um lado, submissos só à lei e, de outro, independentes, para que possam ser imparciais, bem como hão de obedecer a regras preestabelecidas (procedimento preestabelecido), asseguradoras da imparcialidade.

²¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 130

²² ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, v. I, 1975

Tratando do princípio da presunção de inocência, que encontra-se gravado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tal princípio obriga ao poder público a observar duas regras no que diz respeito ao acusado. Sendo esta primeira, com relação ao “tratamento” dispensado ao réu, em que esse, em nenhum momento do *iter persecutorio*, poderá sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação. A segunda regra específica se refere ao ônus probatório, uma vez que estabelece que todo o ônus da prova, relativa à existência do fato e sua autoria, devem recair sobre a acusação.

Sobre o encargo da realização de provas, dentro do princípio da inocência, em se tratando da defesa, cabe ao mesmo expressar eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, alegada na peça acusatória²³.

Quanto às regras de tratamento, deferido ao réu o princípio da inocência exerce função de grande relevância, “ao exigir que toda privação de liberdade, antes do trânsito em julgado, deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de ordem judicial devidamente motivada”²⁴.

Novamente, o dispositivo legal objeto de análise compromete o modelo de sistema adotado pelo país e os princípios constitucionais, sendo que, o juiz, ao sair da inercia e de ofício atuar na investigação criminal, lesa a presunção de inocência resguardada por princípio constitucional, uma vez que, a transmissão do ônus da prova da acusação (artigo 129, I, Constituição Federal/1988), sendo unidade da essência do sistema acusatório, restringe ao magistrado de ir atrás da prova na fase de investigatória, pois, uma vez que é atribuído a sua pessoa o julgo.

No mesmo raciocínio, e de concordância com a colocação do doutrinador Aury Lopes no que diz a inconstitucionalidade do dispositivo supracitado, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no RHC de nº 23.945-RJ, Ministra Jane Silva

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

²⁴ Idem.

(Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 05/02/2009, como se transcreve a seguir²⁵:

Na espécie, ainda na fase de investigação preliminar, antes que fosse oferecida a denúncia, o juiz, por entender que a causa era complexa, iniciou a realização do interrogatório de alguns réus. O referido procedimento não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, o que torna nulo não apenas os atos decisórios, mas todo o processo. O juiz não pode realizar as funções do órgão acusatório ou de polícia judiciária, fazendo a gestão da prova, pois seria retornar ao sistema inquisitivo. Assim a turma, por maioria deu provimento ao recurso para declarar a nulidade de todo o processo não apenas dos atos decisórios, bem como dos atos praticados pelo juiz durante a fase das investigações preliminares, determinando que os interrogatórios por ele realizados nesse período sejam desentranhados dos autos, de forma que não influencie a opinião delicti do órgão acusatório na propositura da nova denúncia.

Tratando da presunção de inocência, no ramo da processualística criminal, aplicada como *in dubio pro reo*, Marcos Alexandre Coelho Zilli²⁶ explica:

A acepção probatória da presunção de inocência que toca profundamente a temática da iniciativa instrutória, [...] o discurso doutrinário é uníssono ao reconhecer como imperativa a absolvição na hipótese de persistência de dúvida na mente do julgador.

O princípio do *in dubio pro reo* restringe a atuação do magistrado na busca probatória, visto que tal princípio prevalece sobre o *pro societate*, no caso de haver dúvida na mente do julgador. Em tais ocasiões em que o juiz não pode realizar um poder instrutório probatório indefinidamente, *ad eterno*, faz-se obrigado a respeitar e aplicar o princípio do *in dubio pro reo*.

No que diz respeito a obrigação de os atos decisórios do juiz serem motivados, tem-se o livre convencimento motivado do juiz, previsto expressamente na Constituição²⁷:

Art. 5º. [...]

²⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Bom para quê(m)? Boletim Ibccrim. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008.

²⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 130

²⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 de abril de 2016.

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

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.

No atual modelo de sistema constitucional é indiscutível que uma decisão decisiva da produção de alguma prova, livremente de provocação das partes, deve obedecer a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, as que possuam garantia dupla: política e processual. Conforme a perspectiva do resguardo político, a motivação abre caminho para o controle popular sobre a administração da justiça, simplificando o exercício do poder jurisdicional, tendo em vista que relaciona as decisões à legalidade, conferindo tanto a certeza do direito, quanto assegurando a obediência ao princípio da separação de poderes. Já como garantia processual, a motivação permite averiguar se a decisão foi fruto de uma vontade de caráter pessoal do julgador. Nesse sentido, garante o resguardo da independência e impessoalidade do julgador²⁸.

È de grande importância o registro aqui da determinação contida na Lei nº 11.690/2008, que restringe o magistrado de realizar a fundamentação da condenação em material colhido unicamente na fase pré-processual, com ressalva das provas antecipadas e não repetíveis – perícias técnicas –, previsão esta contida no art. 155 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

A respeito à duração razoável do processo, essa passou a ter previsão expressa no sistema constitucional brasileiro pela Emenda Constitucional (EC) n. 45, de 30 de dezembro de 2004, no art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”²⁹.

²⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 130

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

Marcos Alexandre Zilli, explica a relevância da harmonia entre o direito brasileiro com o direito internacional dos direitos humanos em se tratando do princípio da duração razoável do processo³⁰:

Além de firmatário da CADH, o Brasil é passível de ser demandado junto à Corte Americana de Direitos Humanos, que previsivelmente “importa” muitos dos entendimentos do TEDH. Não tardará para que o Supremo Tribunal Federal comece também a lançar mão desse artifício doutrinário, para adequação do sistema jurídico interno à nova diretriz ditada pelo direito internacional dos direitos humanos.

Em relação ao princípio constitucional da publicidade, um processo penal constitucional, nos moldes de um efetivo estado democrático de direito, o qual tenha por objetivo se desvincular de modelos totalitários, é inadmissível a prática de atos processuais secretos. Dessa forma, atende o princípio da publicidade à dupla função: processual e política. Sendo assim, se permite que os sujeitos parciais tenham um controle mais elevado no referido processo, do qual fazem parte como interessados. Assim, cumpre-se sua função processual; também aceita-se que o exercício do poder jurisdicional, venha a ser de controle por quem é na verdade o titular originário de todo e qualquer poder: o povo. Cumpre-se assim sua função política³¹.

Encontra-se expresso o princípio da publicidade nos arts. 5º, LX, e 93, IX, da CF/88³²:

Art. 5º. [...]

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

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.

³⁰ Idem.

³¹ Idem, ibidem.

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 de abril de 2016.

Nada obstante, a publicidade é a regra, mas o legislador constitucional estabelece exceções, que acontecem quando da preservação dos interesses sociais e públicos, ou quando a defesa da intimidade impor.

Sendo assim, se o juiz antes mesmo de iniciar a ação penal solicita por ex officio o levantamento de provas, quebra o mesmo o princípio da publicidade dos atos processuais, consagrado no constituinte originário de 1988, sendo que, não se deu ainda o estabelecimento da relação processual, se furtando de proporcionar a defesa o vislumbre das medidas que por ele foram requisitadas e afetando, assim, a defesa do acusado, sendo que na fase investigatória não há o contraditório.

Os doutrinadores não têm concedido privilegio a ideia de o juiz de ofício requisitar provas antes mesmo da iniciação da ação penal, sempre limitando através dos princípios constitucionais a atuação do magistrado.

A doutrina diferencia as provas obtidas mediante ofensa e desobediência a forma, das produzidas com violação da matéria em seus preceitos. Da primeira, têm-se a denominada prova ilegítima, uma vez que, sua inclusão no processo afronta regras processuais, sendo possível a nulidade. Sendo a prova ilícita aquela que o levantamento enseja em desconformidade dos pré-estabelecimentos normativos materiais. A prova ilícita é considerada pelo legislador constitucional como prova inadmissível, sendo proibida a sua juntada ao processo, não podendo ser levada em consideração pelo julgador na formação de sua convicção³³.

No art. 5º, LVI, da CF/88³⁴ e no art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal está anotada a restrição de provas ilícitas, respectivamente:

Art. 5º. [...]

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

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

³³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 130

³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 de abril de 2016.

Aludidas normas, constitucional e legal, cumprem uma função relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, uma vez que a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. No que se refere aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito a intimidade, privacidade e imagem (art. 5º, X, CF/88), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, CF/88), visto que, normalmente, são os mais atingidos durante as diligências investigatórias³⁵.

Não sendo essa vedação constitucional absoluta uma vez que admite com base na teoria da proporcionalidade a prova ilícita como forma de provar a inocência do réu. Essa atenuação se baseia na explicação de que sendo um inocente condenado ficaria ferida a lógica do direito penal, ficando desta forma impune o real culpado.

A corte do Supremo Tribunal Federal tem decidido nessa mesma linha:

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Notitia criminis originária de representação formulada por Deputado Federal com base em degravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados na representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. 6. **Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita.**³⁶ [grifo nosso]

No tocante à garantia do contraditório e da ampla defesa, são direitos assegurados pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LV, da CF/88³⁷: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. HC n. 80948/ES. Relator: Néri da Silveira. Julgado em 07 de agosto de 2001. DJ, 19/12/2001, p. 1.

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 de abril de 2016.

A ampla defesa e o contraditório versam sobre limitações à instrução Probatória do juiz, sendo que, as normas constitucionais seguem o sistema acusatório, que por sua vez resguardam o contraditório e à ampla defesa como meio de defesa pessoal e técnica da pessoa do acusado em face do dever/poder estampado na pretensão punitiva estatal.

A Constituição Federal/88 claramente fez opção pelo sistema acusatório, prestigiando a presunção de inocência, devido processo legal, publicidade dos atos processuais, ampla defesa, contraditório, e diversos outros institutos que remetem a tal sistema. Ocorre que alcançar um sistema acusatório em sua plenitude, é tarefa árdua para não dizer impossível, pois os princípios garantistas são reflexos de uma sociedade com alto grau de liberdade e respeito à dignidade da pessoa humana, valores que coadunam com o Estado Democrático de Direito³⁸.

Por outro lado, o sistema inquisitório não existe a figura do contraditório e da ampla defesa, ficando o réu visto apenas como um objeto de investigação e, assim sendo, há apenas um monólogo da parte acusadora. Ocorre que, na fase pré-processual, sendo a fase investigatória, não há a figura do contraditório pleno, há apenas o contraditório diferido; quando o juiz passa a ter poderes de buscar a prova nessa fase, constituindo assim um retrocesso histórico, sob dolorosa pena do retorno do inquisitório.

Em análise a codificação processual penal podemos encontrar ainda alguns artigos que nos remetem ao sistema inquisitório. Sendo ilustrado com os seguintes artigos: 127 o qual faculta ao juiz o sequestro de bens do acusado e o 242 que lhe permite decretar a busca e apreensão; 311 o qual lhe permite decretar a prisão preventiva; 209 que lhe autoriza ouvir outras testemunhas, além das arroladas pelas partes. Na visão do doutrinador Aury Lopes Junior, em todos os dispositivos expostos acima, é permitido ao julgador agir de ofício, tal sendo, como acusador. O contraditório traz a constituição do direito de ser informado e conseqüentemente participar dos atos processuais. Sendo a apreciação da acusação imputada, o direito de saber o que está

³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Bom para quê(m)? Boletim Ibccrim. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008.

ocorrendo no processo, de ser comunicado de todos os atos processuais. Como regra não pode haver segredo para a defesa, sob pena de violação ao contraditório³⁹.

Não é desta forma que acontece com a aplicação do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal. A imagem do magistrado com instrutórios/investigatórios que consagra o art. 156, CPP, deixa em situação ainda mais precária a imparcialidade do julgo, acarretando assim em problema para os quais são comprometidos com o sistema acusatório-constitucional. Mediante o exposto, e ainda segundo o doutrinador dotado de incontestável saber jurídico, em questão, o artigo 156 do Código Processo Penal funda um sistema inquisitório, representando assim o ferimento da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo, sendo assim, o cuidado com tais requisitos é indiscutível para que seja resguardada a imparcialidade do juiz, que de forma alguma pode preestabelecer um juízo acerca da efetiva utilidade da prova da qual determinou a produção, e de qual das partes será beneficiada com a diligência.

Atualmente a doutrina moderna “caminha a passos largos” no sentido de uma nova formulação do instituto, para incluir também nele o princípio da *par conditio* ou da paridade de armas, visando uma efetiva igualdade processual.

Sendo de grande importância na abordagem relativa às provas, o princípio do contraditório é um dos “mais caros ao processo penal”, sendo que esse constitui como verdadeiro requisito de validade do processo, uma vez que, sua inobservância resulta na possibilidade de nulidade absoluta se ocorrer em prejuízo do acusado⁴⁰.

São distintos o contraditório e a ampla defesa, na teoria, distinção sutil, mas que possuem ligação altíssima quando se trata da prática:

Defesa e contraditório estão indissolavelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é essa – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.⁴¹

³⁹ Idem.

⁴⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

⁴¹ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 68.

No que diz respeito, o contraditório, adicionado do princípio da ampla defesa, firma-se quanto “pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal”. Deste modo, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão, na presença de todo aparato persecutório penal, localiza-se aglomerado ao interesse público da realização de um processo justo e equitativo, tratando-se do único caminho para a imposição de uma sanção de natureza penal. A doutrina inclui no princípio da ampla defesa, a defesa técnica, que se restringe na defesa feita por um advogado; a autodefesa consiste no desenvolvimento de qualquer ato ou forma de atuação em prol dos interesses da defesa – interrogatório – e a defesa efetiva consiste na participação efetiva da defesa em todo o processo, sob pena de nulidade⁴².

O direito de aproveitamento das provas ilícitas, dentro do princípio da ampla defesa,:

É possível, também, atribuir à ampla defesa o direito ao aproveitamento, pelo réu, até mesmo de provas obtidas *ilicitamente*, cuja introdução no processo, em regra, é inadmissível. E isto porque, além da exigência da defesa efetiva, o princípio desdobra-se, dada a sua amplitude, para abarcar toda e quaisquer modalidades de prova situadas no ordenamento jurídico, até mesmo aquelas vedadas à acusação, pois, não se pode perder de vista que a ampla defesa é cláusula de garantia individual instituída precisamente no interesse do acusado (art.5º)⁴³.

Desta forma, a iniciativa instrutória do julgador, circunscrita ao devido processo penal, cumpre integralmente ao contraditório e à ampla defesa e, através desses princípios, devem os sujeitos parciais ter a mesma capacidade de participar dos atos probatórios ordenados pelo juiz e de pronunciar-se sobre seus resultados⁴⁴.

Diante dos princípios constitucionais que estruturam o processo penal, o STF vem crescendo quanto ao conhecimento e aplicação desses princípios. Consequente de uma aplicação do efetivo exercício de uma ampla defesa, a Suprema Corte elaborou duas novas súmulas de sua jurisprudência⁴⁵.

⁴² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

⁴⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 130

⁴⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

SÚMULA Nº 705 – A RENÚNCIA DO RÉU AO DIREITO DE APELAÇÃO, MANIFESTADA SEM A ASSISTÊNCIA DO DEFENSOR, NÃO IMPEDE O CONHECIMENTO DA APELAÇÃO POR ESTE INTERPOSTA.
SÚMULA Nº 707 – CONSTITUI NULIDADE A FALTA DE INTIMAÇÃO DO DENUNCIADO PARA OFERECER CONTRARAZÕES AO RECURSO INTERPOSTO DA REJEIÇÃO DA DENÚNCIA, NÃO A SUPRINDO A NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO.

Ante o exposto, percebemos que todos os princípios abordados aqui vêm para limitar a atuação do magistrado, vinculando assim sua atuação nos preceitos de ordem constitucional, sendo estes, bases do estado democrático de direito. Seguindo esta linha constitucional, têm-se também aqueles princípios que vem para autorizar a instrução probatória, lembrando que a instrução é diferente da investigação, portanto a Constituição admite os poderes instrutórios.

1.3 Princípios que Autorizam a Instrução Probatória do Juiz

O que conecta o juiz ao processo penal, não é a demanda e nem o pedido de condenação, e sim, o fato submetido a sua cognição. Ao que se diz respeito à instrução probatória do juiz, um dos princípios que facilita o andamento processual é o princípio do impulso oficial⁴⁶.

O princípio abordado, preconiza que, uma vez iniciada a ação penal, por iniciativa do Ministério Público ou do ofendido, deve o juiz movimentá-la até o final, em conformidade com o procedimento previsto em lei, proferindo decisão. O princípio do impulso oficial alia-se sobretudo aos princípios da obrigatoriedade e da indeclinabilidade da ação penal, que prevê o exercício da função jurisdicional até o final do processo, com sentença proferida, sem que o magistrado possa furtar-se a decidir, bem como proibindo a desistência da ação penal pelo Ministério Público⁴⁷.

Com o princípio do impulso oficial, impede-se a “paralisação indevida e gratuita da ação penal”, sendo incompatível com o estado democrático de direito, visto que o processo fica em aberto, caso as partes não provoquem seu andamento, causando

⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

assim prejuízo para a sociedade, que deseja ter uma resposta à infração penal e, claro, ao réu, uma vez que consistirá em constrangimento para o ele⁴⁸.

O princípio do impulso oficial encontra-se de maneira expressa no Código de Processo Penal, art. 251⁴⁹: “Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública” [grifo nosso].

Outro princípio é o da persuasão racional, que afirma ser o juiz livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente⁵⁰.

Contudo, tal atividade do magistrado está contida no curso da ação penal, no qual o juiz busca o seu livre convencimento diante das provas produzidas em contraditório judicial, conforme o art. 155 do CPP. Ademais a liberdade do juiz em seu convencimento não dispensa a sua fundamentação ou explicitação, ou seja, “o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes eventualmente insatisfeitas possam confrontar a decisão”⁵¹.

Na tentativa de esclarecimento, a exceção à regra da fundamentação presente no Tribunal do Júri, onde decidem a causa sem se apegar em nada o jurados, sem apresentar suas razões. Impera no Juri a intima convicção⁵².

Se tratando ainda do princípio abordado, o art. 155 do CPP⁵³ dispõe em seu texto, com redação dada pela Lei n. 11.690/2008: “**O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial**, não podendo

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 13 de março de 2016.

⁵⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

⁵¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

⁵³ BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 13 de março de 2016.

fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. [grifo nosso]

Ademais, outro princípio que é interpretado como autorizador da atuação probatória, singularmente no processo penal é o princípio da verdade real ou material, que autoriza o juiz a efetuar uma administração da prova pela reconstrução dos fatos históricos no processo penal.

Foge do exposto acima que o processo penal busca a verdade dos fatos, sendo essa uma verdade aproximada, pois, visto que histórica. Portanto, fica constituído um mito a verdade absoluta, ainda porque a busca pela verdade está restrita pela obediência as regras de um estado democrático de direito.

Na incansável corrida pela busca da verdade no processo, tem-se presente a verdade processual e a verdade material, ambas aplicadas ao processo civil e ao processo penal.

A verdade processual é uma verdade judicial, mesmo com critérios distintos, tanto na seara da processualística cível quanto na penal buscam uma verdade processual, sendo que essa verdade será sempre reconstruída.

Na tentativa da busca da verdade real, o magistrado age de forma instrutória, realizando diligências complementares ao poder probatório das impelido as partes. O poder instrutório é diferente do poder inquisitivo, em que o juiz atua fora do processo, antes mesmo da sua constituição.

Este poder instrutório do juiz também é chamado de poder-dever, quando o estado atua na figura do juiz, que busca a verdade para um julgo justo. Uma ativa participação do magistrado no processo é fundamental, para que se garanta uma efetiva igualdade real entre as partes.

Nessa linha, o julgador encontra-se frente aos princípios constitucionais e legais que vem impor limites a sua atuação probatória e também princípios que resguardam essa atuação probatória, de maneira que também resguardam o poder instrutório judicial. Nesse mesmo contexto de busca pela verdade, poder instrutório do juiz, princípios constitucionais que preservam as garantias fundamentais do indivíduo, adquiridas pelo estado democrático de direito, devido processo penal constitucional em harmonia com o devido processo legal, tudo isso vem fortalecer cada vez mais a ideia de um juiz instrutor e não um juiz inquisidor, conforme prega a nova redação dada pela Lei n.11.690/2008, que trouxe o inciso I ao art. 156 do Código de Processo

Penal. A referida aderência do inciso I ao art. 156 do CPP (redação dada pela Lei n. 11.690/2008) é incompatível com às conquistas constitucionais até então ratificadas pelos Tribunais Superiores em prol da dignidade da pessoa humana, em especial do acusado, sujeito processual de direitos e não mais admitido como um simples objeto processual, o qual prevalecia no sistema inquisitório.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O presente capítulo abordará os sistemas processuais penais, expondo, a partir de posicionamentos doutrinários, o poder instrutório do juiz, através de exame das peculiaridades do sistema acusatório no ramo da processualística penal, com destaque nas garantias constitucionais de processo.

A Constituição Pátria não prevê expressamente a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Ainda assim, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não parte da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para isso, basta considerar que o projeto democrático constitucional prevê uma valorização do homem e do valor da dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Portanto, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica⁵⁴.

O doutrinador Paulo Rangel, ensina que, sistema processual penal “é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”⁵⁵

Buscando um melhor entendimento sobre o tema abordado, houve a separação de cada tema em capítulos distintos, e cada um irá expor de forma sucinta as principais peculiaridades dos sistemas acusatório, inquisitório e misto. Para a construção do texto foram utilizados como embasamentos estudos de vários posicionamentos doutrinários, interpretações jurisprudenciais e da lei, e através destes que concluir – se –a qual o sistema adotado pelo Brasil.

2.1 Sistema Acusatório

⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p.189

⁵⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 49.

A origem do sistema acusatório remota ao direito grego, o qual se desenvolveu referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador, vigia o sistema de ação popular para os delitos graves nos quais qualquer pessoa podia acusar e também pela acusação privada para dos delitos que não eram tão graves. As características do atual sistema acusatório se baseiam na distinção entre as atividades de acusação e julgador, entendendo que a iniciativa probatória deve ficar por conta das partes. Acrescenta que o juiz é imparcial, estranho à investigação e passivo quanto a relação da coleta de prova. Uma das características também abordadas pelo doutrinador e que muito diz respeito ao tema abordado no presente trabalho, é o fato de não haver uma tarifa probatória, estando a sentença sustentada pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional⁵⁶.

No cenário atual, tal sistema apresenta as seguintes peculiaridades⁵⁷:

- a) Há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu;
- b) O processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos;
- c) Os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas;
- d) O sistema de provas adotado é do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo;
- e) Imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesses instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p.189

⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Paulo Rangel, ao falar sobre o tema ressalta que seu traço distinto mais relevante consiste na separação das atividades de acusar, defender e julgar, exercida por sujeitos diversos e independentes. De tal forma, no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, qual seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu⁵⁸.

Seguindo o pensamento, afirma o autor Aury Lopes Junior que tal sistema eleva a uma maior tranquilidade social, por evitar eventuais abusos estatais que de certa forma possa se manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de *sue labor* investigador. Nesse caso, ao sentenciar, esquece dos princípios básicos de justiça, pois desde o início da investigação tratou o suspeito como condenado⁵⁹.

Em contrarrazão, a principal crítica que se fez ao sistema acusatório se baseia no fato de que com a inércia e imparcialidade do juiz, fica este fadado a confiar em uma investigação que, pode não ter sido completa, e, como consequência, se limitar a provas que podem ter sido defeituosas. Pois, somente tal material foi colocado a sua disposição para análise e posteriormente proferir seu julgo.

Segue abaixo explanação do autor a respeito da função probatória do juiz⁶⁰:

É importante destacar que a principal crítica que se fez (e se faz até hoje) ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado. Esse sempre foi o fundamento histórico que conduziu à atribuição de poderes instrutórios ao juiz e revelou-se (através da inquisição) um gravíssimo erro. O mais interessante é que não aprendemos com os erros, nem mesmo com os mais graves, como foi a inquisição. Basta constatar que o atual CPP atribui poderes instrutórios para o juiz, a maioria dos tribunais e doutrinadores defende essa “postura ativa” por parte do juiz (muitas vezes invocando a tal “verdade real”, esquecendo a origem desse mito e não percebendo o absurdo do conceito), proliferam projetos de lei criando juízes inquisidores e “juizados de instrução” etc.

2.2 Sistema Inquisitório

⁵⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 49.

⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p.189

⁶⁰ Idem. p.155

Segundo o Ilustre doutrinador, Aury Lopes Júnior⁶¹, o modelo de sistema inquisitório é histórico. Nascido na Roma Imperial, o qual trata-se de um sistema diretamente ligado ao comportamento da Igreja Católica que em busca da “verdade absoluta” atribuía a criação da humanidade à “graça divina” que com a queda de Adão e Eva, rompeu com a capacidade de interpretar a vontade de Deus, sendo necessário, portanto, a interpretação dessa vontade através dos bispos e do papa.

Com esta visão, ganha força a questão da segurança, uma vez enraizada na verdade absoluta imposta pelos concílios, encíclicas e diversos instrumentos concedidos por Deus.

O autor ainda deixa claro que, a verdade absoluta é em sua forma intolerante, tal intolerância que funda a inquisição, a qual a heresia era sua maior afronta, uma vez que atacava diretamente o centro do sistema. Ainda conclui que, esse modelo de sistema institui uma desigualdade descomunal entre o juiz inquisitor e o acusado, uma vez que o mesmo abandona a imparcialidade, se tornando assim um inquisitor, de forma que vem desde o início de todo o processo atuar como acusador. Afirma ainda que, atuando o magistrado como juiz e acusador, o acusado abandona o papel de sujeito processual e passa a figurar apenas como um objeto de investigação.

Na intenção de agregar de forma pontual o estudo do presente trabalho, é de suma importância aqui elencar as características que o autor acima citado atribui ao modelo de sistema inquisitório, as quais vão de acordo com os princípios que não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, mas que com o advento da Lei 11.690/2008 foram, mesmo que de forma leve, introduzidas no desdobrar das normas brasileiras e que se tornam alvo de questionamentos por parte dos doutrinadores cujo objeto pretende-se dissertar nos capítulos posteriores. Assim se expõe tal posicionamento:

Frente a um fato típico, o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe (também de ofício) o material que vai constituir seu convencimento. O processado é a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, é chamado a declarar a verdade sob pena de coação. O juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para

⁶¹ Idem, ibidem.

julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz⁶².

O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação procedimento, é escrito, secreto e não contraditório. Originariamente, com relação à prova, imperava o sistema legal de valoração (a chamada tarifa probatória). A sentença não produzia coisa julgada e o estado de prisão do acusado no transcurso do processo era uma regra geral.

A inquisição se coaduna com o absolutismo e a máxima ingerência do estado sobre os indivíduos. Cria-se verdadeiro clima de terror. O inquisidor, como representante do soberano, tem o poder de vasculhar a vida privada em busca de fatos delituosos e, assim manter o controle sobre qualquer manifestação contra o regime vigente.

Assim, podemos apontar algumas características do sistema inquisitivo⁶³:

- a) As três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, *ex officio*, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade;
- b) O processo é regido pelo sigilo, de forma secreta longe dos olhos do povo;
- c) Não há o contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia;
- d) O sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal, e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas.

Conclui-se mediante o exposto que, o sistema inquisitivo se revela incompatível com as garantias constitucionais que, obrigatoriamente, devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito. Portanto, deve ser banido das legislações modernas que desejem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana.

2.3 Sistema Misto

⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p.189

⁶³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12ª ed., Ed. Lumen Juirs. Rio de Janeiro, 2010. p. 50

A doutrina brasileira costuma referir-se ao modelo brasileiro de sistema processual, no que se refere à definição da atuação do juiz criminal, como um sistema de natureza mista, isto é, com feições acusatórias e inquisitoriais⁶⁴.

No presente sistema, a jurisdição também se iniciaria na fase investigatória, que, no Brasil a presidência fica a cargo do juiz – da mesma forma como ocorre no sistema inquisitório. Dessa forma, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não seja o juiz, peculiaridade esta do sistema acusatório.

Por este motivo, chamou-se, o sistema em estudo, de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios⁶⁵.

Com o abandono da inquisição e a gradual adoção do sistema acusatório, o Estado atraía para si a total titularidade do poder de apenar, e não podia deixar em mãos de particulares a função de persecução. No novo modelo, a acusação continua como monopólio estatal, mais realizada através de um terceiro distinto do magistrado⁶⁶.

Se faz comum a doutrina processual penal utilizar a classificação de “sistema misto”, com a alegação de que seriam históricos os modelos de sistemas puros, sem correspondência com os atuais. Visto que, o processo se divide em duas fases, sendo a pré processual e processual propriamente dita, possibilita o domínio, de certa forma, do inquisitivo na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter “misto”.

Historicamente, o primeiro ordenamento jurídico que adotou esse sistema misto foi o francês, *Code d’Instruction criminelle* de 1808, pois foi o pioneiro na cisão das fases de investigação e juízo. Posteriormente, difundiu-se por todo o mundo e na atualidade é o mais utilizado. O referido autor defende ser sistema misto falacioso, uma vez que continua existindo a presença marcante do modelo inquisitório no sistema. O melhor exemplo de aplicação do sistema misto é o denominado “*Juizado de Instrução*”, que constitui, em verdade, uma fase persecutória preliminar, destinada a apuração das infrações penais, sob a presidência de um juiz. A função da polícia,

⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p.189

neste caso, fica reduzida a prender os infratores e apontar os meios de prova, inclusive testemunhal, cabendo ao “Juiz Instrutor”, como presidente do procedimento, acolher todos os elementos probatórios a instruir a ação penal. Tal sistemática é adotada em diversos países da Europa, principalmente na França⁶⁷.

Avalia-se que a violação ao sistema acusatório se daria na medida da permissão – ainda vigente no CPP – da intervenção judicial para a tutela de funções investigatórias, que, como se sabe encontra-se a cargo de órgãos públicos específicos (Ministério Público e Polícia Judiciária)⁶⁸;

Dessa forma, conclui-se que o modelo de sistema misto apesar de ser um avanço ao sistema inquisitivo não é o adequado, conseqüentemente o melhor, pois, ainda conserva o magistrado na produção de provas mesmo que na fase investigatória⁶⁹.

2.4. Sistema Processual Penal Brasileiro

O constituinte de 1988 optou claramente pelo modelo de sistema acusatório, prestigiando a presunção de inocência, devido processo legal, publicidade dos atos processuais, ampla defesa, contraditório, e diversos outros institutos que remetem a tal sistema. Ocorre que alcançar um sistema acusatório em sua plenitude, é tarefa árdua para não dizer impossível, pois os princípios garantistas são reflexos de uma sociedade com alto grau de liberdade e respeito à dignidade da pessoa humana, valores que coadunam com o Estado Democrático de Direito⁷⁰.

Exposta a questão e respeitada à opção “acusatória” feita pela constituição (no artigo 129, VIII – competência do Ministério Público) resta verificar a problemática, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando

⁶⁷ Idem. p.69

⁶⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁶⁹ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2003. p. 51

⁷⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 78

existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória⁷¹.

Dessa forma, nota-se que o processo penal brasileiro ainda conserva claros traços inquisitoriais, ou seja, não há o comprometimento da imparcialidade do juiz, o que não pode acontecer em um processo penal que se proclama acusatório. A doutrina brasileira de forma majoritária, aponta que o atual sistema brasileiro é misto, pois, predomina o inquisitório na fase pré - processual e o acusatório, na processual, ou seja, a questão é a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros⁷².

⁷¹ Idem, p.79

⁷² Idem, ibdem

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ART. 156 DO CPP

A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008⁷³, que modifica o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal, relativos à prova, e de outras providências. Uma dessas modificações se torna tema principal do presente trabalho consiste no disposto no artigo 156, I conforme abaixo:

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.

De acordo com os princípios basilares do Direito Processual Penal já abordados no trabalho, observa-se que o questionamento a respeito da produção de prova pelo juiz de ofício, ante do sistema acusatório brasileiro, gera polêmicas a respeito de sua constitucionalidade. Portanto, levanta-se o estudo de algumas jurisprudências tratando-se da inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal de alguns dispositivos legais que também permitiam a produção de provas ex officio pelo magistrado, para concluir e ratificar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo citado.

3.1 A Redação do Artigo 156, caput, do Código de Processo Penal Existente Antes da Reforma Processual

Para melhor compreensão do objeto de estudo do presente trabalho, qual seja, a análise da inconstitucionalidade do inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei n. 11.690/2008) se faz necessário a análise do antigo texto gravado em tal dispositivo legal, antes da entrada em vigor da reforma parcial – agosto de 2008 – e necessariamente o posicionamento dos doutrinadores acerca do conteúdo deste trabalho. Segue a redação do artigo 156, *caput*, ora mencionado:

⁷³ BRASIL. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: . Acessado em: 26 maio de 2016.

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. [grifo nosso]⁷⁴

Essa redação, que ensejava a persecução instrutória do juiz é defendida por Ada Pellegrini, que faz uma breve análise dos modelos *adversarial system* e *inquisitorial system*. Sendo que *adversarial system* é o modelo no qual predomina a iniciativa das partes na condução do processo e na produção das provas. Ao passo que a forma *inquisitorial system* é o modelo em que, após a propositura da demanda, o processo desenvolve-se pelo impulso oficial⁷⁵.

A autora afirma que esses modelos não interferem no sistema acusatório. Assim, ela realiza uma distinção de características entre esses modelos, sendo que o *adversarial system* caracteriza-se pela “predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas” e o *inquisitorial system* indica que essas atividades “recaem de preferência sobre o Juiz”⁷⁶.

Em busca de um melhor entendimento do conteúdo do art. 156, antes e depois da reforma processual, esclarece que a redação incorporada ao novo inciso, que se aderiu ao artigo: “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; (Incluído pela Lei n. 11.690 de 2008)”, segue o sistema inquisitivo, trazendo um juiz inquisidor e investigador. Uma vez que, a redação primária apresentada anteriormente no início deste capítulo, se tratava exclusivamente do juiz instrutor.

Sobre a análise do juiz instrutor e investigador, Marcos Alexandre Coelho Zilli⁷⁷, explica:

Ora, como se sabe, **investigar e instruir são fenômenos diversos**. O primeiro concentra as energias para a construção de uma acusação de modo

⁷⁴ BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 13 de março de 2016.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária. São Paulo: n. 18, v. 1, jan. a jul./2005

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. São Paulo: RT, 2003.

que o sujeito que a conduz dificilmente deixará de ficar a ela vinculado. Diferente é o fenômeno da instrução. Aqui, pelo experimento probatório, examina-se a veracidade, ou não, de uma imputação que foi apresentada por um sujeito invariavelmente diverso do julgador. Todos participam desse experimento. Uns de forma prevalente – as partes -, outros apenas em caráter suplementar – juiz ou jurados –, desde que informados pela necessidade de melhor aclarar os fatos. (grifo nosso)

O processo acusatório é publicista e, portanto, pode seguir o modelo *adversarial system* do direito anglosaxão, ou simplesmente o *inquisitorial system* do direito europeu. “O conceito de processo penal acusatório não interfere com a iniciativa instrutória do juiz no processo”⁷⁸.

No entanto, realça que a ideia do autor Aury Lopes Júnior⁷⁹ é contrária, para ele, o que define um sistema é o núcleo fundante na administração da prova, que não pode estar nas mãos do juiz, contaminando esse e todo o sistema, o qual deixa de ser acusatório e se torna inquisitório.

Ada Pellegrini Grinover defende a antiga redação do art. 156 do CPP, com vistas a uma melhor decisão para atingir a paz social, com a efetividade jurisdicional e também para suprir a “omissão da parte na instrução do feito que é frequentemente devida a uma situação de desequilíbrio material, em que preponderam fatores institucionais, econômicos ou culturais”⁸⁰.

O ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci⁸¹ segue o entendimento da instrução probatória pelo juiz no curso do processo, sendo favorável á esta:

A atuação de ofício do juiz, na colheita da prova, é uma decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial. Em homenagem a verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação, de beneficiar com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão somente atingir a verdade. O impulso oficial também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não. [grifo nosso]

⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária. São Paulo: n. 18, v. 1, jan. a jul./2005

⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Bom para quê(m)? Boletim Ibccrim. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008

⁸⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária. São Paulo: n. 18, v. 1, jan. a jul./2005

⁸¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

Eugênio Pacelli, em sua compreensão entende que, deva-se prevalecer o respeito ao sistema adotado pelo Estado Brasileiro através da Constituição Pátria de 1988 – acusatório – onde, ao designar atribuições do juiz e do Ministério Público, limitou a atuação de ambos para manter a imparcialidade do magistrado.

No seguinte ponto, o autor posiciona o seu entendimento a favor da redação anterior do art. 156, colocando algumas ponderações. Que a atuação concreta do juiz na causa se dê não de maneira persecutória, em substituição ao Ministério Público, “de modo a impedir que este adote postura tipicamente acusatória no processo”. No tocante à defesa, deve o magistrado agir de ofício, para garantir a igualdade material de armas no processo. “Provas não requeridas pela defesa, poderão sê-las de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu”⁸².

Outro doutrinador, Afrânio Silva Jardim, também comenta sobre a intervenção do magistrado na instrução probatória, alegando que pode haver um “esmorecimento” da parte em demonstrar a veracidade dos fatos. Acrescentando ainda que: “A realidade prática demonstra a ânsia com que as partes se lançam em busca de suas provas, mesmo porque elas sabem que o Juiz, por razões diversas, nem sempre tem condições materiais de investigar o ponto duvidoso”⁸³

Quanto a instrução probatória do juiz, que está demonstrada na redação do artigo 156, *caput*, anterior à reforma processual, objeto de estudo deste tópico, e que também está contemplada no mesmo artigo, mas agora, após a reforma processual, no inciso II do Código de Processo Penal⁸⁴:

Art.156. (...)

II - A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: II–determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”, é evidente entre os autores analisados, e, como tal, constitui regra geral como ponto em comum no processo penal, que, para não ocorrer a quebra da imparcialidade, o juiz deve agir de maneira suplementar na instrução probatória.

⁸² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁸³ JARDIM, Afrânio Silva. Direito processual penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁸⁴ BRASIL. Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 13 de março de 2016.

Depreende-se de todo exposto que o modelo acusatório garante uma maior eficiência no processo dialético do processo penal, especialmente no que se refere às garantias do acusado no aspecto probatório. Não interferindo no modelo acusatório o fato de o juiz poder agir na instrução probatória de ofício, mas sim representando um ganho no “acertamento dos fatos”⁸⁵

Desta forma, sendo o julgamento uma contraposição de fatos, quanto mais informações para lhe dar sustentação melhor, visto que a “atividade probatória do Juiz não pode ficar confinada a uma excepcionalidade, mas deve ser perseguida toda vez que há perspectiva da descoberta de um novo dado idôneo a convalidá-la ou contrariá-la”⁸⁶.

O poder de instrução probatória do magistrado não é simplesmente ilimitado, há “balizadores” nessa atuação: o poder-dever de observar o contraditório, a obrigatoriedade de motivar suas decisões, os limites da licitude, seja ela material ou de forma “legítima (processual) das provas”⁸⁷.

Feita tais considerações, passa a tratar dos poderes investigatórios/inquisitivos conferidos ao juiz pelo art. 3º da Lei n. 9.034/1995, lei de crime organizado, e sua inconstitucionalidade declarada no Supremo Tribunal Federal.

3.2 A incompatibilidade de investigação do juiz declarada pelo Supremo Tribunal Federal

O STF (Supremo Tribunal Federal) deixou por declarada a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n. 9.034/1995, lei de crime organizado. Lei dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. O art. 3º coloca o juiz na função da colheita de elementos

⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: RT, 2003.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária. São Paulo: n. 18, v. 1, jan. a jul./2005

necessários ao esclarecimento da verdade real, ainda na fase persecutória, ou seja, quando ainda não existe um ação penal⁸⁸.

Ressuscitando o juiz inquisidor, o referido artigo estabelece:

Art. 3º. Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, **a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz**, adotado o mais rigoroso segredo de justiça. [grifo nosso] (Vide Adin n. 1.570-2).

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

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

(...)⁸⁹

De acordo com o disposto no *caput* do art. 3º, as normas objeto de impugnação disciplinam a diligência a ser realizada pelo juiz nas hipóteses previstas no §2º, III⁹⁰, entende-se:

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

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

Desta forma, sob o “pretexto” de proteger o sigilo decorrente da preservação constitucional da intimidade, firmou o legislador que o alcance a dados fosse efetivado pela pessoa do juiz, a quem caberia, ainda, lavrar um auto circunstanciado, a ser conservado fora dos autos e em local seguro, sem a intervenção do cartório ou dos serventuários. Fica claro a existência do exercício de uma atividade investigativa, que

⁸⁸ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000

⁸⁹ BRASIL. Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm . Acessado em: 26 de maio de 2016.

⁹⁰ Idem.

é mais propícia com a função do órgão encarregado de formular a acusação – o Ministério Público – o *dominis litis* da ação penal pública⁹¹

Conclui-se do exposto que a atuação do magistrado, nessa lei, confronta o sistema acusatório, pilar de um estado democrático de direito, no qual a figura do juiz deve estar distante e apartada das partes, resguardando a sua imparcialidade⁹².

Fica constituído a imparcialidade do juiz em um elemento integrante e imprescindível da estrutura do sistema acusatório, pois ele não deve “imiscuir-se” na atividade colheita do material probatório antes de ter provocada sua jurisdição. A instrução que é realizada pelo juiz no curso do processo, “não pode autorizar o intérprete a pensar que o Juiz pode procurar e colher provas no curso de uma investigação policial”⁹³.

De acordo com os ensinamentos do Ilustríssimo doutrinador Luiz Flávio Gomes⁹⁴ sobre a exteriorização da vontade do legislador na referida lei:

O que o legislador responsável pela lei 9.034/95 quis foi, da noite para o dia, implantar (no nosso país) o sistema inquisitório de triste memória, isto é, nos albores do século XXI, seu desejo é o de que a praxe judicial seja a da Idade Média. Esse retrocesso constitui mais uma prova de que o poder político achava-se, às vezes, desenganadamente perdido frente ao fenômeno da criminalidade, principalmente organizada. Não sabe o que fazer e acaba por estabelecer em lei o que está no âmago mais recôndito da nossa herança primitivista-atávica (poderes inquisitivos). Em pleno Estado Constitucional e Democrático de Direito, tentar restabelecer uma praxe medieval denota o primitivismo com o qual, em algum momento, se lida com esse grave problema social e comunitário que se chama “crime”.

Ainda, tratando do exposto, outro estilhaço inquisitório da referida lei se encontra no excessivo trato da restrição da garantia da publicidade dos atos processuais. “Afim, o respeito intransigente do devido processo legal é fator mais do que indispensável a toda e qualquer iniciativa instrutória”. Nesse aspecto, não se contempla uma busca de dados efetuada pessoalmente pelo magistrado que não seja acompanhada pelos sujeitos parciais. A valer, sequer é admitido qualquer limitação

⁹¹ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000

⁹² GRANDIS, Rodrigo de. O juiz tem compromisso com a luta contra o crime? RBCCRIM. São Paulo: RT, n. 71, 2008.

⁹³ RANGEL, Paulo. Direito processual penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000

⁹⁴ GOMES, Luiz Flávio. Estudos de direito penal e processo penal. São Paulo: RT, 1999

de acesso ao resultado de diligência, representado pela lavratura do respectivo auto. É de conhecimento que, o sigilo que deve ser preservado serve para terceiros não envolvidos no processo e não aos sujeitos parciais, que devem obrigatoriamente tomar parte e diretamente acabam sofrendo os efeitos da tutela jurisdicional⁹⁵

Os poderes reservados ao magistrado na apuração das atividades relacionadas às organizações criminosas teriam rompido com a integridade de um processo penal acusatório, abarcado pelo legislador constituinte. A separação equilibrada de poderes entre os vários sujeitos processuais constitui o marco fundamental de um processo penal acusatório. Como decorrência lógica desse equilíbrio, não há coincidência subjetiva entre o órgão acusador e o julgador, exercendo, cada qual, os poderes inerentes a suas funções.

Marcos Alexandre Coelho Zilli explica⁹⁶:

Assim, quando o Juiz se põe a apurar um fato, não limitado ainda pela descrição formalizada que se subsume a uma previsão típica, ilícita e culpável, acaba por desviar-se do papel a ele originariamente traçado, qual seja, de aplicação do direito e de soluções dos conflitos penais, imiscuindo-se na atividade que se esperaria fosse exercida, apenas, pela acusação, o que acaba aproximando o quadro daquele de inspiração inquisitória.

O fracassado art. 3º da lei supracitada criticada foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn)- no Supremo Tribunal Federal :

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

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

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal.

⁹⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. São Paulo: RT, 2003

⁹⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. São Paulo: RT, 2003

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

O relator da ADIn, Ministro Mauricio Corrêa, em seu voto, se pronunciou colocando a importância de se assegurar o princípio do devido processo legal, uma vez que, se não obedecido, prejudica a imparcialidade do juiz, trazendo-o ao envolvimento psicológico com a causa. “Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade”⁹⁷

Tece comentários também do §2º no art. 3º que dispõe “que o magistrado relatará as informações colhidas e promoverá a anexação de cópias autenticadas dos documentos que tiverem relevância probatória”. No entendimento do ministro, o dispositivo legal exige do julgador um juízo de valor quanto aos meios de probantes, o que afetarà sua apreciação subjetiva no momento da sentença. Nesse ponto, conclui dizendo que a lei equiparou o juiz às partes, o que é inadmissível no sistema judiciário vigente no País⁹⁸

Acrescentou o ministro também que referida legislação atribuiu ao juiz as funções de investigador e inquisidor, atribuições essas do Ministério Público e das polícias Federal e Civil. Afirmando ainda, que a lei, ao conferir essas atribuições ao julgador, extraiu dessas instituições tradicionais de nosso sistema constitucional: “atribuições típicas das esferas de suas ações, subvertendo princípios e gerando descrédito não só as pessoas em si que as integram, mas sobremaneira ao conceito e prestígio delas mesmas”⁹⁹

Ante o exposto, aqui analisados os temas relacionados com a matéria proposta pelo presente trabalho, passa-se agora ao estudo da inconstitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal (nova redação dada pela Lei n. 11.690/2008).

⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn n. 1570-2. Relator: Maurício Corrêa. Julgado em 12 de fevereiro de 2004. DJ, 22/10/2004, p. 46

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. Bom para quê(m)? Boletim Ibccrim. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008, p. 10.

3.3 Dos Poderes Instrutórios dos Juízes e da Inconstitucionalidade do Artigo 156, I do Código de Processo Penal

O magistrado, frente a sua obrigação de imparcialidade, deve se colocar entre as partes, mas de forma centrada a elas. Quando houver uma necessidade deve ouvir a outra parte e somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor as suas razões, de apresentar as suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela porção de parcialidade das partes, uma apresentando a tese e outra a antítese, é que o juiz pode fazer a síntese. Este procedimento seria estabelecer o contraditório entre as partes.

A nova redação do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal (dada pela Lei n. 11.690/2008) vai contra a Constituição Federal e o sistema acusatório vigente adotado por ela. Como passa a seguir:

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; [grifo nosso]

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

A imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo” e, como tal, indispensável para seu desenvolvimento normal e obtenção do “reparto judicial justo”. Enfrentando esses estilhaços inquisitórios no processo penal como o inciso I, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios torna-se incompatível com a função do julgador. Segundo essa decisão; se o juiz abriu mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador¹⁰⁰.

¹⁰⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Bom para quê(m)? Boletim Ibccrim. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008, p. 10.

Tal poder investigatório outorgado ao julgador constitui uma violação do direito ao juiz imparcial, gravado no art. 8º. da Convenção de Direitos Humanos (CADH), Pacto de São José da Costa Rica:

Artigo 8º Garantias judiciais

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

Com a inovação do dispositivo, a inserção no inciso I do art. 156 do CPP consagra o juiz instrutor-inquisidor, com poderes para, na fase investigatória, buscar de ofício a prova que bem entender, para depois, no processo, decidir a partir de seus próprios atos.

Aury Lopes Júnior¹⁰¹ faz ainda o comentário acerca dos poderes instituídos ao magistrado pelo famigerado inciso I do artigo 156 do CPP:

Imaginem tais poderes nas mãos de algum juiz-justiceiro, titular de uma vara “especializada (de combate a)”, para compreender-se o tamanho do problema e o grave retrocesso de tal disposição legal. **Perde-se um juiz e se ganha um inquisidor. Um bom negócio, sem dúvida... resta saber para quê e para quem.**¹⁴⁸ [grifo nosso]

Guilherme Madeira Dezem¹⁰² também se posiciona sobre o assunto:

A grande alteração neste inciso primeiro refere-se à possibilidade de o magistrado determinar, mesmo antes do início do inquérito policial, a produção de provas urgentes e relevantes. A determinação da produção de prova de ofício pelo magistrado no inquérito policial deve ser entendida, novamente, dentro do quadro do sistema acusatório já apresentado: o magistrado somente poderá determinar a produção de provas que tenham sido requeridas pelos sujeitos atuantes no inquérito policial.

Se o magistrado atuar de ofício no inquérito policial haverá violação do sistema acusatório e, também, haverá a transformação deste magistrado em um verdadeiro inquisidor, de maneira a que se possa questionar sua parcialidade pela via da exceção.

¹⁰¹ LOPES JUNIOR, Aury. Bom para quê(m)? Boletim Ibccrim. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008

¹⁰² DEZEM, Guilherme Madeira, 2008. P.52

O Supremo Tribunal Federal Também já se manifestou no Habeas Corpus nº 82.507 no estado de Sergipe, tendo como Relator Sepúlveda Pertence, conforme abaixo:

Publicação: DJ 19-12-2002 PP-00092 EMENT VOL-02096-04 PP-00766
 Parte(s): ALBANO DO PRADO PIMENTEL FRANCO
 EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO
 RELATOR DO INQ Nº 329 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
 I. STF: competência originária: habeas corpus contra decisão individual de ministro de tribunal superior, não obstante susceptível de agravo. II. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial.
 1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária.
 2. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste "autoridade investigadora", mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações.
 III. Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso e também (2) por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido¹⁰³..

Ao dissertar sobre o artigo 156, I do Código de Processo Penal, Luiz Flávio Gomes, se coloca no sentido de ser o dispositivo inconstitucional considerando que o magistrado, de forma alguma, poderia de ofício produzir provas, ainda mais, sem ter se iniciado a ação penal, podendo esse ato ser considerado como ofensa ao sistema acusatório constante na Constituição Federal de 1988¹⁰⁴.

Como se vê, o inciso do dispositivo aqui estudado revela-se inconstitucional, sendo que, de modo “escancarado” rompe com o devido processo legal, formal e substancial. Esse também fracassado inciso I, como o art. 3º da Lei n. 9.034/1995, é no fundo um anseio punitivo, que pauta e motiva as reformas parciais, e é por isso que o país continua assim: “porque se reforma e se reforma para não mudar nada, seguindo na crença que se melhora com mais pena, mais prisão, mais punição”.

¹⁰³ HC 82507 SE, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 09/12/2002

¹⁰⁴ GOMES, Luiz Flávio. Estudos de direito penal e processo penal. São Paulo: RT, 1999

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho propõe uma solução quanto à insuficiência da reforma parcial realizada em 2008 do Código de Processo Penal¹⁰⁵:

Necessário, portanto – e mais que isso, *urgente* –, é ousar pensar em uma reforma global, o que significa dizer: *um novo Código de Processo Penal*. Se ele não vier, pelas razões de sempre – a serviço de alguma ideologia – fatalmente se poderá, já em curto espaço de tempo, conferir-se os resultados alcançados com estas questionáveis *reformas parciais*, desde logo com cheiro de “mesma coisa”, por sinal, algo que pode ser feito, hoje, com as leis dos Crimes Hediondos, RDD e toda a gama incoerente de uma legislação *puramente repressivista*, a qual elege alguns, engana outros e faz sofrer todos.

Aprofundando na seara aqui tratada, o doutrinador Andrey Borges de Mendonça também se encontra entre os autores que proclamam a inconstitucionalidade do “malfadado” inciso I. colocando que, é “claramente inconstitucional a autorização conferida ao Juiz para determinar, de ofício, a produção antecipada de provas *antes* do início da ação penal”. Levando em consideração que, no contexto do referido inciso, ainda não há sequer uma ação penal instaurada, nem mesmo acusação formal veiculada, não pode o Magistrado violar a sua inércia, atuando como um verdadeiro juiz-inquisidor. De tal maneira que, se agir assim, estará o magistrado se antecipando à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal, o Ministério Público, e usurpando as funções desse ¹⁰⁶.

Vale salientar que existe decisão no Supremo Tribunal Federal sobre a legitimidade do Ministério Público em atuar na investigação criminal, declarando assim a impossibilidade absoluta do magistrado presidir uma investigação criminal.

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBTATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA.

1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público.

¹⁰⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim Ibccrim. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008.

¹⁰⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008

2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes.

3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório.

4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal.

5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti.

6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia.

8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público.

9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.

Determinando o juiz de ofício o levantamento de provas na investigação criminal, poderá estar se vinculando psicologicamente à causa, assim como antecipando eventual entendimento sobre o caso. “Ademais, seria impossível ao Magistrado coletar a prova sem que antes estivesse delimitado o *thema probandum* que somente se saberá com o oferecimento da denúncia”¹⁰⁷.

De tal forma, conclui Andrey Borges de Mendonça¹⁰⁸ ratificando a inconstitucionalidade do referido inciso:

É impossível ao magistrado determinar de ofício a realização de prova antecipada antes do início do processo, sob pena de violação ao sistema

¹⁰⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008

¹⁰⁸ Idem.

acusatório e aos princípios da inércia e do devido processo legal, em virtude da mácula à imparcialidade do juiz. Em síntese, estamos diante de um retrocesso, verdadeiramente inconstitucional, por se tratar de um retorno ao juiz inquisitivo”. [grifo nosso]

Por sua vez, Eugênio Pacelli de Oliveira¹⁰⁹ também tece comentários sobre a inconstitucionalidade do referido inciso: “O retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. A inconstitucionalidade da novidade é patente. O juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação”.

Dessa forma, argumenta no sentido de que deve ser declarada a inconstitucionalidade de tal inciso, conforme foi o art. 3º da Lei n. 9.034/1995. “Inconstitucional a mais não poder a nova regra do art. 156, I, CPP, e tal como ocorreu com o art. 3º da Lei 9.034/1995 (organização criminosa), deverá ter a sua invalidade afirmada na Suprema Corte”.

Afim de selar a incompatibilidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, tem-se como base o anteprojeto do código em tela, criado na forma do Requerimento n.227, de 2008, aditado pelos Requerimentos ns. 751 e 794, de 2008, e pelos Atos do Presidente ns. 11, 17 e 18, de 2008, cujo relator-geral é Eugênio Pacelli de Oliveira e o coordenador da comissão é o ministro Hamilton Carvalhido.

Em sua exposição de motivos conclui-se as garantias do estado democrático de direito:

Com efeito, a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. **A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público.** A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão *transindividual*, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. **Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado.** A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional. Esclareça-se que as cláusulas de reserva de jurisdição previstas na

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Constituição da República, a demandar ordem judicial para a expedição de mandado de prisão, para a interceptação telefônica ou para o afastamento da inviolabilidade do domicílio, não se posicionam ao lado da preservação da eficiência investigatória. Quando se defere ao juiz o poder para a autorização de semelhantes procedimentos, o que se pretende é tutelar as liberdades individuais e não a qualidade da investigação¹¹⁰.

O art. 4º do anteprojeto isenta do ordenamento jurídico o juiz inquisidor:

Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação¹¹¹.

Portanto, ao prever o artigo 156, I do Código de Processo Penal, a respeito do poder instrutório de ofício do juiz, deve tal norma ser considerada inconstitucional, tendo em vista todos os princípios já estudados, e se assim não for o caso, deve o magistrado realizar a interpretação de tal dispositivo de forma limitada, utilizando-o apenas dentro das suas atribuições jurisdicionais, estando comprometido principalmente na imparcialidade, contraditório e presunção de inocência. Deve o mesmo, utilizar-se de tal dispositivo para esclarecimento de dúvidas surgidas a partir das provas produzidas pelas partes no processo.

¹¹⁰ BRASIL. Senado Federal. Reforma do Código de Processo Penal. Comissão de Juristas. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>. Acessado em: 26 abril de 2016.

¹¹¹ Idem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho de conclusão de curso tem por objetivo analisar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 156 do CPP, cuja redação foi estabelecida pela Lei n. 11.690/2008. Eis o artigo: 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.

Tendo por base a análise do texto constitucional, principalmente nos seus princípios e no sistema acusatório adotado pela constituição. Com a intenção de alcançar tal objetivo, buscou-se definir e classificar os sistemas acusatório, inquisitório e misto, trazendo as características dos mesmos. A nova redação dada pela Lei 11.690/2008 atenta contra os princípios da imparcialidade do juiz, da inércia da jurisdição, da presunção de inocência, tudo isso com a justificativa de se buscar a “verdade real”.

Tal previsão admite ao magistrado agir de ofício no inquérito policial, requerendo produção probatória, ferindo de forma grave o princípio de que as “partes” é que deverão produzir provas, garantindo-se, portanto, a imparcialidade do juiz. O poder instituído ao juiz nessa previsão legal foi analisado historicamente dentro dos modelos de sistemas processuais.

Ao tratar dos sistemas processuais penais, percebe-se que tais modelos são diretamente ligados com o modelo político de Estado, sendo que, quanto mais o Estado se aproxima de um modelo voltado ao autoritarismo no caso de, uma ditadura, monarquia, mais ferida de morte ficam as garantias do cidadão, aproximando-se, desse modo, do sistema inquisitório.

Dir-se-á também ser verídico a afirmação contrária, pois, quanto mais perto chega o Estado de uma democracia e ao Direito, mais robustas estarão as garantias constitucionais conferidas ao cidadão e, por consequência, mais próximo se está do modelo acusatório puro. Assim se aproximando ao padrão elegido pela constituição pátria que traz consigo os direitos e garantias individuais.

Adota o sistema acusatório a Constituição da República do Brasil quando estampa em seu texto que o poder de acusar processualmente um indivíduo é tarefa

exclusiva do membro do Ministério Público (artigo 129, I da CF/88). Afastando assim do magistrado a prerrogativa de figurar no processo na fase investigatória realizando o levantamento de provas. Pode-se constatar que outro sinal de que o Constituinte adotou esta forma acusatória de processo, encontra-se no fato de que esta Norma Constitucional Pátria assegura as garantias da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência do acusado.

Acontece que, a legislação brasileira, não pode mais ser interpretada apenas na forma literária da norma. A necessidade que se apresenta da interpretação da estrutura legal sob a luz dos princípios, se torna necessário, dado que, embora existente e em sua plena vigência, o dispositivo previsto no artigo 156, I do Código de Processo Penal encontra-se em desarmonia com o sistema processual acusatório adotado pela legislação pátria, podendo assim dizer, uma volta da natureza do sistema inquisitório.

Ainda que exista colocações doutrinárias contrárias, o Estado brasileiro adota como sistema processual o acusatório, não podendo admitir resquícios de sistema inquisitorial permitindo que o magistrado faça o levantamento de provas ainda na fase investigatória, tentando buscar fundamento para seu posicionamento pré-concebido a respeito do acusado. Uma vez que, não há o cabimento ao magistrado do poder investigatório, não cabe a ele também a produção de provas no inquérito policial. É ferida de morte a inércia jurisdicional quando há a produção antecipada de provas pelo juiz, invadindo a competência da polícia judiciária e do Ministério Público.

Deveras, as considerações dispensadas no trabalho têm por objetivo esclarecer que o magistrado, quando atua na fase de investigatória, de acordo com o inciso I do artigo 156 do CPP, abandona sua imparcialidade, abrindo mão de ser um juiz imparcial responsável pelo julgo para figurar como parte que tem o poder de dizer a verdade. Agindo dessa forma, marca também o princípio da inocência (art. 5º, LVII, CF/88), uma vez que a transferência do ônus da prova para a acusação (art.129, I, CF/88) proíbe o juiz, que não é parte parcial na relação processual estabelecida, de buscar a prova na fase preliminar ao processo, ou seja, na fase investigatória. De tal forma, permitir ao Juiz o poder de gestão da prova, assim como menciona e permite o artigo 156 do CPP e, principalmente em seu inciso I, entende-se como inconstitucional, pois viola o princípio da presunção de inocência e o devido processo legal, tais princípios são retirados da própria constituição e do sistema acusatório.

É esperado que o Supremo Tribunal Federal, mediante o controle difuso, anule os atos inquisitoriais praticados, eventualmente, por juízes de primeira instância, ou ainda que declare a inconstitucionalidade parcial do artigo 156 do CPP. Como feito anteriormente, quando manifestou decisão a respeito da inconstitucionalidade de norma que dá aos juízes o poder de participar da investigação no processo, quando julgou inconstitucional o art. 3º da Lei n. 9.034/1995, lei do crime organizado, com a ADIn nº 1570-2. Lei esta que trata sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. O artigo 3º coloca o magistrado na atividade de produção de elementos necessários ao esclarecimento da verdade real, ainda na fase persecutória, ou seja, quando ainda não existe uma ação penal.

O modelo de sistema penal em um Estado Democrático de Direito deve obrigatoriamente ser um sistema de garantias, no qual a resposta penal somente deve mostrar-se a partir da aplicação de um modelo que exclua os abusos estatais, tanto no momento de elaboração da norma quanto no de sua aplicação.

Acompanhando a linha de raciocínio, segue o anteprojeto do Código de Processo Penal que menciona em sua exposição de motivos a rejeição ao inciso I do artigo 156. Sendo esta rejeição em relação à atividade investigativa exercida pelo magistrado que buscou preservar o distanciamento do julgador dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes.

No entanto, sob esse prisma, defende-se aqui a inconstitucionalidade do artigo 156, I do Código de Processo Penal, uma vez que se trata de um retrocesso ao Estado Democrático de Direito, por suprimir Direitos e Garantias Constitucionais reservadas ao cidadão pelo Constituinte de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, v. I, 1975

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 16 de abril de 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 13 de março de 2016.

BRASIL. **Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm . Acessado em: 26 de maio de 2016.

BRASIL. **Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm.. Acessado em: 26 maio de 2016.

BRASIL. Senado Federal. **Reforma do Código de Processo Penal**. Comissão de Juristas. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>. Acessado em: 26 abril de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 100.426 - SP** (2008/0035365-6). Relator: Felix Fischer. Julgado em 22 de abril de 2008. DJ, 09/6/2008, p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC n. 80948/ES**. Relator: Néri da Silveira. Julgado em 07 de agosto de 2001. DJ, 19/12/2001, p. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **ADIn n. 1570-2**. Relator: Maurício Corrêa. Julgado em 12 de fevereiro de 2004. DJ, 22/10/2004, p. 46

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. Boletim Ibccrim. São Paulo: Ibccrim, ano 16, n. 188, jul./2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: RT, 1999

GRANDIS, Rodrigo de. **O juiz tem compromisso com a luta contra o crime?** RBCCRIM. São Paulo: RT, n. 71, 2008.

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

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.58.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal: comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 12ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 12

PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 68.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 49

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 132.