

# O INCISO I DO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A FIGURA DO JUIZ INQUISIDOR

Renata Correia de Souza<sup>65</sup>

Diego Romero<sup>66</sup>

## RESUMO

O presente artigo tem como propósito analisar os sistemas processuais penais, principalmente o sistema penal acusatório, adotado no Brasil em face do disposto na Constituição Federal de 1988, bem como o artigo 156, I, do Código de Processo Penal e sua (in)adequação ao sistema acusatório. O estudo objetiva também analisar a figura do juiz, suas atribuições legais e funções dentro do processo penal, especialmente a da gestão da prova. A elaboração deste articulado foi constituída pelos expedientes de pesquisa bibliográfica.

**Palavras Chave: sistemas processuais, sistema acusatório, provas, juiz.**

---

65 Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogada. E-mail: renatacorreia.advocacia@gmail.com

66 Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica – PUCRS. Especialista em Direito Penal Empresarial pela mesma instituição. Professor de Direito Penal e Processual Penal na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogado Criminalista. Auditor do Cartório de Instrução do Tribunal de Ética da OAB/RS. E-mail: romerodiego@terra.com.br

## 1. INTRODUÇÃO

Atualmente é possível perceber que alguns magistrados adotam, no exercício de suas atribuições, posturas de verdadeiros “combatentes do crime”, assumindo por vezes, competências que não lhe são inerentes, usando como instrumentos para tal fim o Direito Penal e o Processo Penal.

A Constituição Federal brasileira consagra o Estado Democrático de Direito, enfatizando, deste modo, o princípio acusatório como norteador do Código de Processo Penal vigente no País. Entretanto, a legislação adotada como instrumento concretizador do Direito Penal não segue os citados pressupostos, o que causa certa confusão conceitual e divergências entre os doutrinadores.

O fato de o legislador ordinário introduzir o inciso I do Art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro, através da lei n.º 11.690/08, permitindo ao magistrado, facultativamente e de ofício, a produção de provas mesmo antes de iniciada a ação penal, alimenta esta ideologia, afastando e ferindo gravemente princípios constitucionais, que acabam retrocedendo o espírito das normas, bem como as garantias dos indivíduos que estão sendo investigados e processados, retornando a aplicação da figura do “juiz inquisidor”.

O presente trabalho tem por objeto uma breve análise sobre os sistemas processuais penais, reflexo das escolhas políticas de determinado Estado em um dado momento histórico, com enfoque na figura do juiz natural, na ideia da verdade real, no princípio da imparcialidade, seus conceitos e peculiaridades, balizando com as semelhanças e diferenças entre os sistemas processuais e a sua relevância para o desenvolvimento das sociedades.

Após discorrer sobre a seara dos sistemas processuais penais, a figura do juiz no processo penal brasileiro e provas passará a identificar os produtores de provas na fase pré-processual no sistema acusatório, esclarecendo a legitimidade para sua busca.

Por fim, estudar-se-á a inclusão pela lei n.º 11.690/08 do Art. 156, inciso I no Código de Processo Penal brasileiro, uma vez que causa calorosa discussão doutrinária acerca de seus aspectos legais e constitucionais em face da adoção do sistema acusatório pela Carta Política do nosso país, confrontando a referida alteração legislativa com os princípios, regras e normas do ordenamento jurídico-penal brasileiro.

## 2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A GESTÃO DA PROVA

### 2.1 Sistemas Processuais Penais

Prefacialmente, insta destacar que sistema processual penal é uma reunião de princípios e normas, conforme o momento político de cada Estado. São regras que objetivam estabelecer caminhos e vetores para a aplicação do Direito Penal. O Estado torna efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação será instrumentalizada através do processo e de seu sistema de gestão.

Os sistemas processuais penais traduzem a ideologia política na estrutura da ordem jurídica, são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época. De acordo com o doutrinador Rangel (2011, p. 49) 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 a cada caso concreto.

E segundo Lopes Jr. (2011, p. 58) pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

Para melhor compreensão dos sistemas processuais, comentar-se-á de forma individualizada cada um deles, demonstrando suas características, vantagens, desvantagens e sua contribuição para a solução de litígios na esfera do direito processual penal, observadas de suas respectivas regras e princípios.

### 2.2 Sistema Processual Penal Inquisitivo

O sistema inquisitivo surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico. Até o século XII, predominava o sistema acusatório, não havendo na época processos sem acusador legítimo e idôneo, sendo a acusação apresentada por escrito, indicando as provas que seriam utilizadas para comprovar a verdade dos fatos. Ao abordar o sistema inquisitório, Frederico Marques (1980, p. 81) aponta que sua característica primordial manifesta-se quando o juiz exerce,

além da função de decidir, que lhe é própria, mais outra das restantes, ou, na verdade, todas elas.

A transformação foi ocorrendo entre o século XII até o XIV, quando o sistema acusatório vai sendo substituído pelo sistema inquisitivo, sendo basicamente essa modificação, fruto dos efeitos da inatividade das partes, conferindo ao Estado, nos limites da legalidade, a responsabilidade de combate à delinquência. No sistema inquisitório, os poderes do magistrado foram invadindo cada vez mais a esfera de competências e atribuições reservadas ao acusador privado, até o extremo de se reunir num único órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz.

Dessa forma, há uma mudança radical no processo, que antes era um duelo franco e leal entre acusado e acusador, com igualdade de poderes e posteriormente uma disputa desleal e desigual entre a figura do juiz-inquisidor e o acusado. Assim sendo, o magistrado abandona a posição de árbitro imparcial e passa a atuar como acusador, sem necessidade prévia de invocação, e parte a busca, de ofício, de material para construir seu convencimento. Com essa confusão de atribuições entre o juiz e o acusador, o acusado passa a ser um mero objeto de investigação.

Nesse sistema há a concentração das funções processuais (acusar, defender e julgar) no órgão judiciário, que em regra é agente representativo do poder dominante, não sendo observados, consequentemente, a ampla defesa e o contraditório, imperando o segredo e o procedimento escrito, conferindo-se amplos e irrestritos poderes de investigação aos órgãos judicantes. O juiz atua como parte, investiga, coordena, acusa e, por fim, julga. O processo é regido pelo sigilo, sendo que o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal e, a partir disso, a confissão passa a ser entendida como o principal meio de prova.

Em busca da 'verdade real' ou 'absoluta', no sistema inquisitório, transformava-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisava dispor do corpo do processado, assim poderia lançar mão da tortura para chegar à confissão e, após conseguí-la, não precisaria mais nada. Nessa perspectiva, ao abordar o sistema inquisitório, Thums (2006, p. 202) leciona que o sistema inquisitório caracteriza-se pela reunião das funções de persecução e julgamento num único órgão estatal. É típica de concepção de Estado absolutista, havendo concentração de todo o poder nas mãos do soberano.

Rangel refere que o sistema inquisitivo "demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito" (2011, p. 51), entendendo, assim, que o sistema inquisitivo não assegura aos cidadãos mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2010.

GIACOMOLLI, José Nereu. *Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Leituras Complementares de Constitucional*. 2ª Ed. Salvador: Jus Podvim, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*, vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARQUES José Frederico. *Juiz Natural*, Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1971.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Processual Penal*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1980.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal Comentada - artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de. *Combate à Criminalidade e as prerrogativas profissionais*. Revista do Advogado, n.º 93.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório - A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TAVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar A.R.C. de. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podvim, 2ª Ed. 2009.

THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

Nesse sentido, cogitar-se em garantia da imparcialidade durante um processo de natureza criminal é assegurar ao cidadão respeito aos seus direitos e garantias fundamentais. É inegável a importância disso, quando tratamos da fase pré-processual, em regra pelo inquérito policial. Evidente, pois, o retrocesso e confusão do legislador atribuindo a faculdade ao julgador de ordenar, de ofício, antes de iniciada a ação penal, a busca de elemento de prova. Além disso, parece nítido o desencontro com o sistema processual penal acusatório e a supremacia imposta pelo texto constitucional. O julgador que busca elemento de prova, durante a fase pré-processual, tem sua parcialidade comprometida em relação à ação penal que posteriormente será proposta, uma vez que se buscou produzir prova, é porque teve interesse na mesma, provavelmente no resultado de condenação do acusado. Dessa maneira, ao magistrado cabe manter-se sereno, sem adotar posição apriorística de forma contra ou a favor, de modo a prestigiar sua exigível neutralidade, imparcialidade e independência – até porque vigora entre nós o princípio do *in dubio pro reo*.

Conclui-se neste articulado que o julgador não pode, não deve e nem precisa produzir provas, até porque o próprio texto constitucional ordena outra postura: o réu é inocente até que se prove o contrário – artigo 5º, LVII, Constituição Federal. E quem deve fazer a prova para efeitos condenatórios é aquele que tem o ônus, ou seja, o órgão acusatório.

Ante o exposto, observa-se que, conforme a soberania e rigidez da Constituição Federal brasileira, e, ainda, de acordo com o sistema processual penal acusatório adotado no Brasil, o posicionamento majoritário na doutrina e da jurisprudência é da inaplicabilidade do art. 156, inciso I, do Código de Processo Penal brasileiro.

## 5. REFERÊNCIAS

- CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- \_\_\_\_\_. Verità, dubbio e certezza. Rivista di diritto processuale. Padova: CEDAM, 1965.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. Separata do ITEC, nº 4, jan.-fev.-mar./2000.

### 2.2.1 A ideia da Verdade Real

Ponto importante a ser referido quando se fala na finalidade da prova criminal é questão da verdade. A doutrina clássica – de matriz inquisitória – entende que o processo penal busca, por intermédio da prova, atingir a ‘verdade real’.

De acordo com expressão usada por Lopes Jr, “ao se buscar a verdade, mesmo que formal, busca-se um excesso epistêmico” (2011, p. 65), aduzindo que a verdade, quando presente no espírito humano, caracteriza-se por configurar uma relação de identidade, de adequação ou concordância entre o que pensamos e o objeto do nosso pensar.

No processo penal, o princípio da verdade real é o vetor que orienta o magistrado em todos os momentos, visto que no juízo penal busca-se sempre a verdade dos fatos, ou a reconstrução da realidade o máximo possível, com o fim de, reconstruindo o fato praticado, aplicar a norma jurídica cabível.

Nesse sentido, o mestre Carnelutti, em poucas palavras, desvelou a impossibilidade de se chegar à verdade. “A coisa é uma parte; ela é e não é; pode ser comparada a uma moeda sobre cuja cara está gravada o seu ser e, sobre a sua coroa, o seu não-ser. [...] a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós (1965, p. 4-9).”

Segundo Pacelli de Oliveira (2009, p. 294), talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal.

Parte da doutrina – de cariz acusatória – prefere denominar de verdade processual o chamado princípio da verdade real, considerando que toda verdade que existe nos autos de um processo não pode ser considerada como a verdade total, uma vez que não reproduz, com absoluta precisão, o que aconteceu no mundo fático, limitando-se a reconstituir, o mais próximo possível, o que aconteceu na realidade do fato criminoso.

Como dito acima, Rangel assenta que (2011, p. 07) descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza (dentro dos autos), quem realmente infringiu o comando normativo penal e a maneira que o fez. A verdade é dentro dos autos de um processo jurídico-penal diferente da verdade do mundo dos homens.

Dessa maneira, o termo ‘verdade real’ deve ser tomado em seu sentido correto, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes processuais, por seu comportamento, queiram exercer sobre o fato posto a prova no processo penal e, também, no sentido de que não se trata de verdade absoluta ou ontológica, mas sim de uma verdade judicial.

### 2.3 Sistema Processual Penal Acusatório

O sistema processual acusatório tem origem no Direito Grego, marcado pela participação direta do povo no exercício de acusação e como julgador. Para os delitos mais graves, vigorava o sistema de ação popular (qualquer pessoa podendo acusar), e, para os delitos menos graves, a acusação passava a ser privada (Lopes Jr., 2006, p. 58).

O referido sistema consiste, então, na substituição do subjetivismo, do aspecto mítico da prova, representando uma maneira de reconstruir um acontecimento, em virtude de vestígios deixados no mundo pelo fato criminoso. Assim, leciona Carne-lutti (2002, p. 21)

[...] que as provas servem, exatamente, para voltar atrás, ou seja, para fazer, ou melhor, para reconstruir a história. Como faz quem, tendo caminhado através dos campos, tem que percorrer em retrocesso o mesmo caminho? Segue os rastros de sua passagem. Vem em mente o cão policial, o qual vai farejando aqui e ali, para seguir com o fato o caminho do malfeitor perseguido. O trabalho do historiador é este. Um trabalho de atenção e paciência, sobretudo, para o qual colaboram a polícia, o Ministério Público, o juiz instrutor, os juízes de audiência, os defensores, os peritos.

O sistema acusatório tem ampla análise na doutrina, ocorrendo algumas pequenas variações nas suas peculiaridades. Conforme afirma Thums “a imparcialidade do juiz, totalmente alheio aos fatos, bem como a limitação da sentença aos fatos constantes na acusação, são características essenciais deste sistema” (2006, p. 202, p. 233).

De acordo com Prado (2006, p. 109) a posição equilibrada que o juiz deve ocupar durante o processo sustenta-se na ideia reitora do princípio do juiz natural – garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição – que consiste na combinação de exigência da prévia determinação das regras do jogo e da imparcialidade do juiz.

Como os sistemas processuais decorrem diretamente do sistema político, fundado na Constituição, de forma que Estados autoritários adotam modelos in-

modernas e democráticas, visto que baseia uma apuração penal pautada na observância dos direitos e garantias do acusado e nos princípios que primam pelo respeito aos direitos humanos.

Nesse sentido, a Carta Política, em seu artigo 129, inciso I, confere ao Ministério Público a iniciativa privativa para a propositura da ação penal, verificando-se, dessa forma, a evidente separação das iniciativas de acusação e julgamento, característica fundamental do sistema processual penal acusatório. Outra característica marcante do sistema acusatório é a garantia da imparcialidade do juiz. Cabe salientar o princípio do juiz natural que busca assegurar a imparcialidade de quem é incumbido de julgar, sendo garantido ao cidadão o julgamento por um juiz previamente constituído como competente para julgar e sem qualquer vinculação subjetiva com o fato objeto do processo.

Nessa esteira, no que concerne aos aspectos legais do art. 156, I, do CPP, com a nova redação dada pela Lei n.º 11.690/08, percebe-se que a doutrina majoritária sustenta a inconformidade com sua aplicação e, também, a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, uma vez que a principal característica do sistema processual penal acusatório, adotado no Brasil, é a separação das funções de acusação e julgamento.

Concordando com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1570/DF), que tratara da Lei n.º 9.034/95, a qual previra em seu artigo 3º hipótese de quebra de sigilo de dados fiscais, bancários, financeiros e eleitorais, direta e pessoalmente pelo juiz, pacificara a questão, ao inadmitir iniciativas investigatórias e coleta de elementos informativos por parte do julgador, *in verbis*:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUÍZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo

redação ao art. 156 do CPP possibilita, em seu inciso I, ao juiz determinar, de ofício, diligências probatórias no curso da investigação criminal.

Importante referir que grande parte da doutrina atribui também ao rol de argumentos quanto à inconstitucionalidade do Art. 156, I, do CPP, a violação aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, previstos na Carta Magna, visto que na fase pré-processual vigora o sistema inquisitivo e o acusado não tem a oportunidade de exercer o seu direito de defesa, assegurado pelo artigo 5º, IV, da CF/88, e, dessa forma, a prova produzida no inquérito estaria em desconformidade com a Lei Maior.

Entende-se, pois, ser um erro grave atribuir poderes de instrução a um juiz, independente da fase, se pré-processual ou processual. A sistemática do pensamento humano mostra que aquele - juiz - que vai atrás de alguma coisa - material probatório - primeiro decide (hipótese já formada pelo juiz) e logo após percorre o caminho imaginado atrás dos fatos que possam justificar tal decisão.

A busca de provas vem precedida de algum entendimento ou consideração, estando, o magistrado ciente das consequências que a prova buscada tratará ao processo. Essa tendência ou inclinação compromete de forma evidente a imparcialidade do julgador, porque quem procura sabe o que se pretende achar.

Por fim, não há razão para o juiz querer equiparar-se ao juiz instrutor, produzindo provas na fase pré-processual (entende-se qualquer fase), devendo tão somente cumprir seu mister de exercer a jurisdição de uma forma imparcial, deferindo ou indeferindo as diligências que lhe forem requeridas, sob pena de usurpar as funções do Ministério Público e violar texto constitucional.

Cabe ao magistrado preservar a supremacia constitucional, exigindo a invalidação dos atos que estão em desconformidade com a Lei Suprema, e como guardião dos direitos e garantias, deve limitar-se às atribuições elencadas pela Carta Magna, garantido sua imparcialidade, que consubstancia verdadeira condição *sine qua non* do legítimo exercício da função jurisdicional.

## 4. CONCLUSÃO

Dado o exposto, é possível vislumbrar que, no que concerne aos sistemas processuais penais, conclui-se que o sistema processual penal inquisitivo, identificado pelo acúmulo das funções de acusar e julgar em um só grau ou uma só pessoa, sigiloso no processo, não existência de contraditório, nem ampla defesa, foi adotado, em regra, pelas civilizações mais antigas e pelos Estados mais arbitrários.

Observa-se, também, que o sistema processual acusatório, adotado no Brasil pela Constituição Federal de 1988, é considerado o sistema das civilizações ditas

quisitoriais, enquanto Estados de Direito adotam modelo acusatórios, o sistema acusatório é reflexo do moderno processo penal, frente a atual estrutura social e política do Estado. Mantém assegurada a imparcialidade e a tranquilidade do magistrado que dará sua sentença, de forma digna e respeitosa para com o acusado, que não mais é um mero objeto, mas sim assume o papel de parte processual e sujeito de direitos.

O modelo acusatório garante um sinônimo de devido processo legal, sobretudo do quando se sabe que a noção deste somente se completa com a rigorosa separação das funções de acusar, defender e julgar.

### 2.4 Sistema Processual Penal Misto

O sistema processual misto, conforme Rangel, sofreu influência do sistema acusatório privado de Roma e do sistema inquisitivo desenvolvido a partir do Direito Canônico e da formação dos Estados nacionais sob o regime da monarquia absolutista (2010, p.49).

Após o fracasso da inquisição e a gradual adoção do modelo acusatório, o Estado seguia com a absoluta titularidade do poder de penar e não poderia deixar para os particulares esse poder. Dessa forma, ficaria inevitável a separação das funções de acusar e julgar, que deveriam ser de pessoas ou órgãos distintos. Assim, a acusação continuaria sob o poder do Estado, mas não estaria mais entre as atribuições do julgador.

Surge, da necessidade de divisão do poder estatal, da necessidade do sistema acusatório e para garantir a imparcialidade do juiz, o órgão do Ministério Público. Sobre o sistema misto, Rangel (2011, p. 55) ensina que o sistema misto (juizado de instrução), não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação. Também sobre esse tema, Lopes Jr. comenta que “a doutrina brasileira majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto (predomina o inquisitório na fase pré-processual, e o acusatório na fase processual)” (2011, p. 58).

O sistema processual misto é, em verdade, uma combinação entre os dois outros sistemas processuais (inquisitório e acusatório), adotando uma instrução inquisitória e julgamento acusatório. Nesse diapasão, está o porquê de se acreditar, em alguns países, que o sistema misto é o ideal, pois reúne as vantagens e elimina os inconvenientes dos outros dois sistemas.

## 2.5 Sistema Processual Penal Acusatório no direito brasileiro

Ao estabelecer no inciso I do artigo 129 a titularidade privativa da ação penal ao órgão do Ministério Público, a Carta Magna adotou, exime de dúvidas, o sistema processual penal acusatório como marco da gestão da prova no direito processual penal pátrio, determinando, como consequência, que o julgador seja imparcial e autônomo em relação à acusação, devendo permanecer inerte, aguardando provocação para exercer suas funções.

Nesse sentido, as funções de acusar, defender e julgar não estão concentradas em um único órgão. Entretanto, o sistema acusatório no Brasil não é considerado 'puro', pois ser 'puro' pressupõe a ausência das peculiaridades de outro sistema processual. Assim, mostra-nos a doutrina de Rangel (2011, p. 57), que nosso sistema acusatório hodierno não é puro em sua essência. Traz resquícios e ranços do sistema inquisitivo; porém, a Constituição deu um grande avanço ao dar ao Ministério Público privatividade da ação penal pública.

Ao seu turno, Giacomolli (2008, p. 08) ressalta alguns traços do perfil inquisitorial do direito processual penal pátrio ao estabelecer autorização ao magistrado, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre algum ponto relevante. Dessa forma, destaca-se que tanto a atuação do julgador na fase de inquérito como as providências que por ele podem ser adotadas, de ofício, no curso procedimental, sustentam a definição de sistema acusatório não puro.

### 2.5.1 A Figura do Juiz e o Juiz Natural

Num primeiro momento, convém tecer breves considerações sobre a garantia do juiz natural também podendo ser reconhecido na doutrina como juiz legal, ou juiz competente. A figura do juiz natural busca assegurar a imparcialidade de quem é incumbido de julgar a causa, não somente como atributo do magistrado, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional.

Desse modo, juiz natural é aquele constituído previamente como competente para julgar determinadas causas abstratamente previstas. É aquele que integra de forma legítima o Poder Judiciário, assegurado de todas as garantias previstas pela Lei Maior (artigos 93, 95) e, conforme Nery Júnior (2008, p. 08) tal princípio, enquanto postulado constitucional adotado pela maioria dos países cultos, tem grande importância na garantia do Estado de Direito, bem como na manutenção dos preceitos básicos de independência e imparcialidade do juiz na aplicação da atividade

Assim, o juiz, na fase pré-processual do sistema acusatório, deve limitar-se a atender as requisições solicitadas pelo delegado de polícia ou Ministério Público, atuando como verdadeiro garantidor dos direitos e garantias individuais do acusado, pois não se pode permitir que o juiz usurpe a função do Ministério Público na colheita de provas para a propositura da ação penal, nem queira restaurar em nosso ordenamento jurídico a figura do juiz inquisidor, que outrora existia e era responsável pelo cometimento das mais cruéis arbitrariedades.

Parce inevitável que o julgador que realiza diligências investigatórias restará por se envolver em demasia com os fatos, indicando uma impulsão em acatar a acusação, pois caso contrário, permaneceria inerte, deixando para a própria acusação demonstrar a existência de justa causa. Apontando para esta conclusão, segue o pensamento de Brasileiro de Lima (2011, p. 874) que aduz '[...] pelo simples fato de ser humano, não há como negar que, após realizar diligências de ofício na fase investigatória, fique o magistrado envolvido psicologicamente com a causa, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela, com grave prejuízo a imparcialidade'.

Enfim, o argumento principal empregado pela doutrina sobre a inconstitucionalidade do artigo em questão é a violação do disposto no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, que imputa privativamente ao Ministério Público a propositura da ação penal pública. Essa infringência viola uma das principais peculiaridades do sistema acusatório: a separação entre o órgão acusador e o julgador. Uma vez que ao produzir, de ofício, provas na fase pré-processual, o juiz estaria inferindo a função de acusação que compete ao Ministério Público.

Outro argumento da doutrina sobre o tema é que, a atuação do magistrado, de ofício, na fase pré-processual, faz com que a sua imparcialidade seja afetada, não no que diz respeito às hipóteses de incompatibilidades, suspeição e impedimentos previstos na legislação processual penal (artigos 112, 252, 254 do CPP), que decorrem de interferências externas, mas sim de uma interferência interna, resultante da atuação concreta do magistrado na causa, agravando muito mais a imparcialidade e afrontando sobremaneira o sistema acusatório.

Conforme entendimento de Oliveira (2009, p. 49) o juiz, a rigor, nem sequer deveria ter contato com a investigação realizada, que é em fase anterior à ação penal, quando não provocada, até então, a jurisdição. Somente quando em disputa, ou em risco, a lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos ou à efetividade da jurisdição penal é que o Judiciário deveria – e deve – manifestar-se na fase investigatória, como juiz das garantias individuais, no exercício do controle judicial da legalidade dos atos administrativos. Por isso, inadmissível, por violação ao sistema acusatório, a nefasta 'novidade' trazida pela Lei nº. 11.690/2008, que, dando nova



relação à matéria probatória, exprimindo a vontade do legislador em atualizar a legislação penal, fazendo com que a mesma se adequasse com o sistema processual acusatório adotado no País.

Uma das inovações legislativas efetuadas pela Lei nº 11.690/08, que vem causando grande controvérsia entre doutrinadores, foi a introdução do inciso I do Artigo 156 do Código de Processo Penal brasileiro, que veio conferir ao juiz a iniciativa investigatória na produção de provas, conforme se verifica a seguir: *Art. 156 - A prova da alegação incumbirá a quem 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.*

A iniciativa investigatória do magistrado é uma herança do modelo inquisitivo, em que era permitido ao Juiz produzir e colher as provas diretamente, sem que houvesse a tripartição dos sujeitos processuais, quais sejam: juiz, acusador e defensor. Segundo o professor Luiz Flávio Gomes (2007, p. 21), o inciso I do Art. 156 do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei nº 11.690, renasceu a figura do juiz inquisidor. Atribuir ao magistrado iniciativa acusatória, segundo interpretação literal do dispositivo mencionado, é inconstitucional diante da Carta Política de 1988.

Ao produzir elementos de informação de ofício, o magistrado estará designando as forças das partes, pois além de estimular o pré-julgamento, comprometerá a sua postura imparcial e equidistante no interesse da solução do processo. No sistema acusatório, se a atuação do juiz deve ser imparcial durante a marcha procedimental, quando há possibilidade de ampla defesa e contraditório por parte do acusado, deve ser muito mais imparcial ainda na fase pré-processual, uma vez que nesta fase não há o direito de defesa.

Ao permitir faculdade ao juiz à produção antecipada de provas na fase pré-processual, de ofício, um dos argumentos utilizados pela doutrina que sustenta a inconstitucionalidade do Art. 156, I, do Código de Processo Penal, é que a imparcialidade do julgador estaria comprometida, visto que não pode o magistrado, de ofício, produzir a prova durante o inquérito policial e depois simplesmente esquecê-la, no curso do processo, como se nada houvesse ocorrido e que nenhuma influência aquela prova tenha causado no seu ânimo.

Concordando com o enfoque, o doutrinador Rangel indaga (2008, p. 461):

[...] como imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas não leva em consideração na hora de dar a sentença? A reforma pensa que o juiz é um ser não humano. Um extraterrestre que desce de seu planeta, colhe a prova, preside o processo, julga e volta em sua galáxia, totalmente imparcial.

de jurisdicional, atributo esse que presta à defesa e proteção do interesse social e do interesse público geral.

No mesmo contexto, podemos afirmar que o princípio do juiz natural tem como escopo a imparcialidade do julgador e o afastamento dos tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF/88). Assim, não podemos falar em jurisdição social, ou propriamente em jurisdição, sem a observância do referido princípio.

### 2.5.2 O Princípio da Imparcialidade do Juiz

Uma das mais importantes peculiaridades do sistema processual penal acusatório é a imparcialidade do juiz, uma vez que o Estado, tendo o poder-dever de solucionar as lides penais, deve ser garantido ao acusado um julgamento feito por um julgador imparcial, sem qualquer comprometimento no seu exercício da jurisdição.

É assim que os doutrinadores definem que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz. A capacidade subjetiva é a qualidade de que o juiz possa agir de acordo com o princípio da imparcialidade. A incapacidade subjetiva do juiz, ao contrário, origina-se da suspeita de imparcialidade e afeta profundamente a relação processual. Nessa seara, Távora e Alencar (2009, p. 50) sustentam que a imparcialidade é entendida como característica necessária do juiz, consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar a neutralidade necessária para conduzi-lo com isenção.

O princípio da imparcialidade pode ser considerado como um dos pilares do sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal, haja vista exigir do Estado o juiz, uma postura imparcial perante o processo, de desinteresse pelo favorecimento de uma das partes em detrimento de outra. Thums (2006, p. 260) ilustra o tema aduzindo que a imparcialidade do juiz requer ausência de qualquer interesse na causa, quer particular, quer público ou institucional.

Nesse sentido, a imparcialidade do juiz não é característica autônoma e independente atribuída a cada magistrado, mas sim oriunda da finalidade da própria jurisdição, que é garantir a eficácia do ordenamento jurídico. Baseia-se num posicionamento indiferente e distante do julgador, enquanto investido no poder de jurisdição, em relação ao que está sendo discutido e em relação às partes. A partir disso, a imparcialidade do juiz, para Lopes Jr. (2011, p. 426), fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza a figura do julgador.

O magistrado deve ser uma pessoa alheia aos acontecimentos que provocam a discussão das partes. Seu conhecimento, portanto, é baseado no que lhe é demonstrado pelos combatentes durante todo o processo de conhecimento. Assim, o julgador vai convencendo a si mesmo, de forma íntima, a respeito do que lhe é apresentado no curso da marcha procedimental havida nos autos do processo. De outra forma, a decisão será somente o resultado desse conhecimento, porquanto é com base nele que o julgador apresentará as motivações e fundamentos que o direcionaram a determinado resultado.

### 3. A ATUAÇÃO PROBATÓRIA EX OFFICIO DO MAGISTRADO NO ÂMBITO DA INVESTIGAÇÃO

#### 3.1 A fase pré-processual e sua produção de provas

Primordialmente, destacamos que como a regra da iniciativa da ação penal (legitimação ativa) é a cargo do Estado, também a fase pré-processual da persecução penal nos crimes comuns é atribuída aos órgãos estatais, competindo à polícia judiciária, em regra, o esclarecimento das infrações penais, conforme os arts. 144 da Constituição Federal e 4ª da lei penal adjetiva.

A fase pré-processual trata-se de momento anterior ao processo que percorrerá a esfera judicial, ou seja, antes do oferecimento da denúncia por parte do acusador e seu posterior recebimento pelo magistrado, pressuposto para o início da ação penal. Sobre o tema, Oliveira (2009, p. 43) aponta que fase de investigação, portanto, em regra, promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal.

A fase pré-processual corresponde aos meios de investigação que antecedem a propositura da ação penal. A princípio, no Brasil, prevalece o inquérito policial, conforme o artigo 4º e seguintes do Código de Processo Penal. Rangel (2011, p. 74) indica que o caderno apuratório policial é um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios – *delicta facti permanentis*) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal.

O inquérito policial brasileiro tem insita uma função garantidora, tendo um evidente caráter de evitar a instauração de uma persecução penal infundada por

parte do Ministério Público. Os elementos de informação produzidos na fase pré-processual tem como função fornecer ao órgão do *parquet* ou ao ofendido (nos casos de ação penal pública e privada, respectivamente) elementos necessários para o *jus perseguendi in iudicio*, ou seja, para a propositura da ação penal.

Quanto à responsabilidade de produzir provas durante o curso do procedimento policial administrativo pré-processual, verifica-se que a lei adjetiva incumbem a três agentes distintos: a autoridade policial, o acusador e a autoridade judiciária.

Acerca das funções do delegado de polícia, é sabido que ao mesmo incumbe adotar todas as providências no sentido de investigar a autoria e materialidade do fato criminoso, produzindo elementos de informação que serão enviados ao titular da ação penal, e tal resta evidente a partir da leitura do artigo 6º e seguintes do Código de Processo Penal.

No que concerne ao Ministério Público, na fase pré-processual, é verificado que, ao passo que ele é o titular privativo da ação penal pública, deve atuar no inquérito policial, requerendo diligências necessárias para buscar elementos de informação e embasar a propositura da ação penal. Dessa forma, Lopes Jr. explica que (2008, p. 246) não pairam dúvidas de que o Ministério Público poderá requisitar a instauração do inquérito e/ou acompanhar a sua realização. Mas sua presença é secundária, acessória e contingente, pois o órgão encarregado de dirigir o inquérito policial é a polícia judiciária.

A contrariedade está na produção de provas pelo juiz na fase pré-processual, e, diante da função por vezes incerta do magistrado, figurando ora como juiz garantidor, ora como juiz instrutor.

O juiz, na fase pré-processual do sistema acusatório, deve somente atender as requisições do Delegado de Polícia ou do Ministério Público, assegurando os direitos e garantias individuais do acusado, não sendo permitido ao juiz usurpar a função do Ministério Público na busca de provas.

Nas palavras de Lopes Jr. (2008, p. 229), outro grave problema da investigação judicial está no fato de converter a investigação preliminar em uma fase geradora de provas, algo absolutamente inaceitável frente ao seu caráter inquisitivo. Ainda, o resultado final é a monstruosidade jurídica de valorar na sentença elementos recolhidos em um procedimento preliminar em que predominam o segredo e a ausência do contraditório e de defesa.

#### 3.2 O inciso I do Artigo 156 do Código de Processo Penal e a figura do juiz inquisidor

A Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008, que altera dispositivos do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal brasileiro, relativos às provas, e dá outras providências, introduziu relevantes alterações na lei adjetiva em