



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Sistema Processual Penal Constitucional Brasileiro e o Poder Persecutório do Juiz:  
Uma Análise Crítica ao Artigo 156 do Código de Processo Penal

Elza Monteiro Stille

Rio de Janeiro  
2015

ELZA MONTEIRO STILLE

**Sistema Processual Penal Constitucional Brasileiro e o Poder Persecutório do Juiz:  
Uma Análise Crítica ao Artigo 156 do Código de Processo Penal**

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Guilherme Sandoval

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro

2015

## **SISTEMA PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O PODER PERSECUTÓRIO DO JUIZ: UMA ANÁLISE CRÍTICA AO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Elza Monteiro Stille

Graduada pelo Centro Universitário La Salle do Rio de Janeiro - Unilasalle. Advogada.

**Resumo:** A Constituição de 1988 adotou o sistema processual penal acusatório, além de consagrar direitos e garantias fundamentais do indivíduo, contudo, a legislação infraconstitucional apresenta resquícios do sistema inquisitivo, o que provoca uma inconformidade constitucional. Nesse diapasão, é essencial a análise dos princípios constitucionais e infraconstitucionais de maior relevância para o tema proposto, como a imparcialidade do julgar, fundamentação das decisões judiciais e presunção de inocência. Ademais, o sistema de provas adotado pelo ordenamento jurídico pátrio preceitua o princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional, de forma a relativizar o valor das provas. Assim, a essência do trabalho é demonstrar o sistema processual penal adotado pela Magna Carta e sua incompatibilidade com a legislação infraconstitucional que confere poderes persecutórios ao juiz.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Sistema Processual Penal. Poder Persecutório.

**Sumário:** Introdução. 1. Sistema processual penal constitucional brasileiro e o papel do juiz na instrução criminal. 2. A prova no processo penal. 3. Análise crítica ao artigo 156 do Código de Processo Penal. Conclusão. Referências.

### **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar o papel do juiz em relação à gestão da prova no processo penal, uma vez que o Código de Processo Penal conferiu poderes persecutórios ao juiz que não são compatíveis com princípios constitucionais.

Com o advento da Constituição de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito, foi imposta uma nova forma de aplicação do direito, de modo que o operador do direito deve promover as garantias fundamentais estatuídas na Magna Carta.

Dessa forma, o Código de Processo Penal deve ser interpretado de forma vinculada ao texto constitucional. Assim, é possível constatar que o ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema processual penal acusatório.

Consequentemente, é necessário analisar a gestão da prova no processo penal, ou seja, qual sistema foi adotado pelo Brasil, o que representa ponto norteador para a função do magistrado.

Ademais, o mito da verdade real está relacionado à estrutura do sistema inquisitório, com a busca da verdade a qualquer custo, assim, o processo penal deve superar este mito e buscar a verdade processual, formal, compatível com o sistema acusatório.

Outrossim, os princípios constitucionais relacionados ao processo penal, como: legalidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e a presunção de inocência são de extrema importância para se estabelecer um quadro comparativo com as normas infraconstitucionais, como o Código de Processo Penal.

Assim, imperiosa a análise crítica ao artigo 156, do Código de Processo Penal, que conferiu poderes instrutórios, persecutórios ao juiz, demonstrando adoção ao princípio inquisitivo e, conseqüentemente, violação ao sistema processual penal acusatório, adotado pela Constituição de 1988.

Desta forma, o presente estudo apresenta relevância social e jurisdicional, uma vez que promove uma discussão sobre os direitos e garantias estatuídos na Magna Carta de 1988 e a atuação do magistrado, com base no Código de Processo de Penal.

## **1. SISTEMA PROCESSUAL PENAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E O PAPEL DO JUIZ NA INSTRUÇÃO CRIMINAL**

A partir de uma análise epistemológica do processo penal emergem dois modelos de sistemas processuais penais: inquisitorial, anti-garantista, e acusatorial (garantista).

Primeiramente, será feita uma breve análise do sistema inquisitório, que predominou historicamente até finais do século XVIII, em países de maior repressão, marcados pelo absolutismo e autoritarismo.

O sistema inquisitório ganhou força na época do Império, quando se criou a ideia de que deixar a persecução penal nas mãos de particulares comprometia a eficácia do combate à criminalidade. Assim, criou-se o entendimento de que o Estado deveria exercer este papel, de forma que o mesmo órgão exerceria as funções que, hoje em dia, competem ao Ministério Público e ao Juiz.<sup>1</sup>

Nesse sistema inquisitório o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia provocação, recolhendo material probatório que vai utilizar para seu convencimento, ou seja, o magistrado realiza pessoalmente a investigação em busca de provas para proferir a sentença.

---

<sup>1</sup> LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamento da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 157.

Contudo, a origem do sistema acusatório remete ao Direito grego onde existia participação do povo no exercício do direito de punir, conforme o modelo de democracia formulado à época. Ademais, vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves (qualquer pessoa podia acusar) e de acusação provada para os delitos menos graves<sup>2</sup>.

Ademais, a Revolução Francesa de 1789 foi um marco histórico para o sistema acusatório, uma vez que consagrava a valorização do ser humano, de forma afastar os ideais inquisitoriais decorrentes da época do Império.

Assim, o sistema acusatório presente no processo penal moderno apresenta como principais características a distinção das atividades de acusar e julgar; iniciativa probatória das partes; juiz imparcial; publicidade dos atos processuais; contraditório e ampla defesa; e possibilidade de impugnar decisões e o duplo grau de jurisdição<sup>3</sup>.

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988 e a instituição do Estado Democrático de Direito, foi imposta uma nova forma de aplicação do direito, de modo que o operador do direito deve promover os direitos e garantias fundamentais estatuídos na Magna Carta.

Importante destacar que o Código de Processo Penal foi criado tendo como inspiração a legislação fascista italiana, na década de 1930, o que explica a base notoriamente autoritária de suas normas.

Doutrinariamente, existe entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio adotou o sistema acusatório não puro ou sistema misto, que apresenta resquícios de inquisitorialidade, como: o inquérito policial ser regido pela inquisitorialidade, não há contraditório e ampla defesa, além de que diversos atos conferidos ao juiz, na verdade deveriam competir as partes.

Segundo Paulo Rangel<sup>4</sup>:

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto da investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam no inquérito policial são verdadeiros

Contudo, cumpre ressaltar algumas críticas sobre essa classificação: primeiramente, afirmar que o sistema não é puro significa que o doutrinador não afirmou o nome do sistema. Ademais, à luz da teoria do conhecimento, deve-se avaliar o sistema processual penal adotado

---

<sup>2</sup> Ibid., p. 153.

<sup>3</sup> Ibid., p. 155.

<sup>4</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

pelo ordenamento jurídico pátrio, através da Constituição e não dos resquícios de inquisitorialidade presentes em normas infraconstitucionais, como o Código de Processo Penal.

Assim, conclui-se que o Brasil adotou o sistema processual penal acusatório puro, pois a Magna Carta instituiu diversos direitos e garantias fundamentais inerentes àquele modelo processual, como: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz, dentre outros.

Neste contexto leciona Geraldo Prado<sup>5</sup>:

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção da inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por um juiz competente e imparcial, pois que excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do princípio acusatório, chegaremos a conclusão que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade do processo (...) e a publicidade, concluiremos que filiou-se, sem dizer, ao sistema acusatório.

Em relação ao papel do juiz na instrução criminal, importante destacar o princípio do juiz natural, previsto no art. 5º, XXXVII e LIII, da CRFB/88, do qual se extrai que apenas o juiz legalmente instituído no cargo pode exercer a jurisdição, sendo vedada a criação de juízos ou tribunais de exceção.

Outrossim, o acusado de ter praticado algum crime tem o direito de saber que autoridade irá processá-lo, bem como quem irá julgá-lo. Assim, é possível correlacionar o princípio do juiz natural com o princípio da identidade física do julgador, previsto no art. 399, §2º, do Código de Processo Penal. Neste contexto, exige-se que o mesmo juiz que realizou a instrução julgue o processo, uma vez que teve contato com os elementos de prova, o que o torna mais apto a proferir uma decisão justa.

Ademais, o princípio do devido processo legal é de suma importância, pois consagra a necessidade de se observar os direitos e garantias fundamentais das partes envolvidas no processo, principalmente do acusado, que não será privado de sua liberdade sem o devido processo legal, art. 5º, LIV, da CRFB/88.

De acordo com o princípio da correlação entre acusação e sentença, o juiz deve se pronunciar sobre o que foi requerido na denúncia. Contudo, o juiz não fica atrelado à

---

<sup>5</sup> PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p.171.

classificação legal dada pelo promotor, pois o acusado não se defende da tipificação legal, mas sim dos fatos contidos na denúncia.

O juiz também apresenta garantias relacionadas à sua formação e função, como independência, imparcialidade e responsabilidade. É relevante destacar que a imparcialidade, característica do sistema acusatório, muitas vezes não é respeitada, uma vez que são conferidos poderes instrutórios ao juiz em busca de uma “verdade real”.

A imparcialidade está relacionada a posição de terceiro que o juiz deve ocupar no processo, ou seja, deve estar alheio aos interesses das partes. Dessa forma, o juiz deve ter conhecimento do que está nos autos do processo, que será a verdade formal ou verdade processual dos fatos.

Outro importante princípio presente no ordenamento jurídico é o da fundamentação das decisões judiciais, ou seja, é fundamental que as decisões judiciais sejam suficientemente fundamentadas e motivadas, conforme art. 93, IX, CRFB/88.

Assim, pode-se entender que, a motivação das decisões tem como objetivo explicar o porquê da decisão, sendo feita uma análise do raciocínio utilizado pelo magistrado na valoração das provas. Ademais, a decisão deve demonstrar provas suficientes para derrubar o princípio da presunção de inocência

Conclui Aury Lopes Jr.<sup>6</sup>:

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, e seu fundamento é unicamente a intangibilidade dos direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial

Assim, com o advento do Estado Democrático de Direito o juiz deve atuar no processo penal como garantidor dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, consagrando os princípios da imparcialidade, devido processo legal, motivação das decisões judiciais, dentre outros previstos na legislação pátria.

## **2. A PROVA NO PROCESSO PENAL**

O processo penal apresenta uma finalidade retrospectiva, ou seja, visa reconstruir determinado fato concreto de forma que o magistrado tenha um conhecimento aproximado do

---

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 159.

ocorrido. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará a reconstrução do fato passado, crime.<sup>7</sup>

Assim, após a análise das provas o magistrado exercerá uma atividade cognitiva dos fatos para que, posteriormente, possa exteriorizar seu convencimento na sentença, condenatória ou absolutória.

Por oportuno, cumpre salientar que a gestão da prova estrutura o processo penal e está diretamente relacionada ao sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, ensina Jacinto Coutinho<sup>8</sup> que o princípio dispositivo é norteador do sistema acusatório, pois preceitua que a gestão da prova está nas mãos das partes. Outrossim, o princípio inquisitivo é fundamento do sistema inquisitivo e estipula que a gestão da prova está nas mãos do julgador.

Contudo, já foi destacado anteriormente que, na doutrina há entendimento no sentido do ordenamento jurídico pátrio ter adotado um sistema misto, que mescla o sistema acusatório e sistema inquisitivo. Neste sentido leciona Guilherme de Souza Nucci<sup>9</sup>:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registre-se desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva.

Nessa linha de raciocínio, Nestor Távora<sup>10</sup> sustenta que o sistema processual penal adotado pelo Brasil apresenta natureza mista. Portanto, coexistem normas de cunho acusatório e inquisitório, o que gera um sistema misto de gestão de provas.

Em relação a evolução histórica das provas penais, no sistema legal de provas existia uma valoração hierarquizada, a lei previa o valor da prova, de forma que a confissão era considerada prova absoluta. Assim, o magistrado não tinha a possibilidade de analisar e valorar a prova de acordo com o caso concreto, pois a lei limitava sua atuação.

O princípio da íntima convicção do magistrado rompe o sistema legal de provas, pois permite que o magistrado avalie as provas, sem a necessidade fundamentar suas decisões.

---

<sup>7</sup> Ibid., p.549.

<sup>8</sup> COUTINHO *apud* LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 553.

<sup>9</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 126.

<sup>10</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 13.

Trata-se de uma discricionariedade exacerbada, pois a motivação das decisões judiciais é essencial para um processo penal justo. Destaca-se que, a intima convicção ainda é aplicada no Tribunal do Júri, onde os jurados não precisam fundamentar suas decisões.

Ato contínuo, um sistema intermediário emerge com fundamento no princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional, sendo essencial a fundamentação das decisões judiciais, conforme art. 157 do CPP. Outrossim, ocorre uma relativização do valor probatório, devendo o julgador avaliar todo lastro probatório reunido no curso do processo, para se manifestar de forma motivada, o que caracteriza um sistema processual penal acusatório.

Importante destacar que existem diferenças entre atos de prova e atos de investigação. Desta forma, os atos de investigação são aqueles produzidos na fase pré-processual, na investigação preliminar, sendo dispensada a observância dos princípios do contraditório e da publicidade. Ademais, tem como finalidade a formação da *opinio delicti* do Ministério Público.

Os atos de prova são produzidos na fase processual, com apreciação dos princípios do contraditório e da publicidade, bem como do devido processo legal. Assim, os atos de prova servem à sentença, de maneira que visam formar a convicção do juiz para o julgamento final.<sup>11</sup>

Como já destacado, as provas servem para reconstruir a história, um fato, sendo que é da essência humana o interesse pela verdade, pela realidade, de maneira que as legislações mais remotas já apresentavam manifestações sobre o desejo do homem em busca da verdade.

Cumprido destacar que, a busca pela verdade terá como base as regras definidas no ordenamento jurídico de cada sociedade. Assim, será de extrema importância distinguir verdade real de verdade processual.

Sobre o mito da verdade real leciona Aury Lopes Junior<sup>12</sup>:

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

---

<sup>11</sup> LOPES JR., op. cit., 2014, p. 560.

<sup>12</sup> Idem, 2010, p. 260.

Dessa forma, a origem da verdade real está intrínseca na inquirição, e é usada para justificar os atos abusivos do Estado, como por exemplo, permitir que o juiz de ofício atue na investigação e na instrução probatória.

O princípio da verdade real preceitua que o juiz deve proferir a sentença conhecendo a verdade real dos fatos, ou seja, conhecendo a relação jurídica material. Ocorre que, a tutela da imparcialidade veda o conhecimento da relação material, assim, o juiz deve ter conhecimento do que está nos autos do processo, que será a verdade formal ou verdade processual dos fatos.

Ademais, para jusfilosofia o nome mais adequado para o referido princípio seria: certeza possível da ocorrência do fato. Assim, para uma eventual condenação o juiz deve ter certeza da ocorrência do fato, e caso tenha certeza da inocência ou dúvida deve absolver, com base no princípio do *in dubio pro reo*.

Deve-se compreender que o processo é um instrumento de reconstrução histórica de um fato, apresentando no mínimo duas versões diferentes, e cabe ao magistrado optar por aquela que creia ser mais verossímil, baseando sua decisão nas provas produzidas de forma legítima pelas partes.

Sobre o assunto preceitua Luigi Ferrajoli<sup>13</sup> que uma eventual condenação deve ser respaldada pela verdade processual, sendo essa meramente aproximativa:

A verdade de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos. Para expressar esta relatividade da verdade, alcançada em cada ocasião, pode-se muito bem usar a noção sugerida por Popper de “aproximação” ou ‘acercamento’ da verdade objetiva, entendida como um modelo ou uma “ideia reguladora” que “somos incapazes de igualar”, mas da qual podemos nos aproximar, sob a condição, não obstante, de que não se associem a tal noção conotações desorientadoras de tipo ontológico ou espacial, mas apenas o papel de um princípio regulador que nos permita asseverar que uma tese ou uma teoria é mais plausível ou mais aproximativamente verdadeira e, portanto, preferível a outras por causa de seu maior poder de explicação e dos controles mais numerosos a que foi submetida com sucesso.

Ao analisar direito de produzir provas, é imperioso destacar que a Constituição no art. 5º impõe algumas limitações, como a inviolabilidade de domicílio, sigilo das

---

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.42.

correspondências, bem como a inadmissibilidade das provas produzidas e obtidas por meios ilícitos (art. 5º, XI, XII e LVI, da CRFB/88).

A Lei n. 11.690/2008 alterou o CPP, pois inseriu o tratamento da prova ilícita, dispondo o art. 157, *verbis*: “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.” Contudo, cumpre destacar que prova ilegal é o gênero, do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilícita. Assim, a prova é ilegítima quando ocorre violação a uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. Já a prova ilícita é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento de sua coleta, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre exterior a este.<sup>14</sup>

A distinção é relevante pois as provas ilícitas não são passíveis de repetição, já que o vício ocorreu no momento de sua obtenção, diferente das provas ilegítimas em que há possibilidade de repetição do ato.

Ademais, existem teorias sobre a admissibilidade das provas ilícitas. Para uma primeira corrente, as provas ilícitas podem ser admitidas desde que não haja vedação pelo ordenamento processual. Outra linha de raciocínio sustenta a inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas, tendo em vista a interpretação literal do art. 5º, LVI, da CRFB/88. Por fim, uma terceira corrente, a prova ilícita poderia ser admitida em algumas hipóteses, em razão de relevante interesse público a ser protegido.<sup>15</sup>

Neste sentido, explica Vicente Greco Filho<sup>16</sup>:

Uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal.

Assim, a prova ilícita pode ser admitida, excepcionalmente, no processo penal para beneficiar o réu, jamais para prejudica-lo. Por conseguinte, a prova ilícita que embasou a absolvição do acusado não pode ser usada contra terceiro, uma vez que permanece ilícita.

Outrossim, de acordo com art. 157, §1º, do CPP, são inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, que devem ser desentranhas e inutilizadas. Contudo, se não ficar demonstrado nexo de causalidade entre elas ou se as provas derivadas puderem ser colhidas por uma fonte independente, estas serão plenamente admitidas no processo.

---

<sup>14</sup> LOPES JR., op. cit., 2014, p. 608.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 610-611.

<sup>16</sup> GRECO FILHO *apud* LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 612.

### 3. ANÁLISE CRÍTICA AO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Após a análise dos sistemas processuais penais, bem como da gestão da prova no processo penal, é imperioso examinar a norma prevista no art. 156, do CPP, para constatar a sua eventual compatibilidade com a Magna Carta de 1988.

Dispõe o art. 156, do CPP<sup>17</sup>, *verbis*:

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

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

A Lei nº 11.690 de 2008, conferiu nova redação a norma do art. 156, do CPP, de maneira que o juiz ganhou poderes investigatórios e instrutórios, pois tem a faculdade de ordenar, antes mesmo da ação penal, a produção antecipada de provas. Ademais, poderá o magistrado determinar, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, a realização de diligência para dirimir dúvida.

O mencionado dispositivo foi objeto de diversos debates doutrinários, tendo em vista que ao conferir plenos poderes instrutórios ao juiz se estaria violando o sistema acusatório e o princípio da imparcialidade do juiz. Contudo, a jurisprudência dos tribunais entende ser cabível esta atividade pelo magistrado.

Ressalte a crítica elaborada por Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>18</sup>:

De mesmo modo, não se pode deixar de criticar e, mais que isso, de rejeitar validade à novidade trazida com a lei 11.690/08, que, alterando o disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, permite ao juiz, de ofício, *ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes*. Ora, não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício de função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que julgará. Violação patente – e recente – do sistema acusatório.

<sup>17</sup> BRASIL. Código de Processo Penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

Com o advento do Estado Democrático de Direito o juiz assumiu uma nova posição no processo, assim, deve atuar como garantidor dos direitos e garantias do acusado, de forma a controlar a legalidade dos atos praticados.

Estabelecidas tais premissas, mister se faz ressaltar o princípio da imparcialidade do juiz, imprescindível para existência de um processo penal justo. Ademais, imparcialidade não se confunde com neutralidade, pois não existe juiz neutro.

O art. 156, I, do CPP, ao permitir que o juiz ordene na fase pré-processual a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, remonta a ideia de um juiz inquisidor, que atua de ofício na produção de provas. Entretanto, o inquérito policial deve ser desenvolvido e concluído sem a interferência do magistrado, uma vez que a polícia judiciária é o órgão encarregado da investigação.

Contudo, segundo José Roberto dos Santos Bedaque<sup>19</sup> a ampliação dos poderes instrutórios ao juiz não significa a quebra do princípio da imparcialidade, uma vez que a atividade probatória deste não tem condão de favorecer esta ou aquela parte, já que quando o magistrado determina a realização da prova não tem como prevê o seu resultado, e a quem irá beneficiar.

Outrossim, o art. 156, II, do CPP, permite que o juiz no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, determine a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. A doutrina garantista entende que tal previsão legal viola o princípio da imparcialidade do julgador, ou seja, este não deve interferir na atividade probatória, que deve se concentrar em poderes das partes.

Com efeito aduz Aury Lopes Junior<sup>20</sup>:

Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhando um processo inquisitório.

Assim, todo ideal de imparcialidade do julgador é defasado quando se atribui poderes instrutórios ou investigatórios ao juiz, o que demonstra nítida violação ao sistema acusatório adotado pela CRFB/88.

---

<sup>19</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 80.

<sup>20</sup> LOPES JR., op. cit., 2009, p.76.

Nesse diapasão, a imparcialidade do julgador é uma garantia do sistema acusatório, de modo que deve haver separação das funções de acusar e julgar, bem como o afastamento do magistrado da atividade investigatória e instrutória.

Destaca-se que mais uma vez a existente contradição entre o princípio acusatório de natureza constitucional e o inquisitório, presente na legislação infraconstitucional, mesmo após as reformas legislativas pós Constituição de 1988.

Ademais, a discussão sobre os poderes investigatórios e instrutórios do juiz não se limita ao art. 156 do Código de Processo Penal, vale ressaltar o art. 311 do mesmo diploma que permite ao juiz de ofício decretar a prisão preventiva, no curso da investigação ou do processo judicial.

Neste sentido, a atual Magna Carta inovou em vários aspectos, e elevou o direito processual penal ao nível de guardião da liberdade individual, de maneira que a presunção de inocência deve ser vislumbrada como princípio reitor do processo penal, art. 5º, LVII, da CRFB/88.

Destaca-se que, no momento em que o juiz parte à procura de provas ele está assumindo a posição de uma das partes, sendo que, havendo dúvida sobre a materialidade ou autoria do crime deve o magistrado absolver, e não atuar como órgão inquisidor em busca de provas para uma eventual condenação.

Ressalta Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>21</sup>:

Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou *estado* ou *situação jurídica* de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e a outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ela alegada.

Fica claro, portanto, que a presunção de inocência deve ser maximizada em todas as suas nuances, especialmente em relação à carga da prova e às regras de tratamento do imputado. Assim, este princípio assegura todas as garantias inerentes ao devido processo legal.

---

<sup>21</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 37.

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal<sup>22</sup> no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1570 DF, manifestou entendimento de vedação da função de investigar por parte do juiz, cabendo está a polícia judiciária.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. ACÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUCÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE 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 105/0

1. 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 magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente 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.

Em que pese o referido julgado, em relação ao art. 156 do Código de Processo Penal o Supremo Tribunal Federal não se manifestou sobre sua eventual inconstitucionalidade.

Sobre o tema, preceitua Aury Lopes Junior<sup>23</sup> que respeitada a opção “acusatória” feita pela Constituição, são substancialmente inconstitucionais todos os artigos do CPP que atribuam poderes instrutórios e/ou investigatórios ao juiz. Somente desta forma, teremos um processo penal garantista, voltado para a tutela dos direitos fundamentais, em que a imparcialidade do julgador será assegurada formalmente e materialmente.

Por fim, cumpre salientar a título de curiosidade que o anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, projeto de Lei nº 156/2009, de autoria do Senador José Sarney, tem como objetivo proceder uma reforma global no CPP de 1941, ora vigente. Ademais, o referido anteprojeto apresenta como coordenador o Ministro Hamilton Carvalhido e como relator Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira.

De acordo com a exposição de motivos do referido anteprojeto, este visa elaborar um novo CPP a partir da ordem constitucional da Magna Carta de 1988, tendo em vista encontrar-

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1570 DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+1570%29&base=baseAcordoss&url=http://tinyurl.com/nfka9dg>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

<sup>23</sup> LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 79.

se o Código de Processo Penal de 1941 totalmente superado e convergente com a Constituição.

No Livro I, Título II, Capítulo II, artigos 14 a 17 do anteprojeto, há a figura do juiz de garantias, com a finalidade de consolidar o sistema acusatório estatuído pela Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, ressalta Jacinto Coutinho<sup>24</sup>, que se procura acabar com a sobreposição de funções entre o órgão jurisdicional e aquele acusador, prestigiando o sistema acusatório e, conseqüentemente, o princípio da imparcialidade do julgador, sendo certo de que o Juiz das Garantias não atua senão para controlar eventual invasão indevida na esfera dos direitos e garantias individuais.

O juiz que atua na fase investigatória, em regra, com ausência do contraditório, tem sua imparcialidade comprometida, o que irá influenciar no julgamento do mérito. Desta forma, com a criação do juiz das garantias procura-se garantir que a valoração probatória recairá apenas sobre os atos praticados na fase processual.

O anteprojeto deixa evidente que o órgão acusador é o destinatário do inquérito policial, para que forme sua *opinio delicti*, assim a investigação deve conter os elementos de convencimento positivo ou negativo. Destaca-se que, o juiz das garantias deverá atuar como fiscal do efetivo respeito aos prazos legais para persecução penal e garantidor dos direitos e garantias individuais do investigado, ratificando desta forma o sistema acusatório.

## **CONCLUSÃO:**

Em conclusão, é imprescindível fazer um apanhado geral dos assuntos que foram abordados no presente artigo, na medida em que diversos aspectos do sistema processual penal e da atuação do juiz foram tangenciados no decorrer da exposição.

Nesse contexto, cumpre destacar que a Constituição é norma suprema do ordenamento jurídico e por isso, as demais leis devem ser interpretadas e aplicadas conforme seus preceitos. Assim, tendo em vista que o presente artigo versa sobre o Código de Processo Penal, deve-se compreender que, as normas nele previstas devem estar de acordo com a Constituição, sob pena de serem consideradas inconstitucionais e, portanto, inaplicáveis.

---

<sup>24</sup> CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.); COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Novo Processo Penal á Luz da Constituição - Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009*, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 06.

A aplicação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem a relação processual penal, como: devido processo legal, presunção de inocência, imparcialidade do julgador e fundamentação das decisões judiciais são fundamentais para um processo justo, pois visam à proteção do indivíduo. Ademais, o estudo principiológico é essencial para análise do sistema processual penal adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

Em relação aos sistemas processuais penais, à luz da teoria do conhecimento, conclui-se que o Brasil adotou o sistema processual penal acusatório puro, que apresenta como característica a nítida distinção entre as atividades de julgar, acusar e defender. Outrossim, o sistema acusatório apresenta como núcleo fundante o princípio do dispositivo, pois a gestão da prova está nas mãos das partes, sendo o juiz um mero espectador.

Importante destacar que a “verdade real” no processo penal é característica do sistema inquisitório e que deve ser superada buscando-se a verdade formal, sendo esta meramente aproximativa, e produzida respeitadas as normas consagradas no ordenamento jurídico. Assim, o juiz deve ter conhecimento do que está nos autos do processo, e desta forma produzir uma decisão pautada no seu livre convencimento motivado.

Ademais, conclui-se que a ampliação dos poderes instrutórios conferidos ao juiz pelo art. 156 do Código de Processo Penal configura violação ao princípio da imparcialidade, e por consequência ao sistema acusatório, tendo em vista que cabe a parte que acusa produzir as provas necessárias, devendo o magistrado se manter inerte.

Por fim, foi feita exposição da figura do juiz das garantias, criada pelo anteprojeto de reforma do CPP, sendo possível concluir que este caminha para ratificar o sistema acusatório consagrado pela CRFB de 1988, já que define nitidamente as funções de acusar, julgar e defender, cabendo ao juiz o papel de garantidor dos direitos e garantias fundamentais do réu.

## **REFERÊNCIAS**

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1570 DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI+1570%29&base=baseAcordos&url=http://tinyurl.com/nfka9dg>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (Org.); COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Novo Processo Penal á Luz da Constituição - Análise Crítica do Projeto de Lei nº 156/2009*, do Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. 1. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamento da instrumentalidade constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2012.