

**TATIANE DE MORAIS VARGAS**

**A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO  
PENAL**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. George Lopes Leite

**BRASÍLIA**

2009

Dedico o presente aos meus pais, Alair e Eni, e aos meus irmãos, Rafael e Renata, que souberam me compreender e conseguiram suportar o meu estresse durante essa fase. Dedico também ao meu namorado Adriano por todo carinho e compreensão.

Agradeço ao professor George Lopes Leite por todo apoio e pelo insubstituível auxílio na depuração dos dados.

## RESUMO

A atividade instrutória do Juiz tem sua previsão legal no artigo 156 do Código de Processo Penal, com sua recente alteração pela Lei 11.690/08. A disposição normativa referente à iniciativa probatória no curso do processo permaneceu como já prevista anteriormente. No entanto, a nova lei instituiu a possibilidade de produção antecipada de provas pelo Magistrado ainda na fase do inquérito policial, provocando um debate doutrinário acerca da inconstitucionalidade deste dispositivo. Assim agindo, o Magistrado estaria invadindo a competência da polícia judiciária, a qual tem suas atribuições delimitadas pela Constituição. O presente trabalho tem por objetivo analisar as implicações práticas dessas prerrogativas, sob o viés do garantismo. A produção antecipada de provas antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, detentor do *jus puniendi*, fere o princípio da imparcialidade do juiz, uma vez que este deve aguardar o início do processo para iniciar as típicas atividades de jurisdição. Além disso, a igualdade entre as partes estará prejudicada. Com o Juiz executando atos típicos do órgão acusatório, verifica-se contra o acusado a atuação de dois entes estatais, impossibilitando a observância do princípio da paridade de armas, já que a parte hipossuficiente encontra-se desamparada. Um legítimo Estado Democrático de Direito adota como sistema processual o modelo acusatório, no qual as funções de acusar e de julgar são nitidamente distintas. Onde os direitos e garantias fundamentais são respeitados, não se admitem resquícios inquisitórios. Portanto, a função do Juiz deve se limitar a decidir o caso concreto, ordenando a produção de provas somente em casos excepcionais.

Palavras-chave: iniciativa instrutória, Magistrado, princípios constitucionais, garantias fundamentais, imparcialidade, igualdade e paridade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO 1 – SISTEMAS PROCESSUAIS</b>	
<b>1.1 – Breve histórico.....</b>	<b>8</b>
<i>1.1.1 – Processo Penal na Antiguidade.....</i>	<i>8</i>
<i>1.1.2 – Do Processo Penal Medieval ao Contemporâneo.....</i>	<i>12</i>
<i>1.1.3 – A Common Law.....</i>	<i>16</i>
<i>1.1.4 – Processo Penal no Brasil.....</i>	<i>18</i>
<b>1.2 – Sistema Inquisitivo.....</b>	<b>21</b>
<b>1.3 - Sistema Acusatório.....</b>	<b>23</b>
<b>1.4 - Sistema Misto.....</b>	<b>24</b>
<b>CAPÍTULO 2 – A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO</b>	
<b>PROCESSO PENAL</b>	
<b>2.1 – Fundamentos.....</b>	<b>27</b>
<b>2.2 – Previsão Legal.....</b>	<b>33</b>
<b>CAPÍTULO 3 – QUESTÕES POLÊMICAS</b>	
<b>3.1 – A iniciativa instrutória do Juiz e o princípio da imparcialidade.....</b>	<b>41</b>
<b>3.2 – A iniciativa instrutória do Juiz e o princípio da paridade de armas.....</b>	<b>47</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>56</b>

## INTRODUÇÃO

A iniciativa instrutória do juiz no processo penal é um tema atualmente debatido, tendo em vista a recente reforma no Código de Processo Penal. A Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou algumas das disposições gerais sobre a prova e inovou ao permitir que o Juiz tenha a faculdade de ordenar, antes mesmo de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes.

A possibilidade de o Magistrado produzir prova durante o curso da instrução processual não sofreu modificações. Sobre o assunto, a doutrina já muito discutia se tal prerrogativa era condizente com o sistema processual acusatório e com os princípios da imparcialidade, do devido processo legal, entre outras garantias fundamentais.

Atualmente o debate refere-se prioritariamente à determinação de produção antecipada de provas ainda na fase do inquérito policial. Muitos doutrinadores entendem que o ordenamento jurídico brasileiro instituiu a figura do Juiz inquisidor, aos moldes do sistema inquisitivo, no qual o órgão julgador também era responsável por acusar e buscar as provas que lhe interessassem.

Discute-se o reflexo dessas prerrogativas na imparcialidade do julgador e no respeito aos princípios constitucionais e garantias individuais do acusado, que não deixa de ser sujeito de direitos pelo fato de responder a uma acusação formal perante o Estado. Sobre esse prisma, analisa-se ainda se o princípio da paridade de armas não está sendo violado.

Neste sentido, as questões levantadas no presente trabalho estão divididas em três capítulos.

No primeiro capítulo, será feito um apanhado histórico dos sistemas processuais adotados nos diversos ordenamentos jurídicos desde a Antiguidade, tempos primórdios, Grécia e Roma antigas, do Processo Penal Medieval à Era Contemporânea, e Processo Penal no Brasil. Falar-se-á sobre a *Common Law* e suas características peculiares. Serão analisadas as características de cada sistema processual, acusatório, inquisitivo e misto.

No segundo capítulo serão abordados os fundamentos da iniciativa instrutória do juiz, o princípio da verdade real, do contraditório e da ampla defesa, da presunção de inocência entre tantos outros que permeiam o processo penal. Também será analisada a previsão legal, com as inovações trazidas pela recente reforma na legislação processual penal.

No terceiro capítulo tratar-se-á das questões polêmicas acerca do tema. Será analisado de que forma a atividade instrutória do Juiz influencia na sua imparcialidade e no tratamento igualitário entre as partes durante o curso do procedimento.

Sendo assim, o presente trabalho busca demonstrar a incoerência da atividade probatória do Magistrado antes do início do processo penal, uma vez que tal regra é incompatível com o sistema acusatório. A função do julgador é zelar pelo processo e solucionar os conflitos da forma mais justa possível. Portanto, os interesses dele devem ser limitados ao curso da instrução processual e sua atividade probatória deve ser em caráter excepcional, supletivamente à das partes.

# 1 – SISTEMAS PROCESSUAIS

## 1.1 – Breve histórico

### 1.1.1 – Processo Penal na Antiguidade

Nos tempos mais remotos da humanidade, os primeiros grupos, tribos ou clãs, desconheciam métodos ordenados de solução dos conflitos de interesses, pois, como sociedades rudimentares, procuravam satisfazer suas pretensões utilizando-se de princípios morais e religiosos, pois o Direito era constituído de regras não escritas, oriundas da moral, dos costumes, hábitos e crenças.<sup>1</sup>

Quando a infração era cometida por um integrante do grupo social, se o dano causado fosse reparável, o agente deveria restabelecer o *status quo* anterior, por meio da composição do litígio, ou seja, autor do fato e vítima, ou seus parentes, firmavam um acordo numa tentativa de reconciliação. No entanto, se o membro do clã praticasse um ato considerado capaz de afetar a paz do grupo social, o agente era punido com vingança, pois somente assim a sociedade desfrutaria da tranqüilidade novamente.<sup>2</sup>

Por outro lado, quando o comportamento censurável era levado a efeito por membro de outro grupo social, segundo Geraldo Prado, “a agressão era reputada como violência à própria tribo, havendo de ser indistintamente reprimida por uma espécie de vingança coletiva, que de ordinário implantava um estado de guerra”.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 69

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 70

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 71

Com a evolução das sociedades, aos poucos, aperfeiçoaram-se as formas de resolução dos conflitos de interesses, restando sistematizadas regras procedimentais de implementação do direito, com base no conceito de dano, sem diferenciação de ilícitos civis ou penais, que posteriormente serviram de base para a organização político, social e jurídica das civilizações mais desenvolvidas da Antigüidade.<sup>4</sup>

Na Grécia Antiga, fazia-se distinção entre os crimes privados e públicos, sendo os primeiros aqueles que produziam danos de menor potencial e sua repressão dependia da iniciativa exclusiva da vítima, enquanto que os segundos eram aqueles que atingiam a coletividade e sua punição não podia ficar a cargo do ofendido, sendo que sua apuração era feita com participação direta dos cidadãos, os quais eram responsáveis por sustentar a acusação. No primeiro caso, permitia-se a desistência e transação durante o curso do processo.<sup>5</sup>

Delitos graves que atentavam contra o próprio Estado, eram denunciados pelos Tesmotetas perante a Assembléia do Povo ou ante o Senado. Estes indicavam o acusador e o Arconte designava e compunha o tribunal popular para julgamento, perante o qual, manifestava-se primeiramente o acusador, produzindo suas provas, depois falava a defesa, votando os juízes, sem deliberar. A decisão era tomada por maioria de votos, sendo absolvido o acusado em caso de empate. Os juízes colocavam-se na posição puramente passiva.<sup>6</sup>

Os mais importantes Tribunais atenienses, assevera Tourinho Filho, eram os da Assembléia do Povo, que se reunia, exclusivamente, para julgar crimes políticos graves. O

---

<sup>4</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 71

<sup>5</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1. 30ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 77

<sup>6</sup> PRADO, Geraldo. Op cit., p. 73

Areópago, o mais notável Tribunal ateniense, era competente para julgar os homicídios premeditados, incêndios, traição e todos os crimes punidos com pena capital. Havia também o Tribunal dos Éfetos, composto de cinquenta e um juízes, dentre os membros do Senado, competente para julgar os homicídios involuntários e não premeditados; e o Tribunal dos Heliastas que exercia a jurisdição comum.<sup>7</sup>

Em Roma, também se distinguiram os delitos públicos dos delitos privados, existindo, portanto, o Processo Penal Público e Processo Penal Privado. No primeiro, o Estado atuava como sujeito de um poder público de repressão sobre os crimes mais graves, tidos como aqueles que ameaçavam a segurança da própria comunidade, enquanto no segundo, o Estado assumia o papel de mero árbitro e solucionava litígios de maior interesse para os particulares, decidindo de acordo com as provas por eles apresentadas.<sup>8</sup>

O Processo Penal Público, já no início da Monarquia, passou a ser adotado em quase todos os litígios penais, sendo realizado em nome do Estado Romano. Ao magistrado, como representante do rei, conferiam-se amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação, sem maiores formalidades e até mesmo sem partes, consubstanciando-se então o processo denominado *cognitio*, baseado na *inquisitio* - fase preliminar em que o magistrado, mediante mera notícia, investigava de ofício.<sup>9</sup>

Para conter os arbítrios dos juízes, surgiu a *provocatio ad populum*, que consistia na faculdade de apelação do acusado ao povo, reunido em comícios. O Magistrado que proferiu a condenação devia apresentar ao povo elementos necessários a sustentar a sua própria sentença e embasar nova condenação. Todavia, somente aos *civis romanus* permitiam-

---

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1. 30ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 78

<sup>8</sup> Ibidem

<sup>9</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 74

se o uso de tal recurso, revelando-se, já na República, insuficiente para a necessidade social de repressão da criminalidade.<sup>10</sup>

No último século da República, em oposição à *cognitio*, despontou uma nova forma de procedimento, denominada *accusatio*. O direito de acusar era dado a qualquer cidadão, exceto aos Magistrados, às mulheres e aos menores, ficando a administração da justiça sob a responsabilidade de um tribunal popular, inicialmente composto por senadores e, depois, por cidadãos.<sup>11</sup>

Tal procedimento possuía o pressuposto básico de que ninguém poderia ser levado a juízo sem uma acusação. Portanto, prevalecia o contraditório e observava-se a publicidade e oralidade dos atos procedimentais, tendo as partes, disponibilidade sobre o conteúdo do processo. Ao Estado competia somente o conhecimento e julgamento da prática delituosa, nos casos de delito público.

À época do Império, a *accusatio* foi aos poucos sendo substituída pela *cognitio extra ordinem*, modelo que carecia de acusação privada. No entanto, na prática, alguns agentes públicos desempenhavam o papel de polícia judiciária, encarregados de transmitir aos juízes as investigações preliminares.<sup>12</sup>

Por sua vez, as atribuições dos Magistrados foram sendo ampliadas até se encontrarem reunidas num mesmo órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz, o qual poderia utilizar-se de torturas para obter confissões,

---

<sup>10</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1. 30ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 79

<sup>11</sup> Ibidem

<sup>12</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 76

plantando-se assim, sob o manto do Império Romano, a semente da Inquisição, que mais tarde viria a dominar a Europa Ocidental.<sup>13</sup>

### 1.1.2 – Do Processo Penal Medieval ao Contemporâneo

Com a invasão dos bárbaros em grande parte da Europa Ocidental, o procedimento da *cognitio extra ordinem*, predominante, especialmente, nas civilizações influenciadas pelo Império Romano, cedeu lugar ao processo acusatório germânico, restando, contudo, vestígios do Direito Romano, com verdadeira absorção recíproca dos ordenamentos respectivamente incorporados.<sup>14</sup> Tourinho Filho ressalta que, “quando da invasão de Roma pelos germânicos, estes levaram consigo seus costumes, aparecendo, assim, entre os romanos, um verdadeiro processo misto formado de elementos germânicos e romanos”.<sup>15</sup>

Entre os germânicos, como nos direitos romano e grego da antiguidade, também havia a distinção entre delitos de natureza pública e de natureza privada. O julgamento dos primeiros era realizado por uma Assembléia presidida pelo rei, duque ou conde. O acusado era encarregado de provar a sua inocência, tendo a confissão um valor absoluto. Uma vez confessada a prática criminosa, o réu seria condenado. Os ordálios ou juízos de Deus e o juramento eram os principais meios de prova. Assim, o acusado jurava não ter cometido a infração e o juiz confirmava, também sob juramento, que aquele era incapaz de proferir uma calúnia.<sup>16</sup>

A persecução criminal ficava sob a responsabilidade da iniciativa privada da vítima ou de seus familiares, predominando o entendimento privado como método de solução

---

<sup>13</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 76

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 78

<sup>15</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1. 30ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 84

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 81

dos conflitos de natureza penal. No entanto, o ofendido ou sua família, ante ao fracasso da composição direta entre as partes, poderia socorrer-se perante os tribunais (Hundertschaft), compostos por pessoas capazes para a guerra (Thing), nos quais eram realizadas sessões públicas, orais e contraditórias, presididas por um juiz, que geria o debate e propunha a sentença, mas não emitia o seu juízo valorativo.<sup>17</sup>

Além de ter influenciado o restante do continente europeu, os povos germânicos também sofreram influência da cultura e do Direito romano, de modo que “do seu sistema predominantemente acusatório, passaram lenta, mas vagarosamente, à recepção e assimilação do Direito Romano-Canônico e à introdução da Inquisição”.<sup>18</sup>

A Jurisdição Eclesiástica, primeiramente destinada a julgar os seus próprios membros pela prática de infrações penais leves e depois por aquelas de maior gravidade, começa a se firmar nas legislações laicas, no início da Idade Média, período em que as pequenas comunidades, os feudos, se fortaleceram de forma autônoma perante as monarquias, cedendo lugar à dominação do poder político centralizado e bem organizado da Igreja.<sup>19</sup>

O clero via no crime não só uma questão de interesse privado, mas principalmente, um problema de salvação da alma, invocando o poder punitivo como forma de expiação das culpas. Desse modo, a Igreja assumiu a função de investigar as infrações e julgar os seus autores, instalando-se aos poucos as regras processuais de natureza inquisitórias, sob o pretexto de realização da justiça divina.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 79

<sup>18</sup> *Ibidem*

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 82

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 80

Acrescenta Geraldo Prado que a remanescente estrutura acusatória começa a render-se a aspectos quase sempre identificados no procedimento inquisitório, tais como a forma escrita da dedução da acusação e o segredo que envolvia a produção de prova testemunhal, chegando ao emprego da tortura, a culminância das presunções e da confissão.<sup>21</sup> Além disso, a prisão durante o processo converte-se em regra.

O sistema inquisitivo, estabelecido pelo Direito Canônico, aos poucos dominou grande parte da Europa, principalmente as legislações laicas da Espanha, França, Portugal, Alemanha, entre outras. No entanto, a partir do século XVIII, as idéias liberais começam a despontar, surgindo na Europa continental um segmento de combate ao sistema inquisitivo, principalmente por parte dos pensadores clássicos do movimento iluminista, os quais defendiam a humanização das regras processuais, a oralidade, a publicidade, as sentenças motivadas e a proibição das denúncias secretas e das torturas.<sup>22</sup>

Sob a inspiração do Iluminismo, a partir dos séculos XVII e XVIII, notadamente, após a Revolução Francesa de 1789 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, iniciou-se o período moderno de administração da justiça, reduzindo-se as características inquisitoriais dos atos processuais, sobretudo na França, onde eclodiram as idéias humanistas apregoadas pelo “Movimento Científico”, principalmente, à vista dos ideais filosóficos e sociais defendidos por Marquês de Beccaria (*Dos Delitos e das Penas*, 1764), Montesquieu (*O Espírito das Leis*, 1748), Rousseau (*Contrato Social*, 1764), Voltaire dentre

---

<sup>21</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006 p. 81

<sup>22</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1, 30ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 83/85

outros célebres filósofos e cientistas sociais, os quais sustentavam a dissociação de Direito e Religião, a separação de poderes e debatiam sobre as finalidades da pena.<sup>23</sup>

Na França foram adotadas três ordens de jurisdição, que correspondiam a três espécies de infrações distintas: o tribunal municipal para os delitos, o tribunal correccional para as contravenções, e o tribunal criminal para os crimes, instituindo-se o procedimento do Júri para julgamento destes últimos, no qual havia duas fases: o Júri de acusação e o Júri de julgamento.<sup>24</sup>

O Código de Napoleão, de 1808, manteve a tripartição dos Tribunais e serviu de base para a reforma de todo o sistema inquisitório da Europa Continental.<sup>25</sup> As principais características desse novo modelo, segundo Marcos Zilli, são a persecução penal pública; a afirmação da averiguação objetiva da verdade histórica; afirmação de direitos individuais referentes à dignidade do homem; e equilíbrio entre a necessidade de perseguir os autores de delitos e os direitos inalienáveis do homem.<sup>26</sup>

O Processo Penal posterior à Revolução adotou um misto de sistema acusatório e sistema inquisitivo, pois havia três fases: a da Polícia Judiciária, a da Instrução e a do Julgamento. Conforme Tourinho Filho, os princípios do sistema inquisitivo eram notáveis na fase da instrução preparatória, pois, dirigida por um Magistrado desenvolvia-se por escrito, secretamente, sem ser contraditório. A primeira fase era destinada à investigação de todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que permeavam a prática da infração penal.

---

<sup>23</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 90

<sup>24</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1. 30ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 86

<sup>25</sup> *Ibidem*

<sup>26</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 93

Na sessão de julgamento, o processo tornava-se acusatório, observando-se a oralidade, a publicidade e o contraditório.<sup>27</sup>

Na segunda metade do século XIX, surge um movimento com o objetivo de extinguir o sistema inquisitivo da fase instrutória. Em países como a Áustria (1873), Espanha (1882) e França (1897), acentuou-se a tendência acusatória do processo penal. A partir dessa reação, alguns ordenamentos permitiram a intervenção da defesa, que somente era obrigatória em casos graves ou especiais. O Código norueguês (1877), mais receptivo às idéias liberais, estabeleceu como princípio geral, a publicidade dos atos instrutórios e franqueou às partes a formulação de perguntas que julgassem oportunas.<sup>28</sup>

Na Itália, o Código Rocco de 1930 inseriu alterações essenciais ao sistema processual penal italiano, as quais tinham por finalidade assegurar as garantias fundamentais, bastante afetadas por um sistema misto com preponderância do inquisitório. Dessa forma, a nova ordem jurídica afastou o juiz da fase preparatória e entregou ao Ministério Público e à Polícia a coordenação do inquérito, após o qual se iniciava a ação penal sempre pública.

Por fim, acrescenta Tourinho Filho que “hoje, na Europa, em quase todas as legislações predomina com maior ou menor intensidade, o sistema misto”.<sup>29</sup>

### 1.1.3 – A *Common Law*

Elaborado na Inglaterra a partir do século XII, o sistema jurídico conhecido como *Common Law* tem como fundamento básico a jurisdição real das decisões e adota os costumes como a fonte única ou mais importante do direito.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1. 30ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 89

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 87/88

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 90

Esta forma peculiar de atividade da jurisdição, afastou o direito inglês do modelo romano-germânico que então vigorava no restante da Europa. Segundo Geraldo Prado ensina que a forma de atuação dos mecanismos de resolução de conflitos de interesse adotados na Inglaterra possibilitou aos juízes profissionais, com formação prática a introdução de um mecanismo de recursos a precedentes (cases), condensados no *Years Books*<sup>31</sup>, que serviram de base para o desenrolar dos julgamentos, sempre, em consonância com os costumes adotados nas decisões.

Já no século XV, o *Common Law* cede lugar às designadas jurisdições de equidade (equity), que aplicava um processo escrito inspirado no Direito Canônico, mais compatível com o desenvolvimento do poder real e do absolutismo. Entretanto, por volta do século XVII, após um período de conflito entre parlamento e realeza, a equity se integrou à *Common Law*, admitindo-se uma dualidade jurisdicional, fundida posteriormente, por volta de 1873 e 1875, já na Idade Contemporânea.<sup>32</sup>

Quanto ao Processo Penal, destaca-se a importância do Júri, que substituiu os Juízos de Deus. Assumiu relevante papel a partir do século XII, notadamente, com a instituição do Grand Jury, composto por vinte e três jurados de cada condado, competente para denunciar os crimes mais graves aos juízes (Júri de Acusação), e do Petty Jury, composto de doze jurados, competente para ocupar-se das provas. Pela acusação era responsável qualquer habitante do reino, pois vigorava a denominada Ação Penal Popular, com a

---

<sup>30</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 88

<sup>31</sup> *Ibidem*

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 89

manifesta imparcialidade do júri, consubstanciando-se um sistema processual tipicamente acusatório, que persiste até hoje.<sup>33</sup>

Portanto, predominava no direito inglês: o sistema de acusação privada, deflagrada por qualquer do povo e julgada a rigor pelo Júri, imparcial e inerte; a concessão das diferentes atividades da relação processual (acusação, defesa e julgamento) a sujeitos processuais distintos; garantia do igual tratamento dispensado às partes, do contraditório, da publicidade, e da oralidade, sem ser desprezados os aspectos atinentes à disponibilidade da ação penal. Dessa forma, pode-se concluir que o sistema inglês, em verdade, é aquele que mais se aproxima do sistema acusatório puro ou genuíno, que outrora se fez idealizado pelo Direito Romano da Antigüidade.

#### *1.1.4 – O Processo Penal no Brasil*

Como em quase todo o continente europeu no fim da Idade Média, a centralização monárquica também ocorreu em Portugal. Assim, as Ordenações do Reino também adotaram o sistema inquisitivo, o mais apropriado para atingir as finalidades dos regimes teocráticos e despóticos.

Tanto as Ordenações Afonsinas, instituídas em 1446, quanto as Ordenações Manuelinas, estabelecidas em 1521 no reinado de D. Manoel, disciplinavam em seus Livros V o direito e processo penal e tinham marcante influência do direito canônico e de seu procedimento inquisitorial. As Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603 sob o reinado de Filipe II e revalidadas em 1643 pelo rei D. João IV, apenas repetiram os preceitos bárbaros e desumanos prescritos nas Ordenações anteriores a respeito do direito processual penal,

---

<sup>33</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006, p. 89/90

vigorando tais regras, inclusive no Brasil até 1832, quando da promulgação do Código de Processo Criminal do Império.<sup>34</sup>

No que diz respeito aos atos procedimentais, o processo criminal das Ordenações Filipinas era composto de libelo, contrariedade, réplica, tréplica, provas, alegações finais e sentença. A acusação poderia ser pública ou privada, conforme fosse intentada por qualquer pessoa do povo ou pelo ofendido, respectivamente, pressupondo nos dois casos o oferecimento preliminar de querela, sumário de querela, com audiência de três ou quatro testemunhas e pronúncia.<sup>35</sup>

Conforme as lições de Frederico Marques, “quase todos os casos de querela, eram também casos de devassa”<sup>36</sup>, as quais consistiam em inquirições para informação dos delitos realizadas pelo juiz competente para obtenção de substrato probatório para ensejar a acusação e possibilitar o devido processo e julgamento.

Vigorava o sistema de prova legal, devendo o juiz decidir de acordo com o alegado e provado no processo. Todavia, os tormentos eram admitidos como meios de prova, consubstanciando-se então as arbitrariedades, com aplicação de verdadeiros expedientes de tortura e a prática de atrocidades contra os mais fracos e desprotegidos, ressaltando-se que referida espécie de prova não era permitida contra os fidalgos, cavaleiros, doutores, senão em casos limitados e específicos.

Com o advento da Revolução Francesa e a proclamação dos Direitos do Homem, as cortes portuguesas, inspiradas pelo movimento liberal que invadiu a Europa,

---

<sup>34</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª Ed., vol. 1, Campinas – SP: Millenium, 2000, p. 96

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 97

<sup>36</sup> *Ibidem*

extinguem as devassas (Lei de 12 de novembro de 1821). No Brasil, D. Pedro por meio do Aviso de 28 de agosto de 1822, determinou que os juízes criminais observassem o disposto na Constituição da Monarquia Portuguesa de 10 de março de 1821, assegurando aos acusados, algumas das garantias fundamentais exigidas pela proclamação dos Direitos do Homem, tais como: nenhum indivíduo deveria ser preso sem culpa formada, lei alguma, notadamente a penal seria imposta sem absoluta necessidade, toda pena deve ser proporcionada ao delito, e nenhuma deve passar da pessoa do delinqüente.<sup>37</sup>

A Constituição Política do Império, promulgada em 1824, estabeleceu preceitos e princípios garantidores de um processo criminal mais condizente com as idéias liberais do século XIX. Em 29 de novembro de 1832 foi editado o Código de Processo Criminal, o qual constituiu um diploma legal mais expressivo dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e nação.<sup>38</sup>

A persecução criminal era instaurada mediante queixa do ofendido, de seu representante legal, por denúncia do Ministério Público, por qualquer do povo e, ainda, mediante atuação *ex officio* do juiz. Havia o grande e o pequeno Júri, sendo que o primeiro decidia acerca da admissibilidade da acusação e, o segundo sobre a procedência desta, pelo que era chamado de Júri de Sentença, ficando, entretanto, excluídas as contravenções e infrações mais graves da apreciação do Júri.<sup>39</sup>

Promulgada a Constituição de 1891, após a proclamação da República, os estados passaram a ter suas próprias Constituições, facultando-lhes legislar inclusive sobre

---

<sup>37</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª Ed., vol. 1, Campinas – SP: Millenium, 2000, p. 101

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 102

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 103

processo. No entanto, a Constituição de 1934 restaurou a unidade legislativa processual da União, norma ratificada pela Constituição de 1937.<sup>40</sup>

O Código de Processo Penal de 1941 manteve o Inquérito Policial nos moldes do adotado no Império as estabeleceu a instrução plenamente contraditória e separou de vez as funções acusatória e julgadora. O procedimento *ex officio* permaneceu em vigor apenas para as Contravenções. Todas as formas procedimentais foram traçadas sob a fiel observância ao sistema acusatório, a despeito de conviver com procedimentos especiais sob o império do processo inquisitivo e sem garantias para os acusados.<sup>41</sup>

Ainda sob a vigência do Código de Processo Penal de 1941, as Constituições Federais que se seguiram mantiveram os direitos e garantias individuais então assegurados aos litigantes de processos penais, garantias estas ampliadas pela Carta Magna de 1988, principalmente pelo que dispõe em seu artigo 5º, incisos LXII, LXVI, LXVIII, LV, LIII e XXXVIII, encontrando-se atualmente garantidos os direitos do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da publicidade. Além disso, restaurou-se a soberania do Júri e ampliou-se a oralidade, principalmente à vista do que dispõe o art. 98, I da Constituição. Enfim, instaurou-se um sistema processual de tendências constitucionais predominantemente acusatórias.

## 1.2 – Sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo tem seu surgimento em Roma, mas seu apogeu se deu na Europa medieval. Adotado pelos regimes monárquicos, encontrou guarida no direito

---

<sup>40</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª Ed., vol. 1, Campinas – SP: Millenium, 2000, p. 108/111

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 111/112

canônico. Tal modelo foi seguido por quase todas as nações européias durante os séculos XVI, XVII, XVIII.

Esse sistema encontra apoio nos Estados Totalitários, onde ocorrem supressões da liberdade e garantias individuais dos cidadãos. Verifica-se também, demasiada violência Estatal em face dos indivíduos, sendo essa a grande característica que se pode apontar na aplicação do direito penal, além de uma evidente inclinação do modelo em buscar, preferencialmente, a condenação como fim satisfatório do processo criminal.

Dentre as características desse modelo, pode-se dizer que a principal é o acúmulo, pelo mesmo órgão, das funções de acusar, defender e julgar. Outra característica, na verdade uma consequência da primeira, é a colheita de provas pelo próprio juiz. Verifica-se ainda ser o réu tratado como objeto das investigações e não como sujeito de direitos. Sua culpa é presumida e, no mais das vezes, responde ao processo recluso. O processo é sigiloso, sendo que em algumas oportunidades, são negadas as informações até mesmo ao acusado.

Como o próprio órgão julgador é o responsável também pelas funções de acusação e defesa, a imparcialidade desejada em todo julgamento resta comprometida. Entende-se que ao realizar a acusação, o Magistrado já está, de certa forma, apresentando um juízo de valor quanto ao mérito da questão.

Paulo Rangel enumera as principais características dos sistemas inquisitórios: a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa; o juiz inicia a acusação *ex officio*, quebrando, assim, sua imparcialidade; b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo; c) não há contraditório nem ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe

conferindo nenhuma garantia; d) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas.<sup>42</sup>

Percebe-se, pelas características mencionadas, que esses sistemas estão em desacordo com os princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito, que prima pela proteção aos direitos e garantias individuais, resguardando a liberdade do cidadão como um dos bens jurídicos de maior valor e merecedor de especial proteção.

### **1.3 – Sistema acusatório**

Os sistemas acusatórios surgem na Europa, a partir do século XVIII, com os ideais de liberdade do iluminismo. Esses sistemas são característicos do modelo garantista, em que o Estado se colocar na função de garantidor dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

No caso do processo penal, o Estado deve atuar como garantidor dos direitos e garantias individuais do acusado. São inúmeras as características atribuídas pelos catedráticos ao sistema acusatório, garantidor dos direitos fundamentais individuais do ser humano. Mas não há dúvida que a principal delas é a dissociação entre as funções de acusar, defender e julgar, buscando-se a total isenção do julgador, tanto do interesse de condenar, quanto de absolver.

De acordo com as lições de Paulo Rangel, as principais características desse sistema são as seguintes: a) separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu; b) o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos; c)

---

<sup>42</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed., Rio de Janeiro: Editora *Lumen Júris*, 2005, p. 50.

os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas; d) o sistema de provas adotado é o do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas acostadas aos autos; e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesses instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirige o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.<sup>43</sup>

Na verdade, o que se observa nesse sistema é a limitação do poder estatal de intervenção na vida do indivíduo, que no caso do direito penal se revela pela forma de intervenção do Estado mais gravosa, pois retira a liberdade do sentenciado, estigmatizando-o perante a sociedade.

#### **1.4 – Sistema misto**

O sistema misto situa-se entre o sistema acusatório e o inquisitivo e se caracteriza pela divisão do processo em três fases: a) investigação preliminar; b) instrução preparatória e inicial (inquisitiva, portanto, secreta e escrita), na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória de responsabilidade do juiz; e c) na fase final, procede-se ao julgamento com todas as garantias do sistema acusatório.

No Brasil, o sistema misto foi instituído pelo Código do Processo Criminal do Império (Lei 127/1832). Atualmente, porém, o fato de aqui existir o inquérito policial, não nos inclui nessa categoria, pois a investigação conduzida pela polícia é apartada do processo penal.

---

<sup>43</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 10ª Ed., Rio de Janeiro: Editora *Lumen Júris*, 2005 p. 53

O grave defeito, em suas duas primeiras fases, consiste em manter características do sistema inquisitivo, quais sejam, o sigilo, a ausência de garantias para o acusado e a parcialidade do juiz, que procedia como acusador. A ideologia liberal da época fez severas críticas a essas características inquisitivas, exigindo que fossem instituídas as garantias individuais do acusado. Assim, ao final do século XIX, foram adicionadas garantias ao sistema misto, principalmente a ampla defesa, marcando a transição para um sistema puramente acusatório.

Adotado atualmente por alguns países da Europa e até mesmo da América Latina (Venezuela), continua com a mesma característica estrutural originária, ou seja, combina elementos acusatórios e inquisitórios em maior ou menor medida, segundo o ordenamento processual que o adota, se subdividindo em duas orientações, em vista da predominância na segunda fase do procedimento escrito ou oral.

O exemplo mais fiel de aplicação do sistema misto é o denominado “Juizado de Instrução”, que constitui, em verdade, uma fase persecutória preliminar, destinada a apuração das infrações penais, sob a presidência de um juiz. A função da polícia, neste caso, fica reduzida a prender os infratores e apontar os meios de prova, inclusive testemunhal, cabendo ao “Juiz Instrutor”, como presidente do procedimento, a colher todos os elementos probatórios a instruir a ação penal. Tal sistemática é adotada em diversos países da Europa, principalmente na França.

Existem sugestões no sentido de se adotar o sistema dos juizados de instrução no Brasil. Todavia, tem se chegado à conclusão de que tal sistemática é inviável, especialmente por causa da grande extensão territorial e das dificuldades de locomoção, o que poderia ser evitado se houvesse a quebra da unidade do sistema, isto é, se somente fosse

adotado nas capitais e sedes de comarcas, permanecendo o atual sistema de inquérito para o interior.

## 2 - A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

### 2.1 - Fundamentos

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 pode-se afirmar que houve a redemocratização dos sistemas político e jurídico nacionais, aperfeiçoando-se as regras compatíveis com um Estado Democrático de Direito, no qual o propósito primordial é assegurar direitos e garantias fundamentais. Ratifica-se, no campo do direito penal, a idéia de um sistema garantista, que de acordo com os ensinamentos de Luigi Ferrajoli significa:

Um *modelo normativo de direito*: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” *SG*, próprio do *Estado de direito*, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, e sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.<sup>44</sup> (grifos no original)

O respeito máximo à dignidade da pessoa humana é garantia expressa de que o ser humano é sujeito de direitos e o Estado democrático deve estar sempre voltado à atender suas necessidades e garantir a fruição plena e universal dos direitos humanos consagrados nos elementos normativos internos e internacionais, afastando-se, com isso, qualquer concepção calcada nos preceitos dos Estados totalitários. Assim, forçoso concluir, que toda e qualquer atuação estatal deve estar norteada, invariavelmente, pelo respeito ao direito entendido como produto do exercício da soberania popular e aplicado em obediência, sobretudo, ao princípio da igualdade.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 684

<sup>45</sup>ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 129

A relação entre as regras fundamentais do Direito penal e os preceitos registrados na Constituição é de subordinação. Os princípios penais e processuais penais consagrados na Carta Magna têm como objetivo evitar ou até mesmo impossibilitar a ação arbitrária dos poderes públicos instituídos com a finalidade da persecução criminal.

Princípios como os da dignidade da pessoa humana, fundamento de todos os outros, da legalidade, da não auto-incriminação, da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório são garantias de que a intervenção do Estado deverá sempre observar o devido processo legal, com todos os atos procedimentais previstos em lei. Nesse diapasão, Paulo Rangel preleciona que “a tramitação regular e legal de um processo é a garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição aos mesmos que não prevista em lei”.<sup>46</sup>

O sistema penal está submetido a um legalismo estrito, ou seja, o desvio punível é aquele formalmente descrito pela lei, sem levar em consideração as características pessoais do agente. A punição recairá sobre as condutas que se enquadrarem perfeitamente a todos os elementos do tipo penal. Assim, impossibilita que o aplicador da lei qualifique como delitos todos os atos que considere imorais ou merecedores de sanção. O princípio da reserva legal é “uma norma dirigida aos juízes, aos quais prescreve a aplicação das leis tais como são formuladas”.<sup>47</sup>

Devido à natureza subsidiária e fragmentária do direito penal, ao contrário do processo civil, que se satisfaz com a mera verdade formal, a persecução criminal tem como escopo a descoberta da verdade real, ou seja, independente do ônus da prova, o que interessa

---

<sup>46</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: *Lumen Jures*, 2007, p. 3

<sup>47</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31

saber é o que realmente aconteceu no plano fático, ou pelo menos desvendar uma versão aproximada dos acontecimentos, uma vez que a verdade absoluta é apenas um modelo ideológico, que nunca será atingido completamente.

Assim, para que ninguém seja submetido à sanção penal sem ter sido efetivamente o autor do delito investigado, é necessário um exame profundo das provas produzidas, perseguindo sempre a verdade real, objetivo máximo da persecução criminal, uma vez que no processo penal não se admitem as presunções das quais se utiliza o Direito Civil na resolução das lides, em geral, de natureza privada.

Nessa linha de raciocínio, encontramos as lições de Júlio Fabbrini 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.<sup>48</sup> (grifos no original)

O princípio da verdade real está intimamente ligado ao princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência, pois no processo penal ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Portanto esta deve sempre revelar o verdadeiro autor do delito. Portanto, a verdade real e todas as circunstâncias que norteiam o fato criminoso devem ser desvendadas.

Beccaria já advertia para o fato de que,

Um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. Só o

---

<sup>48</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 44

direito da força pode, pois, autorizar um juiz a infligir uma pena a um cidadão quando ainda se duvida se ele é inocente ou culpado.<sup>49</sup>

Justamente porque a finalidade máxima da persecução criminal é desvendar a verdade material, o juiz tem o poder de determinar, diante da inércia das partes, a produção de provas, ou seja, de ordenar que sejam trazidos ao processo elementos novos que possam influenciar no seu convencimento, sempre buscando a solução mais justa, uma vez que as sanções penais devem ser aplicadas como último remédio, ou seja, quando as sanções civis e administrativas não forem suficientes para reprimirem o ilícito. Para a doutrina,

O exercício eficaz do poder jurisdicional, desejo natural do Estado, sobretudo quando envolvidos bem jurídicos eleitos por ele próprio como de alta relevância, supõe uma correta aplicação do ordenamento jurídico, o que somente será alcançado com a perfeita delimitação fática sobre a qual incidirá o mandamento normativo.<sup>50</sup>

Guilherme Nucci assevera, que “a adoção do princípio da verdade real no processo penal tem por fim fomentar no juiz um sentimento de busca, contrário à passividade, pois estão em jogo os direitos fundamentais da pessoa humana, de um lado, e a segurança da sociedade, de outro”.<sup>51</sup> Portanto, o Magistrado pode ordenar a produção de provas sempre que não se sentir habilitado a decidir ou entender que as partes não trouxeram aos autos elementos de convicção necessários ao deslinde do caso.

Mas para que isso aconteça, há uma série de pressupostos. A atividade de juiz é supletiva à atuação do órgão acusatório. Ele não possui o livre arbítrio, ou seja, não tem o poder de requerer diligências imotivadamente, o que decorre do sistema acusatório adotado pelo Direito brasileiro. Assim como em todas as decisões de mérito durante o curso do processo, ele deve motivar a imprescindibilidade das provas que pretende produzir.

<sup>49</sup> BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*, p.35

<sup>50</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 117

<sup>51</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 350

A necessidade de motivação decorre de mandamento constitucional que determina que todas as decisões judiciais devem ser públicas e fundamentadas sob pena de nulidade. A fundamentação tem por finalidade assegurar o contraditório, garantir a impessoalidade da prestação jurisdicional e permitir o controle da atividade judicial pela sociedade como um todo, controle que também pode ser político. Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Recurso extraordinário. Garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Artigo 118, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar. 1. A garantia constitucional estatuída no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. 2. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. 3. A lavratura do acórdão dá conseqüência à garantia constitucional da motivação dos julgados. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.<sup>52</sup>

Ademais, as provas deverão ser produzidas sob o crivo do contraditório real, para que o acusado possa exercer seu direito de oposição a todo ato produzido pelo Ministério Público. Também não se admitirão provas ilícitas, consideradas assim, segundo Andrey Borges, “tanto a prova que viole disposições materiais quanto processuais. O que importa para caracterizar uma norma como ilícita é a violação de uma disposição constitucional ou legal”.<sup>53</sup>

O princípio do contraditório, no âmbito do processo, tanto civil quanto criminal, juntamente com o princípio da ampla defesa, é um dos princípios mais importantes, uma vez que assegura às partes em litígio e aos acusados em geral o direito de reagir às alegações formuladas pela parte contrária, e exercer assim a ampla defesa. Ensina Tourinho Filho:

<sup>52</sup> Brasil, RE 540995, Relator: Min. Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 19/02/2008

<sup>53</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Mendonça, 2009, p. 165

Em todo processo do tipo acusatório, como o nosso, vigora esse princípio, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa em relação a quem se propõe a ação penal, goza do direito “primário e absoluto” da defesa. O réu deve conhecer a acusação que se lhe imputa para poder contrariá-la, evitando assim possa ser condenado sem ser ouvido.<sup>54</sup>

Reforçando a idéia da interligação e interdependência dos princípios e garantias fundamentais, Frederico Marques considera o contraditório como imprescindível ao devido processo legal:

Sem o contraditório não pode haver *devido processo legal*. Uma vez que a lide tem sentido bilateral, porque a sua parte nuclear é constituída por interesses conflitantes, o processo adquire caráter verdadeiramente dialético, enquanto que a ação, como diz Canelutti, se desenvolve como contradição recíproca.<sup>55</sup> (grifos no original)

A inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito é outro princípio consagrado pela Constituição Federal, no seu artigo 5º, LVI reafirmado no Código de Processo Penal, no artigo 157, cujo *caput* determina o desentranhamento das provas ilícitas dos autos e veda no parágrafo primeiro as provas ilícitas por derivação, também denominada de teoria da árvore dos frutos envenenados: advinda do direito norte-americano, as provas ilícitas derivadas de provas ilícitas também estão contaminadas pela ilicitude.

Considera-se provas ilícitas aquelas produzidas com infringência às normas de direito material, provas ilícitas *stricto senso*, ou em desrespeito às normas formais, processuais, as quais são denominadas de provas ilegítimas. As primeiras são irrepetíveis, ou seja, não poderão ser produzidas em juízo em momento posterior, enquanto as segundas poderão ser produzidas posteriormente, no momento processual oportuno.

Sobre a vedação de provas ilícitas, o professor Eugênio Pacelli de Oliveira, ensina:

<sup>54</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 30ª Ed., vol.1, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 46

<sup>55</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª Ed., vol. 1, Campinas – SP: Millenium, 2000, p. 87

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões do Direito, as aludidas normas constitucional e legal, cumprem uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber: a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função eminentemente *pedagógica*, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.<sup>56</sup> (grifos no original)

Com o magistrado não poderia ser diferente. Mesmo tendo o poder de determinar a produção de provas, as normas e princípios constitucionais orientadores do processo penal devem ser observados para que garantias como a ampla defesa, o contraditório, a imparcialidade do julgador sejam mantidas.

## 2.2 - Previsão legal

A previsão legal da atividade instrutória do Juiz encontra-se no artigo 156 do Estatuto Processual Penal, *in verbis*:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

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

A possibilidade da produção antecipada de provas na fase do inquérito policial foi introduzida no ordenamento jurídico pela 11.690/08, que alterou recentemente o Código de Processo Penal. Já a produção antecipada de provas no curso da instrução processual já era prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, o juiz tem o poder de ordenar, durante o curso da instrução, a produção antecipada das provas consideradas urgentes, quando o réu citado por edital não comparecer ou não constituir advogado que o represente no ato, casos em que o processo será suspenso.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 295

Essa medida tem por objetivo impedir ou, pelo menos, evitar que os vestígios do crime, inclusive as testemunhas, desapareçam com o decorrer do tempo, obstando a descoberta da verdade substancial dos fatos e a impossibilitar que o magistrado decida o caso de forma justa.

O conceito de justiça é um ponto bastante controvertido na doutrina; não encontramos uma definição concreta e absoluta. A discussão do que seja justiça vem desde os tempos primórdios da história, quando os grandes escritores clássicos já travavam debates acerca do tema.

Os discursos de Platão giravam em torno da indagação do que seria o bem, na tentativa de descobrir o significado de justiça, associando os dois conceitos. Aristóteles apresenta um sistema de virtudes, entre as quais a justiça é a virtude máxima. Já Hans Kelsen, um dos positivistas mais renomados, associa a justiça com a idéia de felicidade social; para ele “um homem é justo quando seu comportamento corresponde a uma ordem social dada como justa”, o que “significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos e todos encontrarem sob ela a felicidade”.<sup>57</sup>

O problema é definir o que seria felicidade, pois se levada em consideração o aspecto individual e subjetivo, a felicidade de um seria a infelicidade do outro, tornando assim impossível a idéia de justiça como sendo a felicidade geral. Por isso, a concepção de justiça “transforma-se de princípio que garante a felicidade individual de todos em uma ordem social que protege determinados interesses, ou seja, aqueles que são reconhecidos como dignos dessa proteção pela maioria dos subordinados a essa ordem”.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: M. Fontes, 1998, p. 1

<sup>58</sup> KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: M. Fontes, 1998, p. 4

Independente de haver um conceito absoluto, todos tem em mente quando uma decisão é justa ou não. Nessas horas, convém lembrar-se da máxima que o juiz deve dar a cada um o que lhe é devido. Assim, o legislador institui ao magistrado a prerrogativa de determinar a antecipação das provas com a finalidade de garantir a utilidade plena do processo, sendo que, ao final do seu curso, a solução da lide seja a mais satisfatória possível.

Entretanto, mesmo gozando de discricionariedade para decidir, é importante que somente as provas consideradas urgentes sejam produzidas antes do momento processual oportuno, quando o trâmite regular do processo for suspenso. Sobre o conceito do caráter de urgência, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou recentemente:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PEDIDO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. DEFERIMENTO. CARÁTER DE URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. A produção antecipada de provas está adstrita àquelas consideradas de natureza urgente pelo Juízo processante, consoante sua prudente avaliação, no caso concreto. 2. A afirmação de que a passagem do tempo propicia um inevitável esquecimento dos fatos, como se deu na espécie, não é suficiente, por si só, para a produção antecipada da prova testemunhal. 3. Ressalte-se que, se considerada como verdade absoluta tal argumentação, implicaria a obrigatoriedade da produção antecipada da prova testemunhal em todos os casos de suspensão do processo, na medida em que seria reputada de antemão e inexoravelmente de caráter urgente, retirando do Juiz a possibilidade de avaliá-la no caso concreto. 4. Ordem concedida para determinar a anulação das provas produzidas antecipadamente, por falta de motivação concreta de sua necessidade.<sup>59</sup>

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios confira-se:

HABEAS CORPUS. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. NATUREZA CAUTELAR. EXCEPCIONALIDADE. ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MERA PROBABILIDADE DE AS TESTEMUNHAS ESQUECEREM OS FATOS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO COM BASE EM ELEMENTOS DO CASO CONCRETO. ILEGALIDADE. CONCESSÃO

<sup>59</sup> Brasil, HC 117.376/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18/12/2008

DA ORDEM. 1. A produção antecipada de provas é possível sempre que, atendidos os requisitos do artigo 366 do Código de Processo Penal, for demonstrada, mediante decisão motivada, a urgência da medida, com apoio nas circunstâncias do caso concreto. Sendo assim, não se admite a antecipação da prova só levando em conta o decurso do tempo ou a possibilidade de as testemunhas se esquecerem dos fatos. 2. Permitir a produção antecipada de provas pelo simples decurso do tempo implicaria admiti-la como regra, em todos os casos em que houvesse a suspensão do processo e o não comparecimento do réu citado por edital. 3. Habeas corpus conhecido e ordem concedida para declarar a nulidade da decisão que determinou a produção antecipada de provas, sem prejuízo de que outra, devidamente fundamentada no caso concreto, seja proferida.<sup>60</sup>

Portanto, de acordo com a jurisprudência majoritária, o juiz deve analisar a urgência de acordo com as peculiaridades de cada caso e explicitar os motivos que o levaram a decidir dessa forma. Não é em todo e qualquer caso de revelia que a produção antecipada das provas deve ser determinada; a medida deve ser analisada com cautela, por ser prevista pela legislação em caráter de excepcionalidade.

Como bem ressaltou Guilherme Nucci, em seu Código de Processo Penal Comentado, “não se deve banalizar o disposto neste artigo, crendo ser regra o que vem a ser exceção. Somente as provas realmente precíguas precisam ser efetivadas na ausência do réu, ainda que lhe seja nomeado defensor dativo”.<sup>61</sup>

Conforme já dito anteriormente, a faculdade de o magistrado determinar a produção antecipada de provas antes mesmo de iniciada a ação penal foi novidade trazida pela recente reforma do Código de Processo Penal. Essa possibilidade vem gerando debates acerca da constitucionalidade da norma, uma vez que ao órgão jurisdicional não compete o controle da investigação criminal, função esta atribuída pela Constituição Federal ao Ministério Público, a quem cabe fiscalizar externamente a atividade da polícia judiciária.

---

<sup>60</sup> Brasil, 20090020017237HBC, Relator Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, julgado em 12/03/2009

<sup>61</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. . **Código de Processo Penal Comentado**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 633

A polícia judiciária possui segundo a doutrina de Carnelutti, “dois objetivos, o primeiro dos quais, genuinamente administrativo, consiste em *impedir o delito* e o segundo, genuinamente judicial, consiste em *buscar e conservar as provas dele*, a fim de que seja assegurado o seu castigo”.<sup>62</sup> (grifos no original)

A doutrina majoritária tem se manifestado no sentido da impossibilidade de o juiz determinar de ofício a produção antecipada de provas antes de iniciada a ação penal, o que seria permitido, contudo, a requerimento dos interessados, quais sejam: o *Parquet*, detentor do poder de persecução; o ofendido, nos casos de ação penal de iniciativa privada; do investigado; ou com representação da autoridade policial.

Eugênio Pacelli defende também a inconstitucionalidade da norma. Entende que o órgão jurisdicional não deve cuidar da investigação criminal e nenhuma providência deve ser tomada de ofício pelo magistrado para fins de preservação de material a ser colhido na fase pré-processual, afirmando ainda que:

O juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação. A rigor, a jurisdição criminal somente se inicia com a apreciação da peça acusatória (art. 395 e art. 396, CPP). No curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica em enquanto tutela dos respectivos procedimentos. O juiz quando defere uma prisão cautelar, quando defere uma interceptação telefônica ou a quebra de uma inviolabilidade pessoal, não está nem nesse momento protegendo os interesses da investigação criminal. Na verdade, como garantidor que é das liberdades públicas, ele estará exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades nos limites da Constituição da República e do devido processo legal.<sup>63</sup>

No entanto, enquanto não houver pronunciamento da Suprema Corte, a norma é válida e deve ser interpretada conforme a intenção do legislador no momento de sua edição. Dessa maneira, para que seja possível a produção antecipada de provas,

---

<sup>62</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. 1ª Ed., Campinas – SP: Bookseller, 2004, p. 250

<sup>63</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 288

imprescindível a demonstração dos dois requisitos básicos para qualquer medida cautelar: a relevância (*fumus boni iures*) e a urgência (*periculum in mora*).

A relevância significa a utilidade da prova para a solução do caso, enquanto a urgência diz respeito ao perigo de perecimento dos vestígios deixados pelo autor do crime.

Segundo Andrey Borges de Mendonça:

*A relevância se verifica pela pertinência – ou seja, que a prova diga respeito aos fatos de eventual processo futuro ou do próprio processo já instaurado – e pela importância da prova no deslinde eventual da causa. A urgência, por sua vez, caracteriza-se pelo risco de desaparecimento da prova, ou seja, pela presença do *periculum in mora*.<sup>64</sup> (grifos no original)*

Interessante mencionar a importância de estarem presentes também os indícios suficientes de autoria e a prova da materialidade do crime, requisitos que permeiam a maioria das decisões interlocutórias proferidas durante o curso do processo penal, como a decisão que recebe a denúncia, a decretação de prisão provisória, a sentença de pronúncia no rito do Tribunal do Júri, competente para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre outras. O magistrado, que for competente para o julgamento da causa, de acordo com as regras de competência instituídas em lei, deve analisar a viabilidade da ação penal, até mesmo para justificar a utilidade futura da medida cautelar.

Decidido pela produção antecipada ainda na fase investigativa, a qual será realizada em juízo, o Magistrado se tornará prevento, conforme regra expressa no artigo 83 do CPP. A competência por prevenção restará verificada quando o juiz praticar algum ato do processo ou medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa. Haverá, em seguida, a intimação do Ministério Público, bem como a do investigado, que deverá comparecer acompanhado por advogado constituído, com a finalidade de garantir

---

<sup>64</sup> MENDONÇA, Andrey Borges de. . **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Mendonça, 2009, p. 158

o exercício do contraditório real e efetivo. Registre-se, por oportuno, que o investigado não será citado, apenas será intimado, por não existir, ainda, acusação formulada.

Quanto à hipótese do inciso II, do artigo 156, a reforma processual não alterou o teor do dispositivo; a redação prevista anteriormente no *caput* do mesmo artigo permaneceu idêntica. Portanto, o Juiz poderá determinar, sempre que entender insuficientes as provas produzidas pelas partes ou tiver conhecimento de outras possíveis, a realização de diligências no intuito de dirimir dúvida sobre ponto relevante, seja a oitiva de testemunhas, a realização de perícias, a juntada de documentos ou qualquer outro meio admitido pela legislação pátria.

Corroborando os argumentos expostos, vale trazer à colação as lições de Ada Pellegrini Grinover:

O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento. Mas se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado. Até as regras processuais, que se destinam apenas ao regular desenvolvimento do processo, não podem obstar ao poder-dever do juiz de esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau possível de certeza, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente acontecerá se o provimento jurisdicional for o resultado da incidência da norma sobre fatos efetivamente ocorridos.<sup>65</sup>

Necessário destacar que a atividade instrutória do Juiz é supletiva à das partes, acusado e Ministério Público. Nesse sentido, expõe Mougnot:

O exercício do poder instrutório conferido ao magistrado deve ser moderado. Não pode ele substituir-se às partes, conduzindo toda a instrução. Com efeito, se, no momento em que for sentenciar, reconhecer o juiz que não se

---

<sup>65</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília 1(18) – jan/jun.2005: *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório*, p. 19

encontra suficientemente provada a acusação deverá absolver o réu em atenção ao princípio do favor rei ou *in dubio pro reo*.<sup>66</sup>

O sistema acusatório, adotado pelos Estados que preconizam os princípios democráticos na ordem normativa, não admite que o órgão judiciário substitua os encarregados de provar os fatos que forem sendo suscitados durante o curso da instrução, evitando uma atividade tipicamente acusatória por parte do Magistrado, característica do sistema inquisitivo, incompatível com os princípios e garantias fundamentais previstas pela Constituição da República.

---

<sup>66</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal anotado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 299

### 3 – QUESTÕES POLÊMICAS

#### 3.1 – A iniciativa instrutória do Juiz e o princípio da imparcialidade

A inovação trazida pela recente reforma do Código de Processo Penal referente à possibilidade de o Juiz requerer a produção antecipada de provas antes durante a fase do inquérito policial vem gerando debates doutrinários acerca da imparcialidade do magistrado. Parte da doutrina entende que ao ordenar a produção de provas antes de iniciada a ação penal, ele estaria se comprometendo com a versão da acusação. Estaria, na verdade, investigando as circunstâncias do caso e exercendo a função de polícia judiciária.

A imparcialidade é uma das características da jurisdição. Decorre de todas as garantias e direitos individuais estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito. O Juiz exerce a sua função num caráter de substitutividade, ou seja, ele substitui a vontade dos conflitantes pela sua própria e se afasta dos interesses das partes para proferir a decisão mais justa, sem que as suas íntimas convicções influencie na decisão.

Nesse aspecto, a boa doutrina ensina:

A imparcialidade corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supra-ordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige um estar alheio aos interesses das partes na causa.<sup>67</sup>

Portanto, o magistrado deve sempre funcionar como parte desinteressada no resultado útil do processo, já que ele representa a vontade do Estado de compor as lides e resolver conflitos, restabelecendo a paz social. Para a doutrina, a imparcialidade se caracteriza pelo:

---

<sup>67</sup> LOPES JR., AURY. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª Ed, Rio de Janeiro, Editora *Lumen Juris*, 2005, p. 84

Desinteresse subjetivo do juiz diante do caso posto a julgamento, ficando este impedido de servir aos interesses subjetivos de alguma das partes processuais. Deve, por consequência, atuar como um observador desapassionado, exercendo o poder jurisdicional com isenção, sem permitir que fatores alheios interfiram na condução da marcha processual e no conteúdo de sua decisão.<sup>68</sup>

Pode-se dizer que uma sentença está de acordo com os ideais de justiça quando proferida sem interferência das convicções pessoais do julgador. O órgão jurisdicional deve se manter inerte pelo menos enquanto não houver acusação formal e aguardar primeiramente a iniciativa das partes. Portanto, enquanto não iniciado o processo, o Juiz deve se distanciar dos atos investigatórios para não comprometer a sua visão imparcial, necessária durante toda a instrução processual.

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA. REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO POR JUIZ DURANTE A FASE INQUISITÓRIA, ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 3º, DA LEI DE PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO QUE PERMITA AO MAGISTRADO PROCEDER À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. RETORNO AO SISTEMA INQUISITÓRIO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E GARANTIAS DO CIDADÃO. RECURSO PROVIDO. 1. Hipótese em que o Juiz, antes de haver, sequer, o oferecimento da denúncia, estando ainda no curso da investigação preliminar, se imiscuir nas atividades da polícia judiciária e realizar o interrogatório do réu, utilizando como fundamento o artigo 2º, § 3º, da Lei 7.960/1989. (...) 4. O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal, eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional. 5. O sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo e contemplado pela Constituição da República de 1988 diferencia-se do sistema inquisitório porque nesse a gestão da prova pertence ao Juiz e naquele às partes. 6. No Estado Democrático de Direito, as garantias processuais de julgamento por Juízo imparcial, obediência ao contraditório e à ampla defesa são indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais do homem. 7. Recurso provido.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 140

<sup>69</sup> Brasil, RHC 23.945/RJ, Relatora Ministra Jane Silva, sexta turma, julgado em 05/02/2009

Como forma de prevenir a mácula de imparcialidade nas sentenças judiciais, o ordenamento jurídico possui mecanismos aptos a evitar que o magistrado decida o caso quando houver suspeitas de que os seus elementos subjetivos concorrem com o interesse de uma das partes. Exemplo disso são as disposições referentes aos casos de suspeição e impedimento, exceções que podem ser opostas não somente quanto aos juízes, mas também quanto aos membros do Ministério Público, peritos, serventuários da justiça, entre outros.

A suspeição possui a característica de subjetividade. Segundo regra inserta no artigo 254 e seus incisos do CPP ocorre sempre que o Juiz for amigo íntimo ou inimigo capital de uma das partes; se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, responder a processo por fato semelhante, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer dos litigantes; se tiver aconselhado, for credor ou devedor, tutor ou curador de qualquer das partes; ou for sócio acionista, administrador de sociedade interessada no processo.

O próprio Juiz deve se declarar suspeito e se não o fizer pode ser rejeitado por qualquer das partes. Antigamente o Magistrado não precisava explicitar os motivos pelos quais se esquivava de acompanhar o deslinde da causa e proferir a decisão final. Ele poderia apenas declarar motivo de foro íntimo, cabendo ao Tribunal examinar a razoabilidade da alegação.

Atualmente, por determinação da resolução 82 do Conselho Nacional de Justiça, de 09 de junho de 2009, o Magistrado de primeiro grau que se declarar suspeito por motivo de foro íntimo, será obrigado a explicar as suas razões, em ofício reservado a sua

---

Corregedoria ou ao Tribunal a que está vinculado. O mesmo ocorre com os Desembargadores, que devem encaminhar os motivos ao Conselho Nacional de Justiça.

Os impedimentos são caracterizados pela objetividade. São casos de envolvimento de parentes consangüíneos ou afins no mesmo processo em que o Magistrado esteja atuando; casos em que ele tenha exercido outra função durante a instrução; ou que ele já tenha proferido decisão em outra instância.

O artigo 252 do CPP elenca um rol taxativo de situações em que o Juiz não poderá exercer jurisdição no processo, são elas: quando tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito; ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; tiver funcionado como juiz de outra instância; ou ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no deslinde da causa.

Para garantir que a atividade do julgador seja efetivamente imparcial, além dos dispositivos legais acerca da suspeição e dos impedimentos, o Estado assegura que o Magistrado seja independente. A independência significa a garantia de que o Juiz não deve se submeter a pressões de poderes externos, assim como a segurança de que o magistrado pode atuar com autonomia quanto a pressões internas.

A garantia da independência reflete no livre convencimento do Juiz. Somente pode tomar uma decisão livre aquele que não cede a pressões políticas ou decide de acordo com a vontade da maioria. Para se ter um Juiz natural, imparcial e que desempenhe a

sua função de garantidor no processo penal, deve estar superior a quaisquer espécies de pressão ou manifestação política.<sup>70</sup>

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. O Juiz que ordena a realização de qualquer diligência revela certo interesse de que o acusado seja processado. Nesse sentido, encontram-se as lições de Lopes Jr., confira-se:

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de *atividade* e o outro de *inércia*.<sup>71</sup> (grifos no original)

Dessa forma, ao determinar a oitiva de testemunhas, decretar a busca e apreensão, decretar a prisão preventiva de ofício, determinar o sequestro de bens, entre outras medidas, antes de haver uma acusação formal, o Juiz assume a posição de órgão acusatório, que pela natureza de sua atividade exerce a sua função parcialmente, empenhado no resultado útil da persecução criminal.

Nem mesmo o Ministério Público, detentor do *jus puniendi*, tem o poder de investigar completamente o caso. Infere-se das regras constitucionais que a ele é vedado presidir as investigações, sendo facultada a realização de atos investigatórios com reservas, conforme se manifestou recentemente o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. (...) DADOS OBTIDOS EM INQUÉRITO POLICIAL. BUSCA E APREENSÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PARA PROCEDER À

<sup>70</sup> LOPES JR., AURY. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª Ed, Rio de Janeiro, Editora *Lumen Juris*, 2005, p. 73

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 85

INVESTIGAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS INCISOS XI E XII DO ART. 5º DA CF/88. INEXISTÊNCIA. LEI Nº 9.296/96. ORDEM DENEGADA. 1. A teor do disposto no art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal, e nos arts. 8º, II e IV, da Lei Complementar nº 75/93, e 26 da Lei nº 8.625/93, o Ministério Público, como titular da ação penal pública, pode proceder às investigações e efetuar diligências com o fim de colher elementos de prova para o desencadeamento da pretensão punitiva estatal, sendo-lhe vedado tão somente realizar e presidir o inquérito policial. 2. Ademais, o requerimento de busca e apreensão e seu acompanhamento direto pelo Ministério Público, assim como qualquer outro pedido destinado ao esclarecimento dos fatos, se insere no âmbito normal de atuação do Parquet, conforme se depreende da leitura dos arts. 47 e 242 do Código de Processo Penal, não havendo, portanto, que se falar em violação ao princípio da legalidade. 3. No caso, a busca e apreensão foi determinada por autoridade competente, em razão da necessidade de se apurar melhor os fatos investigados em inquérito policial, sendo a diligência cumprida pela Polícia Federal, acompanhada pelo Ministério Público do Estado. Não há, portanto, que se falar em ofensa ao princípio constitucional contido no inciso XI do art. 5º da CF/88. 4. De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.296/96 autoriza, em sede de persecução criminal e, mediante autorização judicial, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática. Com efeito, não se vislumbra, à primeira vista, qualquer vício passível de contaminar o ato processual ora imputado, sendo certo que também não foi violado o art. 5º, XII, CF/88 (...). 7. Ademais, os limites do acolhimento das provas produzidas na busca e apreensão, bem como quais, efetivamente, serão utilizadas para embasar eventual denúncia são questões a serem dirimidas no momento processual oportuno, notadamente, após o exame da tese no Tribunal de origem, sendo prematura qualquer consideração a respeito. 8. Habeas corpus denegado.<sup>72</sup>

Registre-se por oportuno, que, diferentemente da situação do Magistrado quando participa dos atos investigativos no inquérito policial, o membro do Ministério Público que acompanha ativamente a fase pré-processual não deve ser declarado suspeito, porque atua em nome do Estado e defende os anseios da sociedade. Corroborando esta tese, a Corte Superior entende que:

CRIMINAL. HC. TORTURA. CONCUSSÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATOS INVESTIGATÓRIOS. LEGITIMIDADE. ATUAÇÃO PARALELA À POLÍCIA JUDICIÁRIA. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. ÓRGÃO MINISTERIAL QUE É TITULAR DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO. SÚMULA N.º 234/STJ. ORDEM DENEGADA. 1- São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, na medida em que a atividade de investigação é consentânea com a sua finalidade constitucional (art.129, inciso IX, da Constituição Federal), a quem cabe exercer, inclusive,

<sup>72</sup> Brasil, HC 33.682/PR, Relator Ministro OG Fernandes, sexta turma, julgado em 16/04/2009

o controle externo da atividade policial. 2- Esta Corte mantém posição no sentido da legitimidade da atuação paralela do Ministério Público à atividade da polícia judiciária, na medida em que, conforme preceitua o parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, sua competência não exclui a de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. Precedentes. (...) 4- Os elementos probatórios colhidos nesta fase investigatória servem de supedâneo ao posterior oferecimento da denúncia, sendo o parquet o titular da ação penal, restando justificada sua atuação prévia. 5- "A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia" (Súmula n.º 234/STJ). 6- Ordem denegada.<sup>73</sup>

Quanto à iniciativa instrutória do Juiz no curso do processo, não há que se falar em quebra da imparcialidade, a não ser em casos específicos e raros. De certa forma, o magistrado tem interesse no processo, no sentido de empreender esforços para proferir a decisão mais razoável e mais próxima da realidade fática. O seu interesse consiste em descobrir a verdade dos fatos e não em beneficiar uma parte em detrimento da outra.

Portanto, mesmo ordenando a produção de provas, o Juiz mantém sua equidistância das partes, decidindo de forma imparcial. O indispensável para ele é que saia vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquele cujo bem da vida esteja protegido pelo direito, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente a sua função.

### **3.2 – A iniciativa instrutória do juiz e o princípio da paridade de armas**

O princípio da paridade de armas refere-se ao tratamento igualitário dispensado aos sujeitos processuais, ou seja, a ambas as partes devem ser dadas as mesmas oportunidades, em igualdade de condições, para praticarem os atos processuais. Assim, tanto o Ministério Público quanto a defesa do acusado devem ser tratados igualmente, sem qualquer tipo de distinção ou privilégio, o que não se verifica na realidade do processo penal,

---

<sup>73</sup> Brasil, HC 84.266/RJ, Relatora Ministra Jane Silva, quinta turma, julgado em 04/10/2007

estigmatizante por sua própria natureza. Sobre o réu paira o pré-julgamento da sociedade, que o condena e o discrimina antecipadamente.

Acerca da igualdade de condições, a boa doutrina ensina que:

Em se tratando de ação penal pública de caráter condenatório, sem dúvida alguma, é o Ministério Público parte processual, isto é, parte em sentido processual. Desta forma, o tratamento a ser dispensado a este órgão deve ser rigorosamente o mesmo a ser dispensado à defesa, em respeito ao princípio em apreço, como também ao princípio da isonomia.<sup>74</sup>

Portanto, autor e réu deverão ter os mesmos direitos, mesmos ônus e mesmos deveres<sup>75</sup>. Os desequilíbrios em determinados aspectos da legislação processual penal, especialmente em benefício da defesa, tem por objetivo assegurar a proporcionalidade. O Ministério Público possui o aparelho do Estado para apoiá-lo na persecução criminal, enquanto o acusado possui apenas a sua própria vontade e o auxílio de seu advogado, o que acaba provocando as disparidades.

Antonio Scarance ainda acrescenta que o tratamento diferenciado no processo penal entre acusação e defesa, em favor desta, está justificado por outros princípios também relevantes, como os do favor rei e *in dubio pro reo*<sup>76</sup>, os quais determinam que na dúvida, quando não houver meios prova suficientes ou possíveis de serem produzidos, deve-se decidir a favor do réu.

O princípio do favor rei deriva do princípio da presunção de inocência e de outras tantas garantias que visam proteger a liberdade individual. Em sua substância, determina que havendo duas interpretações, deve-se optar pela mais benéfica ao acusado, ou

---

<sup>74</sup> BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2003, p. 152

<sup>75</sup> FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal constitucional**. 3ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 49

<sup>76</sup> *Ibidem*.

seja, “na dúvida, absolve-se o réu por insuficiência de provas”<sup>77</sup>. Sobre a importância deste 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.<sup>78</sup>

As oportunidades oferecidas em benefício da defesa devem obedecer ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Em nome de garantias mais importantes, no caso a liberdade individual, o direito ou interesse de uma das partes deve ser sacrificado.

Exemplo claro de aplicação desses princípios constitucionais é a revisão criminal, que somente pode ocorrer para beneficiar o condenado, não tendo o Ministério Público legitimidade para propor tal medida. A respeito do assunto, Luiz Gustavo Grandinetti leciona que:

As peculiaridades das partes e a natureza de sua constituição podem autorizar outras desigualdades. Importante, contudo, é estabelecer uma situação de igualdade que possibilite às partes a consecução de seu objetivo. Assim não viola o princípio a vedação de a parte acusadora intentar a revisão criminal. Fundamentos de ordem político-legislativa fizeram com que o legislador optasse pela estabilidade da sentença absolutória em detrimento da verdade real, absoluta, que poderia em tese, ser resgatada por uma eventual revisão criminal.<sup>79</sup>

Outro exemplo que pode ser citado é a disposição normativa do revogado artigo 585, do CPP que tratava da deserção do recurso de apelação no caso de fuga do sentenciado. Mesmo vigente a disposição, a jurisprudência deixava de aplicá-la por se tratar

<sup>77</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44

<sup>78</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 71

<sup>79</sup> CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo Penal em face da Constituição – princípios constitucionais do processo penal**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 17

de ofensa ao princípio da proporcionalidade, da igualdade e principalmente do princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ART. 595 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APELAÇÃO JULGADA DESERTA EM RAZÃO DO NÃO RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS E AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O não recolhimento do réu à prisão não pode ser motivo para a deserção do recurso de apelação por ele interposto. 2. O art. 595 do Código de Processo Penal institui pressuposto recursal draconiano, que viola o devido processo legal, a ampla defesa, a proporcionalidade e a igualdade de tratamento entre as partes no processo. 3. O fato de os efeitos do julgamento da apelação dos co-réus terem sido estendidos ao paciente não supre a ausência de análise das razões por ele mesmo alegadas em seu recurso. 4. O posterior provimento pelo Superior Tribunal de Justiça do recurso especial da acusação não alcança a esfera jurídica do paciente, cuja apelação não havia sido julgada. Possíveis razões de ordem pessoal que poderiam alterar a qualidade da sua participação nos fatos objeto de julgamento. Adoção da teoria monista moderada para o concurso de pessoas, que leva em consideração o dolo do agente (art. 29, § 2º, do Código Penal). 5. Ordem concedida, para determinar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios proceda ao julgamento do mérito da apelação interposta pelo paciente. Somente contra esse futuro julgamento é que eventual recurso acusatório poderá ser interposto contra o paciente.<sup>80</sup>

Com isso, as medidas processuais disponibilizadas exclusivamente em favor da defesa tem por objetivo garantir a paridade de armas tendo em vista que o acusado é na maioria das vezes parte hipossuficiente diante do aparelho estatal organizado para fins do exercício de seu *jus puniendi*.

Os princípios constitucionais se apresentam indissociáveis, pois se encontram extremamente interligados formando “um todo, uma idéia fundamental assumida pelo legislador constituinte, e que está abrigada na Constituição em mais de um dispositivo, em mais de uma oportunidade”<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Brasil, HC 84469, relator: Min. Joaquim Barbosa, segunda turma, julgado em 15/04/2008

<sup>81</sup> CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo Penal em face da Constituição – princípios constitucionais do processo penal**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 17

À garantia da isonomia segue-se o exercício do contraditório, da ampla defesa e, conseqüentemente, as partes deverão ter as mesmas oportunidades de se manifestarem durante o rito processual. Percebe-se que essa “idéia fundamental pode ser extraída da preocupação da Constituição em estabelecer um processo legal e justo”.<sup>82</sup>

O princípio da paridade de armas está intimamente ligado ao princípio da isonomia, consagrado pela Carta constitucional. Apesar de ser impossível se atingir a igualdade substancial entre os sujeitos processuais, o ordenamento jurídico procura minimizar as disparidades, sempre buscando assegurar a eles um tratamento igualitário.

Atribui-se ao Magistrado a responsabilidade de zelar pelos princípios que norteiam a relação processual. Como representante do órgão jurisdicional, deve fiscalizar se as partes estão tendo as mesmas oportunidades, sem privilégio para qualquer delas. Corroborando com os argumentos expostos, a doutrina considera que

Tem o julgador um papel relevante na preservação e efetividade da garantia em apreço, visto que cabe ao juiz, pois, não só o poder, mas o dever de resguardar o equilíbrio entre as partes, recorrendo sempre que necessário, aos princípios constitucionais que vêm garantir um processo legal e ágil, em que não possam interferir as diferenças básicas entre as pessoas.<sup>83</sup>

Portanto, além de julgar e decidir os conflitos intersubjetivos de interesse, o Juiz também exerce a atividade de fiscal do cumprimento das garantias dos indivíduos. Ainda sobre a função do Juiz no processo penal, Aury Lopes Jr. acrescenta:

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

---

<sup>82</sup> CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo Penal em face da Constituição – princípios constitucionais do processo penal**. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 17

<sup>83</sup> BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2003, p. 155

direitos fundamentais. É uma legitimidade democrática, fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial.<sup>84</sup>

Dessa forma, além de julgar, o Juiz tem a função de assegurar aos jurisdicionados que a decisão final não conflitará com os preceitos fundamentais quanto aos direitos e garantias individuais do homem contidos na Constituição, demonstrando que sua intenção é fazer a melhor justiça sem que as partes sejam tratadas desigualmente.

A determinação de produção de provas pelo Magistrado pode ser considerada como uma ofensa ao princípio da paridade de armas, uma vez que, assim agindo, exerce verdadeira função de polícia judiciária ou, na opinião de alguns doutrinadores, a função do órgão acusatório, nas hipóteses que a medida ocorre quando o processo já se encontra em andamento. Verifica-se dessa maneira a atuação de dois sujeitos estatais na atividade acusatória.

Gilson Bonato acrescenta que:

A relação entre os sujeitos se desenvolve, no sistema acusatório, baseada no princípio da igualdade das partes, tendo o juiz a função de árbitro, sem iniciação de investigação. Destaque-se, neste tópico, a não interferência do julgador na colheita das provas, aguardando a produção desta pelas partes, para posterior julgamento.<sup>85</sup>

O acusado é parte debilitada na relação processual, por não ter amparo estatal tão eficiente quanto ao do Ministério Público. O Juiz ao tomar partido do interessado na persecução criminal, seja a polícia judiciária seja o *Parquet*, transforma o relativo desequilíbrio em desigualdades exorbitantes. Assim, muitas garantias são violadas, fazendo com que o direito ao acesso à justiça não seja usufruído de forma plena, ou seja, o próprio Estado desestimula a sociedade a procurar a solução dos seus conflitos no direito.

---

<sup>84</sup> LOPES JR., AURY. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª Ed, Rio de Janeiro, Editora *Lumen Juris*, 2005, p. 73

<sup>85</sup> BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2003, p. 92

A iniciativa instrutória no curso do processo não causa tanto prejuízo, já que, na maioria das vezes, a intenção do Juiz é desvendar fatos obscuros que beneficiarão à defesa do acusado, para não cometer injustiças condenando quem não seja o autor efetivo do fato típico. Na prática, não há necessidade de ordem dessa natureza em favor do Ministério Público, o qual tem meios mais eficientes de produzir a prova que lhe interessa.

Observados os requisitos para a determinação, pode-se dizer que a medida em nada exerce influência no tratamento das partes, pois ambas poderão utilizar os meios inerentes ao seu papel desempenhado no processo para provarem o alegado, nas iguais oportunidades disponibilizadas no decorrer do procedimento.

Quanto à produção antecipada de provas, a doutrina vem se manifestando em sentido contrário. Nestes casos, verifica-se que o Magistrado revela certo interesse na investigação criminal e, sendo assim, age como se polícia judiciária fosse.

Mesmo que não exista contraditório e ampla defesa na fase de inquérito policial, o indiciado tem o direito de se manifestar sem que haja um pré-julgamento por parte do responsável pela decisão final. O Magistrado deve se manter inerte até que o Ministério Público ou o querelante tome a iniciativa de propor a ação penal.

Apenas a partir desse momento, o Juiz começa a figurar como sujeito no processo, tendo o direito de ordenar a produção de provas, caso não julgue suficientes as produzidas pelas partes. Portanto, o magistrado deveria exercer sua autoridade somente quando o legitimado a propor a ação penal efetivar o seu direito, sob pena de voltar-se aos primórdios do sistema inquisitivo, no qual as funções de acusar e julgar se concentravam nas mãos do Magistrado.

## CONCLUSÃO

O objetivo de ordenamento jurídico conferir ao Magistrado a prerrogativa de determinar a produção de provas é de que se desvende a verdade real dos fatos para que ninguém seja condenado inocentemente. Não se admite o julgamento pautado pela incerteza ou por meros indícios. Diferente do processo civil, no processo penal a verdade formal não pode ser usada como forma de provar o alegado.

Dessa forma, quando as provas produzidas pelas partes se mostrarem insuficientes para o deslinde da causa de forma justa, o Juiz pode ordenar a realização das medidas que julgar necessárias para se descobrir a realidade dos fatos. No entanto, esta atividade deve ser supletiva à das partes. O Magistrado não pode atuar na produção de provas da mesma forma que atua o órgão acusatório.

Além disso, a legislação processual penal confere ao Magistrado a possibilidade de determinar a produção das provas que considerar urgente e relevante mesmo antes de o Ministério Público oferecer denúncia. Verifica-se que a intenção do legislador foi conferir ao Juiz a atuação desde a fase do inquérito policial.

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 e detentor *do jus puniende* do Estado manifeste a sua vontade em apresentar uma acusação formal contra o investigado.

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 e ele tiver conhecimento de provas a serem produzidas, sem as quais o caso não poderá ser resolvido.

Qualquer atividade praticada de ofício pelo Juiz antes do oferecimento da acusação formal demonstra 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, que demonstrou seu interesse na causa ao ordenar a produção antecipada de provas. Assim, o aparato estatal construído pela necessidade do restabelecimento da paz social afetada pela prática do crime, depara-se totalmente contra o acusado, fazendo com um lado da balança, no caso o do Estado se encontre mais pesado, o que se afasta dos objetivos do Direito e da verdadeira justiça.

Portanto, de acordo com os princípios básicos do Estado Democrático de Direito, considera-se que a legislação processual regrediu ao conferir ao Magistrado o poder de determinar a produção de provas antes do início do processo, instalando assim resquícios do sistema inquisitivo no ordenamento jurídico brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1. 30ª Ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2008.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10ª Ed., Rio de Janeiro: Editora *Lumen Júris*, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. 2ª. Ed. São Paulo: Editora Mendonça, 2009.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2ª Ed., vol. 1, Campinas – SP: Millenium, 2000.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª Ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.
- KELSEN, Hans. **O que é justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. 1ª Ed., Campinas – SP: Bookseller, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília 1(18) – jan/jun.2005: *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório*.
- BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal anotado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

LOPES JR., AURY. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista.** 2ª Ed, Rio de Janeiro, Editora *Lumen Juris*, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal constitucional.** 3ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. **O processo Penal em face da Constituição – princípios constitucionais do processo penal.** 2ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais.** Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2003.