



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A reforma do CPP sobre provas. A constitucionalidade do art. 156 da Lei 11.690/08.

Carolina Marins Nascimento

Rio de Janeiro  
2009

CAROLINA MARINS NASCIMENTO

A reforma do CPP sobre provas. A constitucionalidade do art. 156 da Lei 11.690/08.

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof<sup>a</sup> Néli Fetzner  
Prof. Nelson Tavares  
Prof<sup>a</sup> Mônica Areal

A REFORMA DO CPP SOBRE PROVAS. A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 156  
DA LEI 11.690/08

Carolina Marins Nascimento

Graduada pela Faculdade de Direito da  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.  
Advogada.

**Resumo:** o presente artigo aborda a controvérsia relativa às inovações trazidas pela Lei 11.690/08 quanto à possibilidade de o juiz produzir provas de ofício no processo penal. Serão abordadas as principais discussões doutrinárias acerca da constitucionalidade do art. 156 da referida lei no que tange a violação ou não do sistema acusatório, escolhido pelo nosso ordenamento jurídico. Serão analisados os sistemas processuais penais brasileiros bem como os modelos de investigação penal utilizado nos principais países do mundo. Quanto a análise do instituto em questão, serão expostos os principais entendimentos da doutrina brasileira, já que pela atualidade do tema não contamos ainda com jurisprudência relevante. O objetivo desta análise é contribuir com o debate a fim de proporcionar melhor esclarecimento sobre o tema e buscar a celeridade processual juntamente com a sempre almejada segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Reforma; Processo Penal; Lei 11.690/08; Constitucionalidade.

**Sumário:** 1 – Introdução. 2 - Evolução dos sistemas processuais penais no Brasil. 2.1 - O Sistema Inquisitivo do CPP de 1941. 2.2 - O Sistema acusatório na Constituição Federal de 1988. 3 - O Modelo de Investigação Criminal em Outros Países. 3.1 – O sistema inglês. 3.2 – O sistema europeu-continental. 3.3 – O juiz instrutor. 4 - A Lei 11.690/08 – aspectos controvertidos acerca de sua constitucionalidade. 4.1 – O princípio da verdade real e o sistema acusatório. 5 – Conclusão. Referências.

## 1 - INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca a recente Lei 11.690/2008, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal e que trouxe várias indagações acerca de sua efetividade e de sua constitucionalidade, pois manteve a possibilidade de o juiz indicar, de ofício, outras provas não levadas aos autos pelas partes, além de permitir ao juiz ordenar a produção de provas antes mesmo de iniciada a ação penal. Sabe-se que um dos objetivos da mudança é alcançar maior celeridade, prestigiando-se a economia processual e a razoável duração do processo bem como a busca da “verdade real”.

Busca-se, com o presente trabalho, analisar, ainda que brevemente, a matriz ideológica que foi mantida e ampliada com a inovação trazida, e se ela é adequada à diretriz constitucional.

Como o tema é bem recente, objetiva-se examinar as posições doutrinárias a respeito da constitucionalidade das mudanças e se há violação do sistema acusatório, escolhido pelo ordenamento pátrio. A possibilidade de o magistrado gerir a prova de ofício, certamente traz inquietações, pois pode ferir princípios fundamentais, como o contraditório, o devido processo legal e principalmente a imparcialidade do julgador.

Questões relevantes serão abordadas no decorrer desse trabalho, tais como: qual a posição do juiz na atual produção de provas no processo penal, se tais mudanças se adequam ao modelo acusatório delineado pela Constituição Federal, por que o juiz deve ser afastado da iniciativa probatória, entre outros. A metodologia será pautada pelo método qualitativo parcialmente exploratório.

Importante também será a análise do modelo de investigação criminal em países de relevância mundial. Isso se faz importante para uma análise crítica-comparativa, a

fim de concluirmos qual o sistema que melhor se adequaria ao nosso ordenamento, no sentido de trazer maior eficiência e celeridade na persecução penal.

Por fim, o trabalho trará a importância do tema no contexto sócio-jurídico, em que a busca da “verdade real” pelo juiz não pode se tornar arbitrária e onipotente em detrimento do princípio que talvez tenha a maior importância no processo penal: a presunção de inocência.

## **2. EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS BRASILEIROS**

### **2.1 O SISTEMA INQUISITIVO DO CPP DE 1941**

De acordo com o que dispõe o artigo 156, segunda parte, do Código de Processo Penal de 1941, o juiz "poderá, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante". A partir do dispositivo, a doutrina tem feito, ao longo do tempo, comentários variados a respeito do tema.

Segundo o dispositivo mencionado, as partes devem oferecer espontaneamente a prova dos fatos que alegarem, em seu próprio interesse; faculta-se ao juiz, supletivamente, apurar a verdade, chamando para si o ônus de demonstrar o que uma das partes não quis, não soube, ou não pôde aproveitar.

Todavia, se dispõe de poderes instrutórios, deve o juiz usá-los com cautela e com prudência para que não se transforme, no processo, em parte acusadora ou defendente. Aos litigantes cabe a iniciativa. Portanto, o juiz possui faculdade supletiva à iniciativa das partes.

Greco Filho (1993), inicialmente, esclarece que o juiz não tem ônus, e sim dever de decidir. Mas defende que o juiz tenha poderes inquisitivos, no processo penal, em virtude do interesse público envolvido no processo.

Tourinho Filho (2001), por sua vez, adverte que o juiz somente em casos excepcionais deve empreender a pesquisa de ofício, para evitar a quebra da imparcialidade. Por ser facultativa a atividade do juiz, as partes devem diligenciar, para que não colham resultado desfavorável.

A busca da verdade real ou material, consagrada na segunda parte do artigo 156, decorre da natureza da própria justificativa da existência do processo penal, que se confunde com o interesse que tem o Estado de tutelar a liberdade individual.

## 2.2 O SISTEMA ACUSATÓRIO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Com o avanço das conquistas dos direitos e garantias fundamentais, amplamente consagrados na nossa Constituição de 1988, surge a necessidade de uma nova postura do Estado, afastando o órgão jurisdicional da persecução penal, garantindo ao acusado todos os direitos inerentes ao pleno exercício sua defesa, principalmente a imparcialidade do juiz.

O sistema acusatório surge devido a essa nova realidade de se instituir um processo penal mais justo, independente dos interesses das partes privadas. A acusação, agora, continua sendo feita pelo Estado, mas por um novo órgão criado para essa finalidade: o Ministério Público.

A principal característica do sistema acusatório é a divisão de funções dos diversos órgãos que atuam na persecução penal. O autor da acusação, em regra, é o órgão ministerial, exercendo a *persecutio criminis in iudicio*. O juiz presta uma tutela jurisdicional

imparcial e igualitária, prestigiando o princípio do contraditório e da ampla defesa. O réu é tratado como um sujeito de direitos e exerce resistência a pretensão punitiva do Estado, através de sua defesa técnica.

Outra característica importante deste sistema é o princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, em algumas hipóteses, o sigilo. Dessa forma, podemos exercer um controle sobre os atos praticados pelo judiciário, evitando arbitrariedades e resguardando os direitos e garantias constitucionais.

Cabe mencionar também que o juiz é livre na sua valoração das provas colecionadas ao longo do processo, de acordo com o princípio do livre convencimento. Assim, toda e qualquer decisão deve ser devidamente fundamentada, sob pena de nulidade, de acordo com o art. 93, IX da CF/88 c/c art. 157 do CPP), trazendo à sociedade maior segurança jurídica, pois evita abusos de poder e capricho de opinião dos magistrados.

No entanto, apesar de adotarmos o sistema acusatório em nosso ordenamento jurídico, um resquício de inquisitorialidade ainda pode ser percebido. Não se trata de um modelo acusatório puro, pois permite, como veremos diversas posturas dos magistrados típicas do modelo inquisitivo.

### **3. O MODELO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EM OUTROS PAÍSES**

O estudo do direito estrangeiro é sempre muito importante e se faz imprescindível neste trabalho. Serão abordados, sumariamente, modelos adotados por outros ordenamentos jurídicos, que nos possibilitem uma visão geral do estudo do inquérito e da investigação criminal.

No que tange à atribuição para conduzir as investigações preliminares, há três principais sistemas: o Europeu-Continental, que é adotado, entre outros países, na Itália,

Alemanha, França, Portugal e que se baseiam na premissa de que o Ministério Público conduz a *indagini preliminari*, diretamente ou por intermédio da polícia judiciária, o sistema Inglês, pelo qual a incumbência da investigação é da polícia, e o sistema em que o responsável pelas investigações é o *Juiz Instrutor*.

### 3.1 O SISTEMA INGLÊS

A vertente inglesa entende que a investigação criminal e a promoção da ação penal não podem ficar a cargo de um mesmo órgão. Sendo assim, em 1985, foi criado o Serviço de Persecução da Coroa (*Crown Prosecution Service*), que tem como função predominante efetivar a persecução penal deflagrada pela polícia, ao término do inquérito. A partir de 1985, a parte acusadora passou a atuar somente na fase judicial, já que a polícia fica responsável pelas investigações.

Então, na Inglaterra, dois órgãos distintos devem funcionar: a polícia, ligada à investigação preliminar e o Serviço de Persecução da Coroa (CPS), atuando na fase processual, promovendo a acusação. Cabe ressaltar que a polícia inglesa age com elevada autonomia durante as investigações, não havendo nenhuma espécie de controle sob seus atos por parte da CPS.

Entretanto, seguindo critérios de conveniência pública, finalizadas as investigações e deflagrada ou não a persecução pela polícia, cabe ao CPS decidir sobre a continuidade ou não do feito. Cumpre observar aqui que a polícia inglesa tem dupla função: além de investigar o suposto delito, é ela quem exerce os primeiros passos da persecução, ou seja, decide sobre a iniciação ou não do processo judicial.



Assim, podemos concluir que no sistema inglês a persecução é exercida em dois estágios: no primeiro deles é a polícia que decidirá pela instauração ou não dos procedimentos, e depois, o CPS, quando considerará sobre a continuidade ou não do caso.

O sistema processual penal inglês não conhece a instituição do Ministério Público, como os demais países europeus, no entanto há uma tímida, porém crescente vertente que defende esse sistema predominante.

### 3.2 O SISTEMA EUROPEU- CONTINENTAL

Neste sistema encontram-se países como França, Itália, Portugal, dentre outros. Aqui, o responsável pelas investigações é o Ministério Público e para isso conta com o auxílio da polícia. Apesar de adotarem o mesmo sistema de investigação, cada país tem suas peculiaridades.

O Ministério Público, com a estrutura que hoje conhecemos, tem origem na França. O sistema processual adotado atualmente é o juizado de instrução, onde o juiz, ao lado do Ministério Público, exerce papel de investigador, averiguando, colhendo provas, comprovando o fato e a participação do sujeito passivo.

Contudo, a partir da década de 90, o processo penal francês seguiu a linha evolutiva que se apresentava na Europa no sentido de dar mais protagonismo ao *Parquet* na fase pré-processual. No entanto, apesar das constantes tentativas da legislação francesa de diminuir do poder de instruir, retirando do juiz de instrução certos poderes como utilizar a prisão preventiva de ofício, a figura deste juiz tem resistido entre os operadores do direito francês e ainda é bastante forte.

Discute-se a substituição de atribuições como estas (utilizar a prisão preventiva de ofício) a um outro órgão, uma espécie de *juiz garante* que não realiza tarefas

investigatórias, mas atua visando manter os direitos fundamentais do acusado, controlando os atos realizados pelo *Parquet* e pela polícia. (figura existente na Itália, como veremos em breve).

A relação entre o Ministério Público e a polícia judiciária é de subordinação desta àquela, uma vez que o Procurador Geral se encontra na direção das investigações e pode aplicar, inclusive, sanções disciplinares aos agentes policiais. A polícia deve manter o MP informado de tudo que acontece, inclusive quanto às diligências que serão realizadas no sentido de colher informações e provas para a descoberta da verdade dos fatos.

De acordo com Paulo Rangel (2003) o sistema de juizado de instrução adotado na França não se encaixa dentro de uma sociedade democrática de direito, pois é de raiz historicamente repressiva, deixando o juiz em uma posição de parcialidade, mesmo que depois não seja o mesmo que irá julgar a demanda.

Na Itália, a *indagine preliminari* está a cargo do Ministério Público, tendo a sua disposição a polícia judiciária (art. 326 Código de Processo Penal Italiano, CPPi). O CCPi pretendeu extinguir os resquícios inquisitivos da fase preliminar, afastando a figura do juiz da instrução para substituí-la por uma investigação preliminar a cargo do *Parquet*.

Relevante se faz ressaltar que no atual sistema preliminar cabe ao Ministério Público toda a atividade persecutória, exercendo a direção das investigações realizadas pela polícia, inclusive sobre fatos e circunstâncias que também possam ser favoráveis ao investigado (art. 358 CCPi), e determinado os atos a serem praticados.

Apesar de estar atribuído ao MP toda a *indagine preliminari*, existe a figura do *juiz garante*. Este juiz da investigação preliminar não realiza tarefas investigatórias, atuando, sim, no controle da adoção e realização de medidas restritivas de direitos fundamentais do sujeito passivo, como as cautelares, intervenções telefônicas, quebra de sigilos, etc.

O juiz garante nasceu da necessidade de estabelecer um instrumento de controle da legalidade dos atos praticados pelo MP e assegurar o respeito aos direitos fundamentais do investigado. Tem ainda a função de decisão e controle do resultado da investigação preliminar, além da função de garantir a formação antecipada da prova no incidente probatório.

Por fim, vale lembrar que a fase pré-processual é facultativa, cabendo à instituição ministerial, ao receber notícia-crime, decidir se instaura a *indagine*, solicita o arquivamento, requisita a audiência preliminar ou oferece diretamente a ação penal, obedecendo um dos diversos ritos que a lei oferece conforme o delito e suas circunstâncias.

Em Portugal, assim como na Itália, o inquérito está encomendado ao Ministério Público, que também pertence ao Poder Judiciário, sendo seus membros considerados magistrados por expressa disposição legal, sem, contudo, possuírem poder jurisdicional (art. 221.3 da Constituição Portuguesa).

A polícia judiciária atua como auxiliar do *Parquet*, podendo, durante as investigações praticar certos atos investigatórios e outros somente por delegação do mesmo (art.270 do Código de Processo Penal Português, CPPp).

A Constituição da República Portuguesa (CRP) também adota o sistema acusatório e prevê que depois da realização das investigações, mas antes do início da fase processual, pode existir uma fase intermediária chamada de *instrução*, que é dirigida por um juiz, de acordo com o art. 288 do Código de Processo Penal Português (CPPp).

Cumprе salientar, que essa fase intermediária não é obrigatória, como em muitos sistemas europeus.

Em outras palavras, a fase intermediária é realizada na presença do juiz da instrução, que tipicamente garantista, e tem a finalidade de comprovar a viabilidade da acusação ou o arquivamento do inquérito e somente se realizará quando for requerida pelo

acusado ou pelo assistente de acusação, que, inconformados com a decisão do MP postulam o controle jurisdicional (art. 286, nº. 1 do CPPp).

Durante o inquérito policial português, o juiz de instrução desempenha funções tipicamente garantistas, ou seja, a competência para determinar qualquer medida restritiva aos direitos e garantias fundamentais previstos na CRP, reservam-se a ele. No entanto, o magistrado não poderá decretá-las de ofício, mas somente a requerimento do Ministério Público, da polícia em caso de urgência ou de demora, do argüido ou do assistente, conforme prevê o art. 268, nº. 2 do Código de Processo Penal Português.

Pode-se dizer, assim, que o processo penal português tem uma peculiaridade ao adotar um sistema misto, em que na fase pré-processual atua o juiz como garantidor dos direitos e garantias fundamentais, e como investigador, praticando pessoalmente atos investigatórios. Imprescindível lembrar, que esse juiz não será o mesmo que atuará na fase processual, julgando o caso, conforme preceitua o art. 40 do CPPp.

### 3.3 O JUIZ INSTRUTOR

Por último, será abordado o sistema em que a regra geral é o comando total das investigações pelo juiz, chamado de juiz instrutor. Cabe a ele a titularidade da instrução preliminar, tendo como seus auxiliares o Ministério Público e a polícia. Dentre os países que adotam esse sistema, será estudado a seguir a Espanha e a Argentina.

Na Espanha, o processo penal está dividido em duas grandes fases: 1ª – instrução preliminar ou fase pré-processual e 2ª – fase processual ou *juicio oral*. Elas estão ligadas pela fase intermediária, da mesma forma que no sistema português, estudado anteriormente.

Diferentemente dos outros países, as investigações preliminares na Espanha estão a cargo do Juiz de Instrução, caracterizando a “investigação preliminar judicial”. Há uma séria preocupação com a imparcialidade deste juiz, que está absolutamente impedido de atuar na fase processual.

O Ministério Público, que na Espanha recebe o nome de *Ministerio Fiscal*, também integra o Poder Judiciário e fiscaliza à distância os atos investigatórios do juiz instrutor, não passando de um mero colaborador do órgão jurisdicional. A polícia judiciária atua como órgão auxiliar dos atores principais da instrução preliminar, o juiz e o promotor.

O *Ministerio Fiscal* espanhol não goza de muitas garantias, incluindo a independência funcional, desse modo, essa atual estrutura não admite a figura do *promotor investigador (instrucción fiscal)*. O juiz instrutor é encarregado de presidir a fase pré-processual, conforme o art. 303 do Código de Processo Penal espanhol, detendo todos os poderes necessários para levar a cabo toda a investigação.

O juiz de instrução opera como um verdadeiro investigador, atuando de ofício e sem estar vinculado aos pedidos do MP e da defesa, que são meros colaboradores. Entre outras atribuições, poderá o juiz instrutor realizar interrogatório, decidir sobre a utilidade das diligências, utilizar medidas cautelares, conceder liberdade provisória, realizar acareações, inspeções judiciais, ordenar a realização de perícias, etc. Para isso dispõe da Polícia Judiciária, que está vinculada aos Tribunais e ao *Ministerio Fiscal*, como expõe o art. 126 da Constituição Espanhola.

O órgão ministerial possui uma função inspetora, de *custos legis*, conforme dispõe o art. 306, inciso I do Código de Processo Penal espanhol. Cabe ao promotor fiscalizar à distância os atos de instrução praticados pelo juiz, que pode atuar de ofício, realizando qualquer diligência que julgar necessária, ainda que exista oposição do Ministério Público.

Assim, da mesma forma, caberá ao juiz decidir quando há indícios ou provas suficientes de modo a concluir o inquérito e a instrução preliminar. Após, os autos são remetidos ao Tribunal competente para o julgamento, onde será manifestada pelas partes sua conformidade ou inconformidade com a conclusão do inquérito, estabelecendo-se uma fase intermediária.

O Ministério Público, se concordar com a resolução do juiz instrutor, exercerá a ação penal, através de uma petição requerendo a abertura do júízo oral, momento em que começa a fase processual. Nesta última fase, o MP exerce sua pretensão acusatória obedecendo os princípios norteadoras do sistema acusatório, entre eles, a ampla defesa, o contraditório e a publicidade das formas.

Por fim, cabe registrar que há um crescente movimento doutrinário na Espanha no sentido de se entregar a condução da investigação criminal ao *Ministério Fiscal*, com a finalidade de se alcançar uma justiça mais eficaz e célere, respeitando-se, também, os direitos fundamentais previstos na Constituição Espanhola. Aliás, a adoção desse modelo de investigação pelo Ministério Público é uma tendência que vem crescendo em todo continente europeu, ganhando adeptos até nos países que adotam outros sistemas.

No ordenamento jurídico argentino é permitido a cada estado elaborar seu diploma processual penal, o que não traz uma uniformidade quanto à atuação do Ministério Público neste país. Por esse motivo, não será possível uma análise aprofundada sob o tema que estamos estudando, mas uma abordagem geral de acordo com o que reza o Código Nacional argentino.

De acordo com o Código Nacional argentino, editado pela Lei 23.984/91, as investigações preliminares são conduzidas por um juiz instrutor, que poderá delegar essa atribuição ao órgão ministerial se assim quiser. O Ministério Público e a polícia têm a função

de auxiliar o juiz, requerendo o início da fase instrutória, uma vez comunicada a prática de uma infração penal pela vítima ou por qualquer pessoa.

Como o juiz é obrigado a proceder diretamente nas investigações, colhendo provas, requerendo diligências, de acordo com o art. 194 do Código Nacional argentino, é claro que sua parcialidade fica seriamente comprometida, mesmo que não seja o mesmo magistrado que irá julgar a demanda.

Apesar de a ação penal pública ser exercida pelo Ministério Público, cabe salientar, que o papel da instituição nas investigações de infrações penais na Argentina ainda se encontra muito tímido, além de ser secundário, já que o presidente das investigações é o juiz instrutor. Esse sistema também encontra opositores por comprometer a imparcialidade da jurisdição, uma vez que há a presença do juiz na fase investigatória, como estudamos acima.

Com relação à estrutura de investigação adotada no Brasil, Moraes Filho (1999) confronta os sistemas Inglês e Europeu-Continental, estudados acima, e afirma que o legislador brasileiro optou pelo sistema que atribui uma diversidade de funções aos participantes da investigação preliminar.

Eram estas as considerações acerca dos sistemas de investigação criminal nos países de maior importância e influência para nosso ordenamento jurídico.

#### **4. A LEI 11.690/08 – ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DE SUA CONSTITUCIONALIDADE.**

A recente Lei 11.690/2008, que trouxe inovações ao CPP, manteve na estrutura processual penal brasileira, a possibilidade de o juiz indicar, de ofício, outras provas, não levadas aos autos pelas partes, no atual *caput* do artigo 156.

E, mais, a nova redação do art. 156, I, do mesmo diploma processual, permitiu ao juiz ordenar a produção de provas antes mesmo de iniciada a ação penal. Tal dispositivo trouxe inquietações e questionamentos em toda doutrina, uma vez que reforça em nosso ordenamento o sistema inquisitivo.

Antes de entrarmos em tal debate, vale mencionar que a mesma Lei 11.690/2008, contraditoriamente, também trouxe em seu art. 212, uma aproximação maior com o sistema acusatório “*adversarial system*”, em que possibilita que as perguntas dirigidas às testemunhas sejam feitas diretamente pelas partes (*cross-examination*), podendo, contudo, o juiz indeferir as inadequadas.

Dessa forma, estabelece-se uma nítida divisão dos papéis a serem desempenhados pelas partes, exigindo um juiz distante da persecução penal e dos atos probatórios de ofício.

Assim, em contrapartida, a nova redação do art. 156 do CPP, configurou, respeitadas posições em contrário, um enorme retrocesso e vinculação a uma formatação autoritária, discricionária e assim, inquisitiva, como se verá.

A grande maioria dos doutrinadores que já se manifestou sobre tal modificação introduzida pela nova lei, defende veementemente sua inconstitucionalidade através de vários argumentos que serão analisados a seguir.

Dispõe o novo art.156 do CPP: “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 (...)”

Primeiramente cumpre observar que o referido dispositivo dispõe sobre o ônus da prova no processo penal. *Ônus* de provar não se confunde com *dever* de provar. Quem tem



o *dever* de provar e não o faz, está sujeito a uma sanção prevista em lei, por isso traz sempre a noção de obrigatoriedade.

Já o *ônus* encerra uma noção de faculdade, ficando a critério da parte seu cumprimento. No entanto, quem não observa tal ônus pode ficar prejudicado em virtude de não obter a vantagem que poderia caso tivesse atuado.

No processo penal assim como no processo civil, o ônus da prova incumbe sempre a quem faz a alegação, no entanto, uma das principais diferenças entre os dois procedimentos reside no fato de atribuir-se ao juiz, no processo penal, a possibilidade de agir de ofício, em homenagem ao princípio da busca da verdade real. Assim, retira-se do juiz a mera posição de intermediador no processo.

Assim, podemos dizer que a posição de inércia, frequente no processo civil, onde vigora a máxima *ne procedat ex officio*, não é admitido no processo penal. Isto se dá pelo fato de o direito criminal sempre lidar com direitos supremos da pessoa, como o direito à liberdade, não devendo, assim, o juiz se posicionar como mero expectador, mas atuando mais intensivamente, suprimindo omissões, resguardando direitos fundamentais, pesquisando os fatos, a fim de que se chegue o mais perto possível da verdade real.

No entanto, o magistrado deve ser extremamente cauteloso em sua atuação para que não viole a imparcialidade e faça pré-julgamentos, assumindo posição de parte, acusando ou defendendo.

Assim sendo, analisaremos a seguir as posições dos mais ilustres doutrinadores a respeito da inovação trazida pela Lei 11.690/08, que conforme se observará trouxe muita discussão a cerca de sua constitucionalidade.

O modelo de gestão da prova, de ofício, pelo juiz, assumido e ampliado pela nova redação do art. 156 do CPP, obriga o juiz a contracenar com os demais atores do processo, trocando posições, identificando-se com eles.

Com isso, afasta-se da posição imparcial e equidistante que deve ter no processo. Deixa de ser o juiz para ser parte que tem o poder de dizer a verdade que tanto buscou e que finalmente encontrou para o bem da sociedade.

Um magistrado que detenha a gestão da prova não presume que o réu seja inocente, conforme determina a Constituição. De acordo com Prado (2001) autorizar diligências de ofício, prisões cautelares, perícias e outros tipos de prova, retira o caráter equidistante do julgador, surgindo opção valorativa prévia que prejudicará, com máxima certeza, a legitimidade da decisão.

Assim, não haveria como afastar a conclusão a respeito da inconstitucionalidade das posturas probatórias de ofício na forma como resultou a nova redação do art. 156 do CPP, mais consentânea com uma formatação inquisitiva e antidemocrática de processo.

Grandinetti (2009) leciona que a gestão da prova pelo julgador, de ofício, torna ilegítimo o processo penal, fere o contraditório, a Constituição da República e consolida o risco concreto de opções arbitrárias, além de permitir a fusão, em um círculo concêntrico, da ação e jurisdição, elementos estanques e distintos.

Aduz o autor que a atribuir a gestão da prova, tal como autoriza o art.156 do CPP é inconstitucional, por violar o princípio da presunção constitucional de inocência e o sistema acusatório, cujos princípios reitores são extraídos da própria Constituição.

Gomes (2008), por sua vez, ressalta que a maior perplexidade está contida no inciso I do referido artigo, que autoriza o juiz, *sponte própria*, ordenar a produção antecipada de provas, “mesmo antes de iniciada a ação penal”.

Comenta o autor que apesar de o legislador ter cercado de cautela essa faculdade, determinando que o magistrado observe “a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”, agiu mal ao permitir tal produção de prova antes mesmo de

iniciada a ação penal. Isso porque tal permissão acaba por transformar o juiz em delegado de polícia e promotor de justiça, já que ordena a produção de prova extrajudicialmente, antes de deflagrada a ação penal.

Não podemos esquecer que incumbe ao Ministério Público requisitar a produção de provas na fase do inquérito policial, a luz do disposto no art. 129, I da Constituição Federal que garante ao *Parquet* a titularidade exclusiva da ação penal pública. Exclusividade que foi reforçada pela nova redação do art. 257 do CPP, conferida pela Lei 11.719/08 quando dispõe que ao Ministério Público cabe promover, privativamente a ação penal pública na forma estabelecida pelo referido diploma processual.

Por ser tal modificação muito recente, não há ainda posicionamento da jurisprudência acerca do tema.

No entanto, podemos trazer uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal (ADI 1570-DF, *RTJ* 192/838, Rel. Mauricio Corrêa) que declarou a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.034/95 (Lei de combate ao crime organizado), na parte que conferia ao magistrado a possibilidade de, pessoalmente, realizar diligência que redundasse em acesso a dados de natureza fiscal e eleitoral. O ilustre Ministro relator Maurício Corrêa afirmou que a norma objeto da impugnação deslocaria o juiz de sua posição imparcial, transformando-o em coletor de provas, realizando pessoalmente diligências.

Advertiu o Ministro que a formação da prova cabe ao Ministério Público, titular da ação penal e concluiu que o que seria o mais grave é a possibilidade de o próprio magistrado que realiza a diligência utilizar-se da prova que produziu como elemento valorativo de sua convicção final.

Realmente, percebemos que tal orientação visa preservar a imparcialidade do magistrado, uma vez que no sistema acusatório é sempre perigoso deferir ao juiz a iniciativa de medidas persecutórias.

Moreira (2001) argumenta que não se pode admitir que uma mesma pessoa (o juiz), possa avaliar como necessário um ato de instrução e ao mesmo tempo valorar sua legalidade. Para o autor são incompatíveis as funções de investigar e ao mesmo tempo garantir o respeito aos direitos do imputado.

Afirma Moreira: (2001, p. 139) “Não pode ser pensado que uma mesma pessoa se transforme em um investigador eficiente e um guardião zeloso da segurança individual. O bom inquisitor mata o bom juiz ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisitor”.

Mendonça (2008) esclarece que é possível sim a realização da prova antecipada, antes ou após o início da ação penal. No entanto, para que isso seja possível, elenca o autor dois pressupostos necessários: 1 – a relevância da prova, que se traduz no *fumus boni iuris* e 2 – a urgência de sua produção, que seria o *periculum in mora*.

Comenta o autor que deve ser importante a prova para o deslinde da causa e no caso de produção probatória anterior ao processo, deve o magistrado verificar a efetiva viabilidade de instrução futura. Obviamente que essa análise da viabilidade deve ser em cognição superficial, não profunda, como é típico das medidas de urgência.

A urgência, por sua vez, caracteriza-se pelo risco de desaparecimento da prova, caso, por exemplo de uma testemunha enferma. Conclui o autor que o magistrado deve sempre observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para sopesar se tal prova é mesmo necessária.

Zilli (2008, p. 2), que minoritariamente concorda com a atividade instrutória judicial, justificando-a como condição indispensável para a adequada e justa prestação jurisdicional e para a composição dos interesses públicos contrastantes que permeiam o processo penal, não poupa críticas ao legislador, quando diz: “Indesejado, entretanto, é o poder inserto no inciso I do artigo 156 o qual permite a determinação, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, da produção de provas antecipadas.”

Aduz que a previsão, se mal conduzida, pode levar o juiz ao perigoso terreno da atuação investigatória subvertendo-se, assim, o sentido de um processo penal de matriz acusatória.

#### 4.1 O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL E O SISTEMA ACUSATÓRIO

A alteração trazida pela Lei 11.690/08 no art. 156 do CPP foi fundamentada na busca de maior celeridade processual e na busca da “verdade real”. No entanto, é exatamente no que toca à busca da verdade real que percebemos o descompasso entre o sistema constitucionalmente previsto (acusatório) e o que vem sendo readotado em nosso diploma processual (inquisitivo).

Isso porque o sistema de colheitas de provas introduzido é um exemplo dos poderes persecutórios dados ao juiz de forma indireta, com a quebra da acusatoriedade. A verdade processual cede sempre lugar ao autoritário argumento da verdade material, em busca da qual muitas regras de imparcialidade são quebradas.

Choukr (1999) assevera que o modelo acusatório, além do afastamento do juiz da atividade preparatória da ação penal, impõe uma nova forma de atuar o Estado-juiz em relação ao tema da instrução probatória, porquanto o modelo acusatório, nada mais é do que uma opção política direcionada para um Estado democrático e de direito, tendo como uma de suas conseqüências diretas um novo mapeamento de interesses e valores para o aparato instrumental penal.

Oliveira (2005) enfatiza que o sistema de garantias individuais instituído no artigo 5.º, da Constituição Federal, bem como pelos diversos documentos internacionais afirmativos de direitos permite um redimensionamento do modelo do Código de Processo Penal, de tal modo que o aludido princípio, "batizado como da verdade real", não tem mais o

condão de autorizar uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação).

Além dessa questão, afeta ao sistema acusatório, a maior amplitude de atuação do juiz pode sim resultar em ferimento à sua imparcialidade, como já sustentado anteriormente.

Também adepto desse posicionamento, Oliveira (2005) acrescenta que essa imparcialidade não se refere unicamente à ausência de interferências externas, como ocorre nos casos de impedimento, suspeição e incompatibilidade (CPP, arts. 112, 252 e 253), mas também no que tange à atuação concreta do juiz na causa, de modo a impedir que este adote postura tipicamente acusatória no processo, quando, por exemplo, entender deficiente a atividade desenvolvida pelo Ministério Público, para que não sejam violados os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa e, notadamente, a isonomia processual.

#### **4 – CONCLUSÃO**

Não há dúvidas de que a Lei nº 11.690/08 trouxe relevantes avanços no que tange à matéria probatória no processo penal, como por exemplo, a inquirição direta da testemunha pelas partes, chamado de sistema do “*cross-examination*” e o desentranhamento das provas ilícitas.

No entanto, quanto à previsão da possibilidade da produção de provas pelo magistrado de ofício, mesmo na fase administrativa, contida no art.156, I, parece que a inovação rompe mesmo com o modelo acusatório, em que cada um tem suas atribuições bem delineadas.

As perplexidades trazidas pela doutrina demonstram que é impossível ao juiz determinar de ofício a realização de prova antes do início do processo, sob pena de violação

do sistema acusatório e dos princípios da inércia e do devido processo legal, em virtude da mácula da imparcialidade do julgador.

Assim, podemos dizer que estamos diante de um retrocesso, verdadeiramente inconstitucional, por se tratar de um retorno ao juiz inquisitivo. É um caminhar na contramão da história em que ganha força a figura do “juiz instrutor”, prevista, como vimos, em países como Espanha e Argentina.

Justificável e necessário, portanto, o estabelecimento de limites à atividade instrutória do juiz, no âmbito do processo penal, levando-se em conta que a Constituição Federal apontou novos rumos para esse ramo da ciência jurídica. Essa limitação visa não apenas a preservar-lhe a imparcialidade, mas, notadamente, por imperativo do sistema acusatório adotado pela Carta Magna.

Além de deferir ao juiz a produção antecipada de prova, também andou mal o legislador em não disciplinar o procedimento a ser seguido nessa hipótese. Por isso, as discussões sobre o tema não terão fim próximo.

O que devemos esperar dos magistrados, enquanto não solucionadas as controvérsias, é que preservem sempre as garantias individuais do réu, conservando a igualdade entre as partes, já que imprescindível a paridade de armas no processo penal para a manutenção da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal à luz da Constituição*, Bauru: Edipro, 1999

LOPES Jr., Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GOMES, Luiz Flavio. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2008.

GRANDINETTI, Luis Gustavo. *Por que o juiz não deve produzir provas – A nova redação do art.156 do CPP (Lei 11.690/08)*. Boletim do IBCCRIM. Ano 16, nº. 190. Setembro/2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. *Ministério Público e inquérito policial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. V.19, RT, 1999.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A reforma do Código de Processo Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. V.36, RT, 2001

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2004.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PRADO Geraldo. *Direito Processual Penal*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. *Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZILLI, Marcos. *O pomar e as pragas*. In. *Boletim do IBCCRIM*, ano 16, n. 188, julho 2008.