



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Podere s Instrutórios do Magistrado à Luz do Princípio Acusatório

Jonathan Hugo Cortinas Marin

Rio de Janeiro
2015

JONATHAN HUGO CORTINAS MARIN

Poderes Instrutórios do Magistrado à Luz do Princípio Acusatório

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:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2015

PODERES INSTRUTÓRIOS DO MAGISTRADO À LUZ DO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO

Jonathan Hugo Cortinas Marin

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Serventuário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: o presente artigo aborda a controvérsia relativa à possibilidade de o juiz produzir provas de ofício no processo penal. Será realizada uma abordagem histórica e jurídica dos sistemas processuais penais existentes para concluir, definitivamente, que o sistema adotado, a partir da CRFB de 1988, foi o sistema acusatório. Diante dessa realidade de total separação dos atores processuais - acusação, defesa e julgador – não há espaço para atividade probatória do juiz sem violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e paridade de armas. Serão abordadas as principais discussões acerca da constitucionalidade do art. 156 do CPP, principalmente após edição da Lei nº 11690/2008, que ampliou os poderes instrutórios para a fase pré-processual, em clara violação ao sistema acusatório. Quanto à análise do instituto em questão, serão expostos os principais entendimentos da doutrina brasileira, já que pela atualidade do tema não há ainda jurisprudência relevante. O objetivo dessa análise é contribuir com o debate a fim de dar efetividade a um Processo Penal isonômico, com prevalência das garantias constitucionais dos indivíduos, no qual cabe ao julgador apenas conduzir o processo para que se chegue ao julgamento justo e adequado.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Princípio Acusatório. Vedação à Atividade Probatória do Magistrado à Luz do Sistema Processual Penal Adotado pela CRFB/88.

Sumário: Introdução. 1. Alterações Históricas e Aspectos Jurídicos da Função do Magistrado dentro do Processo Penal. 2. Verdade real x princípio da imparcialidade e da paridade de armas. 3. Filtragem constitucional dos dispositivos infraconstitucionais que permitem poderes instrutórios do juiz. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico apresenta a discussão e análise a respeito da necessidade de filtragem constitucional dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado pela legislação processual penal em total desconformidade com o sistema acusatório adotado pela nova ordem constitucional.

É certo que há relevante discussão doutrinária sobre o que define um sistema processual, na qual há vozes no sentido de que o Brasil adotou o sistema misto ou sistema acusatório na modalidade *adversarial system*, cuja gestão da prova pode ser compartilhada com o Juiz.

No entanto, não parece ser o entendimento do Constituinte de 1988, ao definir o Ministério Público como único órgão capaz de promover a ação penal pública incondicionada.

De outro lado, o Código de Processo Penal foi editado no período do Estado Novo, em que vigia um sistema político autócrata, no qual não havia respeito às liberdades públicas, como ocorre a partir da edição da Carta Magna de 1988. Portanto, não se pode concluir que houve a adoção de um sistema misto e sim a não recepção dos artigos 156 e 212 do Código de Processo Penal que conferem ampla liberdade de produção de prova ao magistrado.

No primeiro capítulo, será abordada toda a questão da controvérsia do sistema processual adotado pelo Constituinte de 1988, como distinção entre os sistemas processuais penais: o inquisitivo, o acusatório e o misto. Ainda, será realizado um panorama histórico da função do Ministério Público, bem como defender que ao conferir titularidade da ação penal pública ao Ministério Público, o legislador

constituinte quis, definitivamente, adotar o sistema acusatório, no qual cada órgão tem sua função bem delimitada, cabendo ao Juiz julgar segundo o estado do processo.

No segundo capítulo, enfrenta-se que a atividade probatória conferida ao Juiz nos artigos 156 e 212 do Código de Processo Penal conduz a quebra da imparcialidade, ainda que sob o pálio da busca da verdade real, reminiscência de um sistema inquisitivo, abandonado pela atual ordem constitucional. Ainda, tal situação vulnera a paridade de armas entre Acusação e Defesa, na medida em que o magistrado assume, na maioria das vezes, a posição de Juiz acusador, violando o princípio acusatório.

No terceiro capítulo, aborda-se a questão da necessidade da filtragem constitucional dos artigos que permitem a atividade instrutória do juiz, enfocando a sua não recepção pela atual ordem constitucional, defendendo a elaboração de um novo sistema normativo que afaste definitivamente a possibilidade de poderes instrutórios do magistrado, coadunando-se com o sistema processual penal acusatório.

Na conclusão, pretende-se prestigiar a necessidade de elaboração de leis processuais penais que se aproximem da vontade do legislador constituinte, bem como a necessidade de que haja um maior equilíbrio entre as partes no Processo Penal, a fim de que não se viole, além do princípio acusatório, os princípios da ampla defesa, da paridade de armas e da inércia do juiz que são muito valiosos, pois foram conquistados com muita discussão ideológica, e que não podem estar ausentes no processo penal, em que está em jogo o *status libertatis* do indivíduo.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa.

1. ALTERAÇÕES HISTÓRICAS E ASPECTOS JURÍDICOS DA FUNÇÃO DO MAGISTRADO DENTRO DO PROCESSO PENAL

Em primeiro lugar, é importante conceituar os Sistemas Processuais existentes, para que se possa inferir que, definitivamente, que a Constituição Republicana de 1988 adotou o sistema acusatório.

Quanto mais democrático o sistema político, maiores serão garantias e mais igualitária a atuação das partes no processo, enquanto que em um sistema ditatorial, as garantias serão menores e maior é o poder será conferido ao Estado-Juiz.

Importante frisar que o sistema processual consiste na reunião de diversos elementos pertinentes à persecução penal, relacionados coerentemente a partir de um princípio reitor, que conforma seu núcleo fundante¹.

Para Geraldo Prado, a estrutura processual seria um subsistema, uma vez que está contida no sistema judiciário, que, por sua vez, é espécie do sistema constitucional, derivado do sistema político, implementando-se, deste modo, “um complexo de relações sistêmicas que metaforicamente pode ser desenhado como de círculos concêntricos, em que aquele de maior diâmetro envolve o menor (...), contaminando-o e dirigindo-o com os princípios adotados na Lei Maior.”²

Assim, nos estados democráticos de direito é natural que o procedimento penal preveja que o acusado seja tratado com sujeito de direitos, como os previstos na Constituição, no seu artigo 5º, dentre outros assegurados: presunção de não-

¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p 46

² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 54-55

culpabilidade, do contraditório e da ampla defesa, imparcialidade do julgador e do devido processo legal.

O sistema acusatório relaciona-se à concepção de processo de partes, em que há uma nítida separação entre julgador e acusador, o qual se contrapõe ao acusado em igualdade de posições.³

Por outro lado, os modelos processuais vigentes em estruturas políticas totalitárias caracterizam-se pela concentração de poderes nas mãos de um único órgão, de modo que incumbe ao juiz-inquisidor as tarefas de perseguir, acusar e decidir, restando ao réu a condição de mero objeto de investigação.

A essas duas formas extremas de persecução penal correspondem, respectivamente, os sistemas acusatório e inquisitório.

Em momento posterior, da tentativa de fusão das características de ambos, surgiu um terceiro modelo processual penal, denominado misto.

Impõe-se, ainda, a observância do princípio da imparcialidade como norteador do sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico, “mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante.”⁴

Assim sendo, não pode haver coincidência subjetiva entre os órgãos de acusação e de julgamento, exigência que, nos tempos antigos, era respeitada com a assunção do poder de acusar por qualquer cidadão do povo. Nos dias atuais, tal atribuição foi delegada ao Ministério Público, que atua como órgão acusatório, independente do Judiciário, muito embora exerça parcela do Poder Estatal.

³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 102-103.

⁴ PRADO, op. cit., p. 108

No sistema acusatório, o réu é considerado sujeito de direitos, fazendo jus à possibilidade de resistir à acusação, razão pela qual impera aqui o princípio do contraditório material e não meramente formal, dando a ambas as partes iguais condições de exercício de suas faculdades processuais.

Por outro lado, o sistema inquisitório ou inquisitivo caracteriza-se pela concentração das funções de acusar, defender e julgar nas mãos de um único sujeito: o inquisidor. Nesse sistema, se minimizam ou ignoram os mais elementares direitos do acusado, o que denota o motivo por que o acusado é visto não como sujeito atuante e sim coadjuvante expectador do processo.

Sua principal meta é a busca da “verdade” a qualquer custo, não importando os modos utilizados para a consecução de tal mister.⁵

Tal sistema teve seu apogeu na época medieval, com os Tribunais Católicos da Inquisição, no qual os tribunais investigavam, processavam e julgavam, o acusado de heresia, sendo que muitas vezes se adotava a tortura como meio de obtenção da confissão, tida como a rainha das provas, e teve seu declínio a partir das ideias iluministas que eram contra o controle absolutista do Estado.⁶

Após a revolução Francesa, aparecem os sistemas mistos em que se pretende abolir as práticas nefastas da tortura previstas no sistema inquisitivo, momento de surgimento do Ministério Público como órgão de acusação.

Aury Lopes Jr. acentua que “que o ‘sistema misto’ é absolutamente insuficiente”, porquanto, não havendo mais “sistemas puros” na atualidade, todos podem ser rotulados de “mistos”, razão pela qual se faz necessário “identificar o

⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39/40

⁶ ZILLI, op.cit., p. 55

princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório⁷.”

Ada Pellegrini Grinover afirma que o processo acusatório caracteriza-se pela atribuição das atividades processuais a órgãos distintos, não se relacionando à iniciativa instrutória do juiz no processo penal, que, em sua opinião, diria respeito ao “denominado adversarial system, próprio do sistema anglo-saxão, em contraposição ao inquisitorial system, da Europa continental e dos países por ela influenciados”. De acordo com a doutrinadora, o fato de alguns teóricos associarem sistema acusatório à ausência de poderes de investigação do juiz decorreria da confusão entre os termos acusatório-inquisitório, de um lado, e adversarial-inquisitorial, de outro, aduzindo que “um sistema acusatório pode adotar o adversarial system ou o inquisitorial system, expressão que se poderia traduzir por ‘processo de desenvolvimento oficial’. Ou seja, firme estando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial⁸

2. VERDADE REAL X PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E DA PARIDADE DE ARMAS

O conceito de verdade real é bastante ultrapassado, mas consiste na busca pela verificação do que efetivamente ocorreu, a busca pela verdade fática para que se chegue a um julgamento justo.

Nesse sentido, a atividade do julgador é comparada a do historiador, pois precisa analisar os fatos preteridos para que se perquiria como a realidade foi modificada diante da atuação ou não do agente. Essa atividade traz, sem dúvidas, intrínseca a

⁷ LOPES JR., op. cit., p.151.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 27, p. 71-79, 1999. p. 71-72.

inquisitorialidade, pois o órgão jurisdicional passa a participar ativamente da persecução penal, função que seria do Ministério Público.

Assim, o que parece mais apropriado é a busca da verdade processual ou da probabilidade de certeza, pois o juízo de certeza nunca é alcançado, nem mesmo perante um juiz inquisitor, pois seria necessário retroceder no tempo para verificação *in loco* do que ocorreu.

Ainda quando se está diante de uma confissão, não se pode dizer que há certeza de que os eventos ocorreram daquela maneira, uma vez que as pessoas estão suscetíveis a estados psicológicos que podem fazer que acreditem que algo aconteceu, mas nada mais é do que uma forma de percepção da realidade.

Para a doutrina, a atuação do magistrado para busca da verdade real é justificável, pois seria a finalidade última do processo penal. Para essa doutrina o alcance da verdade dos fatos seria, pois, o escopo principal do processo penal.

Nesse sentido, importante trazer o entendimento de estudiosos mais tradicionais, como Mirabete:

Com o princípio da verdade real se procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, ex officio, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal.⁹

Não obstante, a doutrina defende que o simples fato de haver distinção entre a figura do acusador e do juiz, já seria suficiente para que se considere respeitado o princípio acusatório, consoante palavras do doutrinador Marcos Zilli: “Vê-se que o reconhecimento de uma iniciativa instrutória do julgador, não é incompatível com um

⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 44

sistema processual de índole acusatória, desde que seja este caracterizado, pela outorga das funções de julgar e acusar a diferentes órgãos.”¹⁰

Esquece-se, todavia, que o acusado é parte frágil na relação processual, por não ter a estrutura estatal a seu favor como o Ministério Público. O Juiz transforma o relativo desequilíbrio em desigualdades patentes ao tomar partido da acusação na persecução criminal, seja na fase pré-processual ou na fase processual. Assim, muitas garantias são violadas, fazendo com que o princípio da paridade de armas seja totalmente vulnerado.

Como se vê, o constituinte, por vislumbrar essa deficiência da defesa, traz assegurado o princípio da presunção de inocência que, em sua essência, determina que ao haver duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica ao acusado, ou seja, na dúvida, o magistrado deve absolver o réu, em obediência ao princípio do *favor rei*.

Sobre a importância desse princípio, típico da política criminal de um Estado garantista, salienta a doutrina:

O princípio do favor rei é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado, inspirado na sua vida política e no seu ordenamento jurídico por um critério superior de liberdade. Não há, de fato, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento (...). No conflito entre o jus puniendi do Estado, por um lado, e o jus libertatis do acusado por outro lado, a balança deve inclinar-se em favor deste último se se quiser assistir ao triunfo da liberdade.¹¹

3. FILTRAGEM CONSTITUCIONAL DOS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS QUE PERMITEM PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ.

¹⁰ ZILLI. op. cit. p. 124

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 71

O fundamento geral para o reconhecimento dos poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro se encontra no artigo 156 do Código de Processo Penal, que assim estabelece:

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, produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida

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

É certo que historicamente o Código de Processo Penal, instituído em 1941, era notoriamente um código inquisitivo, haja vista que permitia ao juiz a iniciativa acusatória, tudo influenciado pelo movimento fascista de Getúlio Vargas.

Nota-se, porém, que o artigo 156 do Código de Processo Penal, foi alterado pela Lei nº 11690/2008 que, ao invés de trazer o dispositivo infraconstitucional para realidade de um sistema acusatório, ampliou os poderes do magistrado para que possa produzir provas antes da deflagração da ação penal, permitindo ao magistrado agir como verdadeiro investigador e usurpando a atribuição do Ministério Público e das Polícias Cíveis.

A determinação de produção de provas antes de iniciado o processo configura verdadeira investigação pelo magistrado, o que não pode ser admitido, porque prejudica a sua imparcialidade no momento de resolver a demanda jurídica.

Não se pode conceber um juiz imparcial no momento do julgamento da causa, se foi ele que colheu todos os elementos para formação da *opinio delicti* do Ministério Público. A imparcialidade é uma das características da jurisdição. Decorre de todas as garantias e direitos individuais estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito.

A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às

partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige um estar alheio aos interesses das partes na causa.¹²

A Constituição Federal é clara, compete ao Ministério Público exercer a ação penal pública, ou seja, cabe somente a ele e mais ninguém acusar. De outro lado, aos acusados é assegurado o contraditório e a ampla defesa, em seu artigo 5º, inciso LV. Assim, quando o magistrado produz provas, não há como pensar em qualquer um desses princípios e, sim, em clara usurpação da função constitucional do Ministério Público.

Nesse sentido, o doutrinador Pacelli remata o tema, afirmando sua inconstitucionalidade:

[...] da nova redação do art. 156, I, CPP, dada pela Lei 11.690/08, ao prever que poderá o juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. O retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. A inconstitucionalidade da novidade é patente.¹³

Sobre o tema, ainda não há um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, ainda que passados sete anos dessa alteração legislativa totalmente incompatível com as garantias constitucionais asseguradas a todos os indivíduos dentro de um sistema acusatório.

No entanto, é plausível que o entendimento a ser adotado pelo guardião da Constituição seja pela inconstitucionalidade de poderes instrutórios pré-processuais do magistrado, consoante aresto abaixo colacionado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". 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

¹² LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 84

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010, p. 83

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 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. (ADI 1570, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838)¹⁴

Quanto à iniciativa instrutória do Juiz no curso do processo, embora não haja grandes discussões sobre a quebra da imparcialidade. Nesse momento processual, importante ressaltar o disposto no artigo 209 do Código de Processo Penal, que permite a oitiva suplementar de testemunhas ou informantes pelo juiz quando entender necessário para elucidação dos fatos.

Não se pode negar, todavia, que o magistrado tem interesse na atividade probatória no curso da instrução criminal, mesmo que seja no sentido de empreender esforços para proferir a decisão mais razoável e mais próxima da realidade fática.

E como se bem destacou no capítulo anterior, apenas no caso de privilegiar a Defesa e dirimir a possibilidade de injustiça de uma decisão que parece razoável a sua atuação de ofício, uma vez que diante de uma probabilidade negativa, incerteza ou dúvida quanto à veracidade da imputação, cabe a simples aplicação do princípio do *favor rei* e, por conseguinte, a absolvição do acusado.

CONCLUSÃO

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1570. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hc%2ENUME%2E+OU+hc%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

Nota-se que, ao adotar o sistema acusatório na Constituição Republicana, o constituinte originário quis trazer efetividade para um Processo Penal isonômico, buscando privilegiar o princípio do contraditório, da ampla defesa, da paridade de armas, no qual cabe ao julgador apenas conduzir o processo para que se chegue ao julgamento justo e adequado.

Nesse passo, o juiz deve assumir uma postura neutra, como vistas à manutenção de sua imparcialidade e ao revés de ser um investigador, deve ser um garantidor dos direitos individuais do cidadão, frente às injustiças frequentes que são a eles imputadas.

De sorte que se pode afirmar que a produção de provas pelo juiz, seja antes de iniciada o processo ou depois, fere o sistema acusatório, princípios constitucionais e a liberdade individual e torna a justiça mais distante ainda do nosso país.

Mesmo que as provas sejam consideradas urgentes e relevantes, nos casos em que houver risco de os vestígios desaparecerem, o órgão julgador deve se manter inerte até que o interessado na persecução penal, detentor do *jus puniendi* do Estado, manifeste a sua vontade em apresentar uma acusação formal contra o investigado.

Não se pode esquecer que incumbe ao Ministério Público requisitar a produção de provas na fase do inquérito policial, à luz do disposto no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, que garante ao *Parquet* a titularidade exclusiva da ação penal pública.

A produção antecipada de provas deve ser de interesse apenas da polícia judiciária e do Ministério Público, que juntos se empenham na atividade de demonstrar ao Juiz a responsabilidade do acusado na prática do delito. Portanto, a iniciativa probatória do magistrado deve se restringir aos casos em que exista dúvida sobre ponto relevante ou ele tiver conhecimento de provas a serem produzidas, sem as quais o caso não poderá ser resolvido, ou seja, admite-se, com ressalvas, a atividade probatória do

magistrado no curso da instrução criminal, conforme preceitua o artigo 212 do Código de Processo Penal.

Qualquer atividade praticada de ofício pelo juiz antes do oferecimento da acusação formal demonstra, de certo, interesse na causa. Dessa forma, ao determinar a realização de diligências com o objetivo de esclarecer fatos que ainda não estão submetidos à apreciação nos autos do processo, o órgão julgador acaba por exercer atividade típica de polícia judiciária, delimitada pela Constituição Federal.

Além de invadir a competência do órgão responsável pela investigação dos fatos, o magistrado tem a sua imparcialidade comprometida. O juiz que determina a produção de provas na fase do inquérito policial analisa o caso com uma opinião pré-estabelecida e, por mais que os advogados do acusado se empenhem na defesa deste, o julgador já terá uma sentença formada antes mesmo de encerrado o procedimento.

Constata-se, também, que o tratamento dispensado às partes não será igualitário, prejudicando o acusado no sentido de que terá contra si o órgão acusatório e o órgão jurisdicional, este por demonstrar seu interesse na causa ao ordenar a produção antecipada de provas, favorecendo e facilitando a atuação daquele.

Portanto, de acordo com os princípios básicos do Estado Democrático de Direito, considera-se que a legislação processual é como um todo retrógrada, merecendo a edição de uma nova lei processual penal que esteja de acordo com os ditames da Constituição Republicana e, ainda, nota-se que a reforma de 2008, que alterou o artigo 156 do Código de Processo Penal, não só foi na contramão dessa necessidade, como trouxe resquícios do sistema inquisitivo ao ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24 out.2015.

Supremo Tribunal Federal. ADI. n. 1570. Relator Ministro Maurício Côrrea. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1/Acórdãos>>. Acesso em: 25 out.2015.

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

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.