



Centro Universitário de Brasília  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

**LUÍS HENRIQUE NEVES GONZAGA MARQUES**

**O ARTIGO 156, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E AS RESTRIÇÕES DA  
INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NAS FASES EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL**

**Brasília  
2012**

**LUÍS HENRIQUE NEVES GONZAGA MARQUES**

**O ARTIGO 156, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E AS RESTRIÇÕES DE INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NAS FASES EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Georges Seigneur.

**Brasília  
2012**

**LUÍS HENRIQUE NEVES GONZAGA MARQUES**

**O ARTIGO 156, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E AS RESTRIÇÕES DE INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NAS FASES EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Georges Seigneur.

Brasília, 04 de Maio de 2012.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Nome do (a) examinador (a)

---

Nome do (a) examinador (a)

À minha mãe Andrea, ao meu pai Balbino e à minha irmã Giuliana,  
alicerces do meu sorriso.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, preliminarmente, ao meu orientador, Dr. Georges Seigneur por toda instrução na realização do presente projeto de pesquisa, pelas oportunidades no âmbito laboral e, acima de tudo, pela amizade.

Às Dras. Ana Maria, Maria Cristina e Carolina, pela humildade, dedicação e carinho na árdua tarefa de complementação da minha formação acadêmica.

À Camila, David, Júlio e Vanessa, pela atenção incondicional em sanar minhas dúvidas jurídicas, bem como pelo empréstimo de material essencial destinado à produção desta pesquisa científica.

À Lucas, Melissa e Paula, pela constante motivação, pelos ensinamentos de vida e pelo contorno de alegria dado às minhas tardes.

Ao grande amigo, Ricardo Santoro, por ter despertado em mim o vício pela leitura e pela escrita.

Por fim, agradeço a todos familiares que estiveram sempre presentes nos momentos de derrotas e de vitórias, sustentando minha alegria de viver.

*“Nada é mais perigoso do que axioma comum de que é necessário  
consultar o espírito da lei.”*

*Cesare Beccaria*

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar o inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal, frente a princípios processuais penais, ao sistema de persecução penal acusatório, ao garantismo e à incumbência do juiz perante o material probatório, bem como frente à colheita de prova, na fase preliminar extrajudicial, qual seja o inquérito policial. Para tal empreitada, será necessário, também, analisar o caráter instrutório do juiz na fase processual, consubstanciado no inciso II, do artigo 156, do referido dispositivo legal, onde há limitações e restrições à sua atuação na colheita de provas.

**Palavras-chaves:** Processo Penal. Inconstitucionalidade. Iniciativa probatória do juiz. Inquérito. Ação penal. Sistema Acusatório. Sistema Inquisitivo. Princípios.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>1 O PROCESSO PENAL E SEUS PRINCÍPIOS</b> .....	<b>10</b>
<b>1.1 Princípios</b> .....	<b>11</b>
1.1.1 <i>O princípio do devido processo legal</i> .....	12
1.1.2 <i>O princípio do contraditório</i> .....	13
1.1.3 <i>O princípio da ampla defesa</i> .....	15
1.1.4 <i>O princípio da imparcialidade</i> .....	16
1.1.5 <i>O princípio da presunção de inocência</i> .....	19
1.1.6 <i>O princípio da verdade real</i> .....	21
<b>2 PERSECUÇÃO PENAL</b> .....	<b>25</b>
<b>2.1 Garantismo</b> .....	<b>26</b>
<b>2.2 Sistemas</b> .....	<b>29</b>
2.2.2 <i>O sistema inquisitivo</i> .....	30
2.2.3 <i>O sistema acusatório</i> .....	31
2.2.4 <i>O sistema misto</i> .....	34
<b>2.3 Ação penal</b> .....	<b>35</b>
2.3.1 <i>A prova na ação penal</i> .....	37
2.3.2 <i>O ônus da prova</i> .....	39
<b>2.4 Inquérito policial</b> .....	<b>39</b>
2.4.1 <i>A prova no inquérito policial</i> .....	42
<b>3 O ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ</b> .....	<b>45</b>
<b>3.1 O inciso II, do artigo 156, do Código de Processo Penal</b> .....	<b>45</b>
3.1.1 <i>O inciso II e o poder restritivo instrutório probatório do juiz</i> .....	46
3.1.2 <i>A limitação do inciso II, do artigo 156, pelo Superior Tribunal de Justiça</i> .....	49
<b>3.2 O inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal</b> .....	<b>50</b>
3.2.1 <i>A ADIN 1.570-2 e a inconstitucionalidade da iniciativa probatória do juiz declarada pelo STF</i> .....	52
3.2.2 <i>O inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal, e sua inconstitucionalidade</i> .....	58
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>62</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>65</b>



## INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira, ao se deparar com graves problemas sociais, dentre eles, a questão da segurança pública, vem cobrando atitudes rigorosas do Poder Judiciário brasileiro como se este fosse resolver todas as pendências que obstaculizam o desenvolvimento e a ordem no país.

Deposita-se todas as esperanças no Direito Penal e Processual Penal, quando, na verdade, estes instrumentos deveriam ser utilizados como *ultima ratio*.

Assim aduz Luigi Ferrajoli:

Infelizmente, a ilusão panjudicialista ressurgiu em nossos tempos por meio da concepção do direito e do processo penal como remédios ao mesmo tempo exclusivos e exaustivos para toda infração de ordem social, desde a grande criminalidade ligada a degenerações endêmicas e estruturais do tecido civil e do sistema político até as transgressões mais minúsculas das inumeráveis leis que são cada vez mais frequentemente sancionadas penalmente, por causa da conhecida inefetividade dos controles e das sanções não penais<sup>1</sup>.

Nesse aspecto, há ainda, no Brasil, quem meça o delito mais pela dignidade da pessoa ofendida do que por sua importância em relação ao bem-estar geral<sup>2</sup>.

Mesmo com o significativo avanço advindo de diversas reformas, muitos operadores do Direito acabam gerindo o processo penal de maneira equivocada, pois se apoiam exclusivamente em procedimentos populares, porém, ilegais, a fim de dar uma resposta ágil e efetiva à sociedade<sup>3</sup>.

Tais observações mostram-se pertinentes para estudar a Lei nº 11.690, de 2008, que trouxe ao Código de Processo Penal reformas importantes no que tange à instrumentalização do Direito Penal. Entretanto, ao analisar-se uma das alterações, depare-se com uma gravíssima desarmonia constitucional.

---

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 510.

<sup>2</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 40.

<sup>3</sup> CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão cautelar**: dramas, princípios e alternativas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011. p. 186.

O artigo 156, do referido Código, teve sua redação alterada, porém manteve intacta a parte que disciplina a iniciativa probatória do juiz na fase processual, a qual poderá ser realizada com restrições e em obediência aos parâmetros constitucionais.

Contudo, a incidência de um novo dispositivo, qual seja o inciso I, revelou uma inconstitucionalidade, a qual é notória e inaceitável em um país que vem se esforçando para credibilizar suas instituições, bem como o Estado Democrático de Direito:

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

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

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)<sup>4</sup>.

Dessa forma, para se chegar à conclusão da inconstitucionalidade do inciso I, do artigo 156, é necessário fazer uma breve recapitulação sobre os princípios que embasam a ação penal, sobre os sistemas de persecução penal, sobre o garantismo, sobre os institutos das fases de investigação, bem como de ação penal, sobre a relevância do material probatório para, enfim, alcançar o objetivo de demonstrar as restrições relativas à iniciativa probatória do juiz. É o que começará a ser feito a partir deste ponto.

---

<sup>4</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2012.

## 1 O PROCESSO PENAL E SEUS PRINCÍPIOS

O homem é um ser que vive em sociedade e se relaciona com seus semelhantes nas mais diversas formas. Assim, surgem neste jogo de relações, sentimentos de vaidade e interesse que acabam gerando conflitos. Para disciplinar e controlar a vontade humana é necessário que o Estado, sempre que possível, se faça presente e solucione os atritos advindos de tais relações sociais.

Desde sempre, é cediço que a tentativa de evitar todas as desordens é praticamente impossível, principalmente no universal combate das paixões humanas. Ao mesmo tempo em que há o crescimento populacional, o jogo de interesses particulares também aumenta na mesma proporção causando conflitos das mais variadas espécies<sup>5</sup>.

Nesse esteio, surge o Direito Penal como importante instrumento de manutenção da paz social<sup>6</sup>.

Para que a pena possa ser aplicada a quem comete uma falta grave perante a sociedade, não é necessário, apenas, que exista um injusto típico, mas também, que exista o devido processo penal, e que este respeite as garantias constitucionais<sup>7</sup>.

A efetivação da exteriorização do Direito Penal é realizada pelo Estado e se vale do processo, o qual é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena<sup>8</sup>.

Com a evolução da sociedade, as penas, os processos e as garantias individuais também não ficaram inertes. Hoje, o processo penal é termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 37.

<sup>6</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 1.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 3.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 4.

## 1.1 Princípios

O sistema processual é, além de um conjunto de normas, um conjunto de princípios que balizam a aplicação jurisdicional penal<sup>10</sup>.

A apuração da verdade e o alcance da justiça não podem se isolar dos princípios. Princípios são alicerces. São eles os responsáveis por sustentar o Direito. O processo penal, sem tais baluartes, não é apto a atingir seus escopos jurídicos, sociais e políticos<sup>11</sup>.

É neste sentido que se posiciona o artigo 3º, do Código de Processo Penal brasileiro: “Art. 3º - A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”<sup>12</sup>.

Como foi exposto acima, sem a base principiológica, impossível seria fundamentar as decisões e, dessa forma, alcançar a justiça. Se a jurisdição tutela pessoas, os princípios são a garantia dessa tutela<sup>13</sup>.

O processo penal deve ter como norte, a Constituição Federal. Nesse sentido, os princípios que irrigam o processo são essenciais e encontram respaldo explícitos e implícitos na própria Constituição da Federal. Os princípios não estão no sistema em um rol taxativo, entretanto, de acordo com a operação do direito na seara jurídica, o jurista, para a construção da verdade, utilizará tanto os princípios constitucionais expressos, como também os derivados<sup>14</sup>.

Assim, o processo, direcionado por tais princípios, é um instrumento da jurisdição que objetiva o alcance da paz social e da segurança jurídica.

---

<sup>10</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. p. 32. v. 1.

<sup>11</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 44.

<sup>12</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_o3/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_o3/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 4 out. 2011.

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 27.

<sup>14</sup> TÁVORA, op. cit., p. 44.

A noção de instrumentalidade do processo tem como teor a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Carta Magna, pautando-se pelo valor da dignidade da pessoa humana<sup>15</sup>.

Para o entendimento do presente trabalho, seis princípios são imprescindíveis: o princípio do devido processo legal, o princípio do contraditório, o princípio da ampla defesa, o princípio da imparcialidade, o princípio da presunção de inocência e o princípio da verdade real. A seguir, os contornos iniciais de tais estruturas fundamentais para o processo penal serão esculpidos.

### *1.1.1 O princípio do devido processo legal*

Como dito anteriormente, o processo é um meio para se alcançar um fim. A jurisdição tutela os cidadãos e, portanto, possui escopos sociais, jurídicos e políticos. Aqui, iremos abordar apenas o fim jurídico da jurisdição.

O princípio do devido processo legal adveio da Carta Magna inglesa, de 1215:

Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país<sup>16</sup>.

Quando a Carta inglesa refere-se a “julgamento regular” e em “harmonia com as leis do país”, deixa claro que, sem o devido processo legal, bem como sem a atenção às garantias constitucionais e aos direitos individuais, não há como fazer subsistir o equilíbrio que sustenta o Estado Democrático de Direito.

O objetivo jurídico da jurisdição é, então, o de fazer com que todos os direitos e garantias fundamentais, previstas na Constituição Federal, sejam respeitados durante o curso dos atos processuais. O artigo 5º da Constituição

---

<sup>15</sup> LOPES Jr., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 12.

<sup>16</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. p.172.

Federal dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal<sup>17</sup>.

No âmbito do processo penal, o respeito ao princípio do devido processo legal é condição singular para que haja cerceamento da liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens<sup>18</sup>.

Ademais, o devido processo legal é um princípio que não deve ser entendido apenas como garantia material de proteção ao direito de liberdade do indivíduo, mas também como garantia formal, num dado processo restritivo de direito. Assim é na esfera penal, onde é obrigação do Estado assegurar ao indivíduo paridade de condições, quando aquele intentar restringir a liberdade ou o direito aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos<sup>19</sup>.

Portanto, é de fundamental importância que todas as normas, princípios e sistemas processuais penais sejam detidamente obedecidos e estejam em constante sintonia com a Constituição Federal para que haja o célere e eficaz provimento jurídico.

O princípio do devido processo legal engloba todos os outros princípios. É base de um procedimento justo e isonômico.

### *1.1.2 O princípio do contraditório*

Contradizer significa contestar, divergir, expor opinião diametralmente oposta ao que está sendo afirmado. Desse modo, o princípio do contraditório é o responsável por possibilitar às partes da lide, o direito de apresentar uma resposta à altura do que está sendo alegado. O contraditório deverá estar inserido no bojo da ação, oportunizando-se a participação e manifestação em toda evolução processual<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2011.

<sup>18</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 3.

<sup>19</sup> PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 173.

<sup>20</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 47.

O supracitado princípio traz, como consequência, a igualdade das partes, possibilitando idênticas condições de produção de provas e pretensões<sup>21</sup>.

A Constituição Federal em seu artigo 5º faz expressa referência ao princípio em apreço assegurando-o como meio de recurso e defesa quando aduz que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes<sup>22</sup>.

No mesmo sentido, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, aprovada pelo Congresso Nacional em 1992, enfatiza:

Art. 8º. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza<sup>23</sup>.

Pode-se dizer, então, que as partes deverão estar sempre no mesmo plano de direitos, deveres, ônus, faculdades e encargos<sup>24</sup>.

Portanto, o princípio do contraditório tem um significado de extrema relevância no processo penal. Ele garante o nivelamento igualitário no desenvolvimento dos atos processuais, em qualquer fase. É um regulador da segurança jurídica. Se o objetivo primordial da Justiça é solucionar conflitos de interesses, bem como defender a sociedade, nada mais coerente do que resguardar o equilíbrio no contencioso. Resposta na mesma intensidade, na mesma direção, na mesma extensão<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 17.

<sup>22</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2011.

<sup>23</sup> Idem. **Decreto-Lei nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 9 out. 2011.

<sup>24</sup> RANGEL, op. cit., p. 18.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 31.

A validade do processo depende deste princípio. Ao lado da ampla defesa, são as pedras fundamentais do processo penal<sup>26</sup>.

### 1.1.3 O princípio da ampla defesa

O princípio da ampla defesa, ao lado do contraditório, garante a validade do processo, pois enquanto este garante a participação no processo, aquele impõe a realização efetiva da participação<sup>27</sup>.

Assim, o Estado, por meio da ampla defesa, proporciona ao acusado o complemento do resguardo de seus interesses. A devida proteção poderá ser feita por autodefesa (pessoal) ou tecnicamente (por advogado), de modo a respeitar a ordem natural do processo, ou seja, com a defesa sempre se manifestando por último. Decorre da situação acima, também, o fato do Ministério Público sempre se manifestar após a defesa<sup>28</sup>.

De acordo com esse pilar do Direito, qualquer prova hábil será passível de utilização para demonstrar a inocência do acusado<sup>29</sup>.

A igualdade processual será sempre o escopo principal da ampla defesa, bem como do contraditório. É notório que o aparato acusatório do Estado é vasto e de grande qualidade, de tal modo que o incriminado, se não possuir meios de proteção à altura, ficará facilmente à margem de arbitrariedades nocivas à busca pela Justiça.

Decorre deste princípio outro elemento importante para o processo: a paridade de armas. Deve o juiz, por meio desta, garantir que defesa e acusação estejam em um mesmo nível técnico para alcançar seus objetivos. Isonomia de instrumentos, de oportunidades e de capacidade.

---

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 31-32.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>28</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 20.

<sup>29</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 34.



#### 1.1.4 O princípio da imparcialidade

A imprescindibilidade da imparcialidade, no perfil do magistrado, é uma das condições necessárias para a formação da relação processual. Dessa forma, a característica da neutralidade é, em essência, um pressuposto processual.

A imparcialidade do Juízo é sinônima de honestidade. É muito difícil alcançar a neutralidade absoluta. Por tal razão, a imparcialidade preconizada pelo ordenamento jurídico exige que o magistrado tenha uma postura compatível com o que exige a constituição, principalmente no que tange ao respeito irrestrito aos princípios, aos sistemas de persecução penal e à lei, bem como fundamente todas suas decisões de forma clara e objetiva. Entretanto, isso não o obriga à abstração total de seus valores<sup>30</sup>.

A imparcialidade do juiz se divide em três elementos, quais sejam a equidistância, a independência e a naturalidade<sup>31</sup>:

- a) Equidistância: é o afastamento do juiz dos interesses das partes em causa. Desinteressar-se implica em um desapego. É necessário que o magistrado esteja alheio o máximo possível do que está sendo discutido. A equidistância requer a separação institucional do juiz da acusação pública.
- b) Independência: é a sua exterioridade ao sistema político e em geral a todo sistema de poderes. O juiz não pode ficar vinculado a chantagens das autoridades públicas, das próprias partes ou de qualquer terceiro. A constituição confere prerrogativas ímpares para que o magistrado possa exercer suas incumbências com extrema independência. A independência requer, então, a separação institucional dos outros poderes do Estado e, por outro lado, a difusão da função judiciária entre sujeitos independentes.

---

<sup>30</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 46.

<sup>31</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 534.

- c) Naturalidade: é a determinação de sua designação e à determinação de suas competências para escolhas sucessivas à comissão do fato submetido ao seu juízo. A naturalidade requer a separação das autoridades comissionadas ou delegadas de qualquer tipo e predeterminação exclusivamente legal das suas competências.

O juiz, ao prestar a jurisdição, não pode se deixar levar pelas próprias paixões, bem como pelas de outrem. Deve a todo custo, praticar o desapego ideológico, ser equilibrado, neutro e racional.

Para garantir tais características, bem como para sustentar a independência do juízo, elemento cerne da imparcialidade, a Constituição Federal atribuiu determinadas prerrogativas ao cargo:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.<sup>32</sup>

Além da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade, aos Juízes, é defeso:

Art. 95. Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

---

<sup>32</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2011.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração<sup>33</sup>.

Todos esses dispositivos corroboram para que o Juiz, no exercício de suas funções, seja o mais isento possível em suas decisões. Privilégios e vedações que são responsáveis pelo contorno justo e equitativo de suas sentenças.

Cesare Beccaria, no que tange à imparcialidade jurídica, aduz que:

Quando, porém, o delito constituir ofensa à terceiro, então, os juízes deverão ser a metade pares do réu, e a outra metade pares do ofendido. Estando assim equilibrado todo interesse particular que modifica também, involuntariamente, as aparências dos objetos, só prevalecem as leis e a verdade<sup>34</sup>.

A importância de um tribunal imparcial, também foi destacada por Jean-Jacques Rousseau:

O tribunato, sabiamente equilibrado constitui o mais sólido esteio de uma boa constituição; porém por ínfima que seja a força que tenha em excesso, põe tudo a perder; quanto à fraqueza, não faz parte de sua natureza: contanto que seja algo, jamais será menos do que deveria ser<sup>35</sup>.

Fica evidente nas elucidações acima expendidas, que o Poder Judiciário, para ser eficiente, deve direcionar seus vetores para o alcance da equidade, ou seja, do equilíbrio. A origem da imparcialidade como princípio base da jurisdição, decorre da harmonia ou da justa proporcionalidade nas decisões jurisdicionais.

Destarte, o princípio da imparcialidade é determinante para o Estado Democrático de Direito. É uma garantia constitucional aos cidadãos, os quais, diariamente, buscam uma solução rápida e eficaz para seus problemas jurídicos. A

---

<sup>33</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2011.

<sup>34</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 57.

<sup>35</sup> ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios do direito político. São Paulo: Edipro, 2000. p. 141.

distância entre a racionalidade e a paixão, nos tribunais, é extremamente relevante para a eficiência da jurisdição.

Ressalte-se, ainda, que o juiz, no sistema processual moderno, deve afastar-se o máximo possível da persecução penal, ou seja, da fase de investigação e apuração do fato, a fim de não prejudicar seu livre convencimento, tema que será abordado nos próximos capítulos<sup>36</sup>.

Portanto, a imparcialidade é requisito essencial no que se refere à atuação concreta do juiz no processo, pois visa impedir que este adote postura tipicamente acusatória durante a ação penal. Suas participações em atividades deficientes devem ser limitadas ao extremo. É defeso ao juiz desigualar as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, ambos coligados à exigência de igualdade e isonomia de oportunidades, ou seja, de paridade de armas. É notória, portanto, a interligação de princípios que visam proteger e resguardar um julgamento justo<sup>37</sup>.

#### *1.1.5 O princípio da presunção de inocência*

A presunção de inocência, mais do que um princípio, é a garantia constitucional de um direito individual. Assim, garante-se a liberdade, direito da pessoa, até o esgotamento total da tutela jurisdicional. Este alicerce constitucional está expresso no artigo 5º, inciso LVII, o qual dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”<sup>38</sup>.

Conquanto haja uma sentença na instância primária, não é possível considerar o réu culpado até que sejam exauridos todos os meios de recurso e possibilidades de mudança na decisão em âmbito penal.

Assim, o exaurimento decorre do trânsito em julgado da sentença condenatória. Antes deste marco, todos acusados são considerados inocentes e a regra que deve prevalecer é a liberdade. Por tal razão, as medidas cautelares,

---

<sup>36</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 22.

<sup>37</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 337.

<sup>38</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2011.

incluindo-se dentro delas as prisões provisórias (temporária e preventiva), devem ser decretadas com zelo e, acima de tudo, com fundamentos concretos e objetivos que a respaldem.

A presunção de inocência exige cuidado redobrado com as medidas cautelares durante a persecução penal. Quebra de sigilos, busca e apreensão, interceptações telefônicas ou a própria exposição da figura do indiciado ou réu na imprensa através da apresentação da imagem ou de informações conseguidas no esforço investigatório podem causar sérios e irreversíveis prejuízos à sua figura. Por isso há de se destacar a importância do juiz garantista durante o inquérito policial. Nesta fase extrajudicial preliminar, há apenas a figura de um suspeito, no máximo um indiciado, que não conta com o respaldo dos princípios constitucionais por se tratar de uma fase inquisitiva. O magistrado, então, está ali para tutelar as liberdades e as garantias constitucionais do indivíduo<sup>39</sup>.

Todas as pessoas nascem naturalmente inocentes. Cabe ao Estado, representado pelo seu órgão acusador, o Ministério Público, provar e fundamentar a acusação. Medidas extremas como a prisão, por exemplo, serão úteis apenas quando estritamente necessárias à ordem pública<sup>40</sup>.

A privação da liberdade sob o pretexto de uma mera possibilidade de haver uma sentença condenatória desfavorável ao réu, não pode ser aceita sem fundamentação consistente e, principalmente, quando não há o respeito aos princípios expostos anteriormente. Afirma-se frequentemente, em doutrina, que o princípio da presunção, estado ou situação de inocência, impõe, ao Poder Público, a observância de duas regras peculiares em relação ao acusado<sup>41</sup>.

- a) Tratamento: o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação;

---

<sup>39</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 44-45.

<sup>40</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 39.

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 35.

- b) Fundo probatório: estabelece que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas demonstrar a eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

A presunção de inocência é elemento básico que deve ser observado pelo Juiz durante toda a fase processual, bem como na fase de investigação policial. Ao flexibilizar e forçar uma medida cautelar sem motivação sólida corre-se o risco de retorno às sombras autoritárias, lugar onde a dignidade humana não existe.

Enfim, conclui-se que a garantia de inocência de qualquer acusado até o trânsito em julgado da sentença é de suma importância para a constatação da verdade, para a aplicação da pena, para o recolhimento de elementos probatórios e para um processo que respeite todas diretrizes constitucionais<sup>42</sup>.

#### *1.1.6 O princípio da verdade real*

Preliminarmente, é indispensável dizer que a denominação, utilizada por vários doutrinadores, de tal princípio, tão importante para o processo penal, é equivocada.

Há uma grande diferença entre a verdade processual (formal) e a verdade real (material): a verdade formal é aquela que obedece a regras precisas, respeitando procedimentos e garantias de defesa, sendo mais controlada quanto ao método de aquisição e reduzida quanto ao conteúdo informativo. Já a verdade material ou real é aquela absoluta, sem limites, alcançável por qualquer meio indiscriminado e que resulta em arbitrariedades, autoritarismo e irracionalidades<sup>43</sup>.

No âmbito cível, grande parte das causas tem como objeto interesses patrimoniais disponíveis, os quais, em tese, possuem menor grau de relevância social e, por consequência, resultariam em um menor grau de segurança

---

<sup>42</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 18.

<sup>43</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 48.

a fim de se obter um processo mais célere. Nesse sentido, permite-se a busca pela verdade real ou material<sup>44</sup>.

Já no âmbito penal, como há uma notória possibilidade de aplicação de penas que restrinjam o direito fundamental da liberdade, bem como há elevado grau de interesse social com relação às condutas tuteladas no direito penal material é muito mais importante e imprescindível que a averiguação e conclusões a respeito dos fatos que fundamentam as decisões sejam feitas da forma mais detida possível. A verdade que se busca é a verdade formal, com garantias defensivas, impedindo a atuação irrestrita do juiz instrutor<sup>45</sup>.

Objetiva-se, portanto, com a verdade formal, descobrir a possível realidade dos fatos dentro de um devido processo legal e, por tal razão, a verdade, no processo penal, será então, sempre, processual<sup>46</sup>.

Portanto, no presente trabalho, denominar-se-á o princípio da verdade como sendo formal ou processual. Nomenclatura mais precisa e coadunada com os parâmetros constitucionais do Estado Democrático de Direito.

A busca pela verdade processual em relação ao fato praticado é realizada por meio da instrução probatória. Esta, é uma espécie de reconstituição ficta do acontecimento que deu origem ao início da persecução penal e permite ao juiz que, no momento da sentença, aplique a lei penal ao caso concreto, extraindo a regra jurídica que lhe é própria. É como se o fato fosse praticado naquele momento perante o juiz aplicador da lei<sup>47</sup>.

Talvez, o mal maior causado pelo citado princípio da verdade processual, tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao

---

<sup>44</sup> MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 97, v. 875, p. 437, set. 2008.

<sup>45</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48.

<sup>46</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 8.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 7.

alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição como meta principal do processo penal<sup>48</sup>.

O processo penal não se conforma com conclusões fictícias ou afastadas da realidade. O magistrado deve trabalhar sempre na reconstrução da verdade dos fatos, respeitando limites constitucionais e superando eventual desídia das partes na colheita probatória. Tal desídia refere-se a pontos omissos ou duvidosos. Assim, estará apto o mais próximo possível do ideal de justiça<sup>49</sup>.

Quando se fala em verdade processual, não se tem como objetivo alcançar à verdade verdadeira ou em sua essência<sup>50</sup>.

O vocábulo verdade tem origem na expressão *vetitate*, do latim, significando realidade ou o que está de acordo com o real<sup>51</sup>.

A verdade processual não pode ser alcançada por todo e qualquer meio. São necessários limites em tal empreitada. Deve-se ter em mente que o fato de se ter em mãos um conjunto probatório que possibilite uma verdade aproximada ou probabilística, restrita por limites durante a persecução, não significa que estará se aceitando a dúvida. A prova destina-se ao convencimento do julgador. Se este concluir pela insuficiência probatória, restando dúvidas fundamentadas, impõe-se a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*<sup>52</sup>.

Em síntese, já que não é possível alcançar a verdade absoluta, a apuração da verdade deve ser baseada com respeito aos direitos e garantias fundamentais. Sua busca desenfreada, mediante o aniquilamento de direitos e garantias fundamentais, poderia redundar em prejuízo ao processo justo e, pois, à pacificação social<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 333.

<sup>49</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 48.

<sup>50</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 17.

<sup>51</sup> MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 97, v. 875, p. 433, set. 2008.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 437.

<sup>53</sup> MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 97, v. 875, p. 433, set. 2008.



O mito da verdade processual, irrestrita e absoluta está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório, o qual não é aceito por nosso ordenamento constitucional. Importante ressaltar, nesse sentido, que o “interesse público” serviu de argumento para atrocidades gigantescas como, por exemplo, legitimar a tortura em determinados momentos históricos a partir de sistemas políticos autoritários, que também fundamentaram a busca de uma “verdade” a qualquer custo<sup>54</sup>.

A verdade, ao ser perseguida fora dos parâmetros constitucionais e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, destrói o juízo de valor e acaba transformando o processo penal em um instrumento autoritário e irracional<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 210.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 210.

## 2 PERSECUÇÃO PENAL

Para que haja a condenação ou a absolvição de determinado indivíduo, faz-se necessário um conjunto de diretrizes normativas e principiológicas a fim de instrumentalizar o caminho rumo à decisão do Poder Judiciário. Este caminho é protegido de forma densa pelo estado. Tal cuidado se faz necessário diante dos inúmeros bens que estão em questão.

No tocante aos bens mencionados, Salles Junior explica:

É que cabe ao estado preservar determinados bens considerados essenciais para a vida em sociedade. O Estado tem por finalidade o bem comum, daí a sua preocupação em preservar as condições de estabilidade social. Para tanto, valoriza determinados bens, considerados imprescindíveis à vida social, reservando-lhes uma proteção especial. O Estado protege a vida, a honra, a liberdade, o patrimônio, impondo àquele que lesa ou põe em perigo tais bens a mais grave das sanções: a pena. Assim, o Estado opõe ao delito, tanto no que diz respeito à prevenção como à punição<sup>56</sup>.

A proteção dos bens mencionados acima, deve se fazer presente, também, em relação ao indivíduo investigado e não somente em relação à sociedade. É para isso que a persecução penal deve, acima de tudo respeitar os limites legais.

A persecução penal almeja alcançar a verdade no caso concreto. É um percurso composto, na maioria das vezes, de duas fases bem distintas: a fase de inquérito policial, onde há toda uma apuração a respeito dos indícios de materialidade e autoria do crime e a fase de processo penal, onde há o clareamento das circunstâncias, a possibilidade de defesa e a produção de provas, a fim de fundamentar a sentença final do magistrado.

Ao cometer um fato definido como crime, o indivíduo se sujeita a uma punição, incorrendo no juízo de reprovação, cabendo ao Estado, por meio da aplicação da lei, devolver a harmonia, a paz e o equilíbrio à sociedade, elementos que foram perdidos ou estremecidos pela prática do ato delituoso. Aquele que

---

<sup>56</sup> SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 156.

pratica um ato comissivo, em sentido amplo, ou seja, uma ação típica, antijurídica e culpável, se submete à consequência imposta pela lei. Esta se define como pena<sup>57</sup>.

Na prática, cometido o delito, nasce a persecução penal. As autoridades competentes estarão incumbidas das investigações com a finalidade de apurar a ocorrência do fato com características de delito, determinando igualmente a sua autoria. Esta etapa representa geralmente a fase de inquérito, o qual é comandado pelo Delegado de Polícia, autoridade subordinada ao Poder Executivo, bem como ao Poder Judiciário. Encerrada esta fase, qual seja a de coleta de informações, dispõe o Estado, por meio do órgão competente, dos elementos essenciais para deflagrar a ação penal<sup>58</sup>.

Entretanto, antes de esmiuçar a ação penal e o inquérito policial, é pertinente tecer breves comentários sobre o garantismo penal, bem como sobre o sistema que embasa a persecução penal brasileira, o acusatório, inserindo, também, nesse contexto, os outros dois sistemas históricos, quais sejam o inquisitivo e o misto.

## 2.1 Garantismo

A persecução penal tem como base de existência, a instrumentalidade garantista<sup>59</sup>.

O modelo garantista, em rápida introdução, se baseia em inúmeros elementos principiológicos: a legalidade estrita, a materialidade, a lesividade dos delitos, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência, etc. Entretanto, a base do sistema garantista penal é o da legalidade estrita. Esta espécie de legalidade baseia-se na atuação do magistrado em função e submissão total à lei, ou seja, a todos os procedimentos que formam o processo penal, observados logicamente todas as normas constitucionais<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 156.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>59</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 49.

<sup>60</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 37.

No garantismo penal, o juiz passa a ter a função de garantidor, o qual não pode ficar estagnado ante as violações ou ameaça de lesões de direitos fundamentais<sup>61</sup>.

Trata-se de uma técnica que tem como escopo impedir arbitrariedades e discriminações, bem como a submeter a autoridade julgadora ao caráter absoluto da lei. O princípio da legalidade estrita não admite normas que constituem direito, mas normas que regulamentam o direito, o que garante não apenas a liberdade dos cidadãos, direito indisponível, como também a igualdade de tratamento perante a coletividade<sup>62</sup>.

O garantismo se alinha vitalmente com o positivismo, mas não se confundem. Assim explica Luigi:

Se é verdade que o garantismo coincide com a forma de tutela dos direitos vitais dos cidadãos que se realiza historicamente por meio da sua positivação no Estado de direito, tal não é concebível fora do horizonte teórico do positivismo jurídico<sup>63</sup>.

Ou seja, são expressões que parecem sinônimas, mas diferenciam-se amplamente. Por um lado temos o garantismo como forma estatal do direito. Por outro, temos a forma jurídica do estado que é o positivismo, o qual surgiu com a formação dos estados nacionais e com o desenvolvimento das codificações, nascendo assim o monopólio estatal da produção jurídica<sup>64</sup>.

Mais exatamente, entendido como fonte jurídica de legitimação, o princípio da legalidade representa um postulado jurídico do juspositivismo no qual se baseia a função garantista do direito contra o arbítrio<sup>65</sup>.

Portanto, o garantismo é responsável direto em criar limites para a crescente liberdade judiciária<sup>66</sup>.

---

<sup>61</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 15.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 39-40.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 800.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 801.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 802.

<sup>66</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 33.

Importante ressaltar que qualquer ato do poder público, principalmente nas decisões judiciais em matéria criminal, mais que em quaisquer outras, como por exemplo, matérias administrativas e políticas, deve demonstrar vasto material de conhecimento a embasar a matéria decidida. Nesse esteio, toda a condenação criminal deve ser fruto exclusivo do conhecimento, e não mera manifestação de autoridade<sup>67</sup>.

Ademais, como é impossível afastar as inúmeras dificuldades de todo conhecimento, ou seja, a afirmação de certeza na busca pela verdade real, a solução de um caso penal somente poderá obter legitimidade quando estiver alicerçada em um procedimento jurídico no qual se permita o mais amplo conhecimento dos fatos e a mais ampla possibilidade de argumentação jurídica<sup>68</sup>.

Dessa forma, deve o juiz, principalmente na fase de investigação policial, ser um garantidor de direitos, não podendo ficar inerte ante violações ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados<sup>69</sup>.

Esta postura caminha paralelamente ao Estado Democrático de Direito, pois a legitimidade de sua posição na fase investigativa não é política, mas integralmente constitucional, assumindo a função de resguardo de direitos fundamentais do indiciado, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria, o que ocorre em grande parte das vezes<sup>70</sup>.

No sistema garantista, não se admite a penalização de qualquer indivíduo sem que o delito se enquadre perfeitamente no tipo penal previsto em lei, sem que exista necessidade da proibição e da punição da conduta realizada, sem que os efeitos de tal conduta possam causar danos a terceiros, sem o caráter material da ação, sem a imputabilidade e culpabilidade do autor do fato em apreço e sem que tudo isso seja verificado por meio de provas concretas, carregadas pela acusação para que esta convença a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento legalmente

---

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 34-35.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 34-35.

<sup>69</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 15.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 171.

preestabelecido. Em suma, um procedimento que respeite os princípios da imparcialidade, da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal<sup>71</sup>.

## 2.2 Sistemas

Conforme foi exhaustivamente exposto, o processo penal é um conjunto de princípios e de normas responsáveis por instrumentalizar o direito material. Dessa forma, a reunião de tais elementos forma um sistema.

Este sistema é a sequência de atos realizados perante uma autoridade competente, obtendo-se provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal, bem como técnica do acusado, com o escopo de formar uma decisão final. A existência de interligação entre todos os princípios acima expostos é ínsita ao Estado Democrático de Direito<sup>72</sup>.

De acordo com o momento político e histórico de um país, a abordagem do sistema ou do processo, tende a sofrer mutações, sendo ele o responsável por dirigir a aplicação do direito penal<sup>73</sup>.

Há três espécies de sistema: o acusatório, o inquisitivo e o misto. Segundo Paulo Rangel, somente o acusatório é o garantidor da democracia e da ordem jurídica:

Em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório é a garantia do cidadão contra qualquer arbítrio do Estado. A contrario sensu, no Estado totalitário, em que a repressão é a mola mestra e há supressão dos direitos e garantias individuais, o sistema inquisitivo encontra sua guarida<sup>74</sup>.

Analisa-se a partir de agora, então, os três sistemas.

---

<sup>71</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 22-23.

<sup>72</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 265.

<sup>73</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 45.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 45.

### 2.2.2 O sistema inquisitivo

Durante muito tempo, em séculos passados, este foi o principal sistema de persecução penal. Surgiu, em princípio, nos regimes monárquicos dos séculos XVI, XVII e XVIII, e foi adotado pela maioria das legislações europeias<sup>75</sup>.

O Estado-juiz concentrava em suas mãos uma tripla função: acusava, defendia e julgava. Não havia separação de funções e a parcialidade ditava o tom da ação. A publicidade dos atos e o contraditório inexistiam<sup>76</sup>.

O sistema inquisitivo, assim, demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito e, portanto, deve ser banido das legislações modernas que visem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana<sup>77</sup>.

Edimar Carmo também ilustra de maneira clara as características do sistema inquisitivo:

Pode-se assegurar que a todo ato realizado pelo órgão julgador, incompatível com a exigência da (im)possível imparcialidade, ter-se-á a configuração do modelo inquisitivo. Exemplificativamente, podem consubstanciar-se em atos dessa natureza quando o julgador empreende: a iniciativa da acusação, o exercício da carga probatória ou restrição oficiosa de direito e garantia fundamental<sup>78</sup>.

Como foi exposto, o modelo inquisitivo desrespeita garantias constitucionais e não auxilia o processo a ser o instrumento indispensável à construção da justiça.

Ainda podemos observar em diversos territórios estrangeiros, a adoção de sistemas semelhantes, os quais geram discórdia e problemas sociais gravíssimos.

O estado brasileiro não adota este tipo de sistema. Entretanto, o simples fato de não utilizar tal sistemática, não garante a observância integral do sistema proposto e previsto no ordenamento.

---

<sup>75</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 45.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>77</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>78</sup> SILVA, Edimar Carmo da. **O princípio acusatório e o devido processo legal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 64.

Assim, ensina Paulo Rangel:

Não adianta o direito brasileiro adotar o sistema acusatório se, em um processo judicial instaurado, o juiz interrogar o acusado sem dar-lhe o direito de, previamente, entrevistar-se com seu defensor, a fim de preparar sua defesa e, ainda, se o chamar em juízo sem dar-lhe ciência, prévia, da acusação. Ou ainda se, durante o interrogatório, interpelar o acusado de que deve falar a verdade sob pena de ser condenado. Esse processo seria regido pelo sistema acusatório. Porém o juiz agiria de forma inquisitiva. Existiria processo, porque quem acusou foi o Ministério Público, mas não com as características do acusatório. De que valeria? Nada<sup>79</sup>.

Dessa maneira, inúmeros atos processuais podem levar o processo a um sistema diferente daquele que é previsto na constituição, qual seja, o acusatório.

Portanto, para que o sistema inquisitivo seja apenas uma teoria de estudo, ou seja, para que ele apenas seja visto de longe e não interfira nos rumos da persecução penal, todos os órgãos estruturais da justiça devem respeitar os princípios já citados nesta obra.

Nesse aspecto, no sistema inquisitorial temos a concentração das funções de investigar, acusar, defender e julgar em uma só pessoa, formalizando assim um totalitarismo típico medieval<sup>80</sup>.

### 2.2.3 O sistema acusatório

O sistema acusatório tem nítidas diferenças com relação ao inquisitivo. Inúmeras garantias constitucionais são respeitadas, como por exemplo, o contraditório, a presunção de inocência, a ampla defesa, o contraditório, a titularidade da ação penal pública por parte do Ministério Público, a fundamentação das decisões, a imparcialidade e o devido processo legal<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 47.

<sup>80</sup> WOTTRICH, Lisandro Luís. Revisando o sistema inquisitorial: o inciso I do artigo 156 do código de processo penal e a produção antecipada de provas jurídica. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, ano 58, n. 392, p. 123-136, jun. 2010.

<sup>81</sup> SILVA, Edimar Carmo da. **O princípio acusatório e o devido processo legal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 65.



Há também a efetiva separação de funções: um órgão é responsável pelo julgamento da lide, outro é responsável pela acusação e há, ainda, aquele que se destina a defender o acusado.

O princípio acusatório, adotado constitucionalmente como aspecto material do devido processo legal na persecução penal, antes sinalizado, contempla a separação de funções próprias do órgão da acusação e do órgão julgador de tal modo que nenhum deles pode, sob qualquer pretexto, imiscuir-se nas funções do outro<sup>82</sup>.

Ademais, as normas que configuram um sistema constitucional de persecução penal brasileiro podem ser resumidas em quatro posições<sup>83</sup>:

- a) Na posição do órgão competente ao julgamento: o Poder Judiciário, em relação aos direitos fundamentais, como estabelecido nos diversos incisos do artigo 5º da atual Constituição Federal, acrescida das demais disposições pertinentes ao referido Poder e que estabelecem os fundamentos asseguradores do exercício do cargo, garantias, vedações e normas de competência, consoante artigos 92 e seguintes;
- b) Na posição do órgão competente à acusação: o Ministério Público, com a titularidade privativa para promover a ação penal pública, ter procedimentos administrativos próprios como a própria investigação e exercer o controle externo da atividade policial, previstos nos incisos I, VI, VII do artigo 120 da referida Constituição;
- c) Na posição do órgão competente à investigação: as Polícias, como órgãos de segurança pública, especificamente das Polícias Civis e Federal, para a apuração das infrações penais, conforme artigo 144 da Carta Magna.
- d) Na posição do órgão competente para a defesa: a advocacia particular e a Defensoria Pública.

---

<sup>82</sup> SILVA, Edimar Carmo da. **O princípio acusatório e o devido processo legal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 75.

<sup>83</sup> Ibidem, p. 61.

Não há dúvidas de que a Constituição Federal adota o modelo acusatório, pois há expressa previsão de existência de um órgão julgador (poder judiciário), um órgão acusador (Ministério Público), órgãos defensores (Advocacia e Defensoria Pública) e, ainda, um órgão com funções investigativas preliminares (Polícia)<sup>84</sup>.

De todos os elementos que constituem o modelo teórico acusatório, o mais importante, por ser estrutural e pressuposto de todos os outros, sem dúvidas, é a separação entre o órgão julgador e o órgão acusatório<sup>85</sup>.

Há, ainda, diversos diplomas legais que estão em atrito com o sistema acusatório adotado constitucionalmente. A lei de falências, a lei de economia popular, a lei do crime organizado, entre outras. Todas em desarmonia com o modelo vigente<sup>86</sup>.

Em síntese: o sistema acusatório necessita de um juiz espectador, e não um juiz ator<sup>87</sup>.

Pequenos, porém importantes reparos foram feitos durante os últimos anos, em relação à construção de um modelo prioritariamente acusatório de processo penal<sup>88</sup>.

Nesse recanto, no sistema acusatório, há a desconcentração das atividades processuais, retirando poder de apenas um órgão e dividindo-o em várias partes<sup>89</sup>.

---

<sup>84</sup> WOTTRICH, Lisandro Luís. Revisando o sistema inquisitorial: o inciso I do artigo 156 do código de processo penal e a produção antecipada de provas jurídica. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, ano 58, n. 392, p. 123-136, jun. 2010.

<sup>85</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 522.

<sup>86</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 53-55.

<sup>87</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 17.

<sup>88</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 10.

<sup>89</sup> WOTTRICH, op. cit., p. 123-136.

#### 2.2.4 O sistema misto

O sistema misto se divide, em uma fase pré-processual dirigida por um juiz, o qual procede à colheita de prova, e em uma fase processual com a divisão entre órgão acusador e órgão julgador<sup>90</sup>.

O sistema misto tem raízes na Revolução Francesa e caracteriza-se por:

Caracteriza-se por uma instrução preliminar, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, no intuito de colheita de provas, e por uma fase contraditória (judicial) em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes<sup>91</sup>.

Este sistema, malgrado seja um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor, pois mantém o magistrado como responsável direto na colheita do conjunto probatório.

Nessa linha de raciocínio, Pacelli faz importante ressalva:

Além disso, o fato de ainda existirem juízes criminais que ignoram as exigências constitucionais não justifica a fundamentação de um modelo processual brasileiro misto. Com efeito, não é porque o inquérito policial acompanha a denúncia e segue anexado à ação penal que se pode concluir pela violação da imparcialidade do julgador ou pela violação ao devido processo legal<sup>92</sup>.

Alguns doutrinadores e operadores do Direito insistem em afirmar que o modelo brasileiro de persecução penal é o misto, com feições acusatórias e inquisitórias, pois baseiam seu raciocínio no fato da existência do inquérito policial, na fase pré-processual. Porém, é cediço que a definição do sistema há de se limitar ao exame do processo, ou seja, da atuação do juiz no curso do processo. Temos que o inquérito policial não é processo e, assim, não será misto o sistema processual<sup>93</sup>.

O sistema misto não atende, também, às garantias constitucionais, pois o magistrado participa ativamente da fase de investigação.

---

<sup>90</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 50

<sup>91</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>92</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>93</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 10-11.

## 2.3 Ação penal

A ação penal, nada mais é do que um direito. Nela, se pede ao Estado, representado pelo Poder Judiciário, que aplique o direito penal a um caso concreto<sup>94</sup>.

O *jus puniendi* do Estado, o qual advém do seu poder de império, é o direito de punir, que não é ilimitado e encontra limitações dentro do ordenamento jurídico construído pelo próprio Estado. O exemplo mais claro sobre a limitação ao *jus puniendi* está no artigo 1º do Código Penal, o qual regula o exercício do direito de punir afirmando que “não há crime sem lei anterior que o defina e que, também, não há pena sem prévia cominação legal”<sup>95</sup>.

Não obstante, não basta que ocorra um delito infracional. O Estado-Administração deve levar, ao Estado-Juiz, o conhecimento da prática do mencionado delito, ou seja, deve impulsioná-lo para que a inércia típica e legal seja afastada<sup>96</sup>.

Assim, o direito de petição deverá ser exercido e materializado nas ações penais, as quais podem ser públicas ou privadas, podendo ser promovidas pelo Ministério Público, pela vítima ou até por seu representante legal.

A mais importante e utilizada é a ação penal pública, titularizada pelo Ministério Público, conforme dispõe nossa Carta Magna em seu artigo 129, o qual preceitua que o *Parquet* promoverá privativamente a referida ação<sup>97</sup>.

Faz-se necessário, então, destacar algumas características da ação penal<sup>98</sup>:

- a) É autônoma: não se confunde com o direito material;

---

<sup>94</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 113.

<sup>95</sup> SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 156.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 157.

<sup>97</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23 abr. 2012.

<sup>98</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 119-120.

- b) É abstrata: independente do resultado do processo, o direito de ação será exercido;
- c) É subjetiva: possui titulares específicos como o Ministério Público ou a própria vítima;
- d) É instrumental: é um meio de se conseguir a efetividade do direito material.

Ademais, para que o exercício de ação seja exercido é necessário que o pedido seja juridicamente possível, que exista um interesse de agir com uma justa causa e que as partes sejam legítimas para esse fim. São as condições da ação, requisitos para que o julgador decida o mérito da pretensão<sup>99</sup>.

O pedido é juridicamente possível quando é admissível no direito objetivo. A conduta do agente deve se enquadrar perfeitamente em algum dispositivo do Código Penal<sup>100</sup>.

O interesse de agir está intimamente relacionado à justa causa. É preciso, para que haja a propositura da ação, a estrita relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional solicitada. Ou seja, não pode haver qualquer situação que impeça a propositura da ação<sup>101</sup>.

A legitimação refere-se ao titular, àquele que pode propor a ação. Em regra, o órgão acusatório. Excepcionalmente, um particular, representado ou não.

Portanto, a ação penal é um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Diferentemente do que o senso comum imagina, entende e deseja, o processo penal, mais do que proteger os interesses e a paz social, é um meio de proteção aos direitos e garantias, do agente denunciado, constitucionalmente previsto na Carta Maior. Ao ser iniciada, a ação transforma-se em um amplo conjunto de regras e princípios. Somente com o processo penal há a

---

<sup>99</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 120-122.

<sup>100</sup> SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 158.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 159.

efetiva proteção constitucional do sujeito passivo. Nesta fase, deve o juiz instruir o processo, guiá-lo da melhor maneira possível a fim de alcançar a paz social, sem deteriorar os direitos constitucionais da parte ré<sup>102</sup>.

Ainda sobre a ação penal, alguns doutrinadores acreditam que a fase judicial da persecução penal se inicia com o depósito em cartório da peça acusatória, quais sejam a denúncia ou a queixa. Outra parte da doutrina entende que o processo penal só se inicia com a recepção da peça pelo magistrado<sup>103</sup>.

Malgrado as duas posições tenham fundamento, a verdade é que a relação jurídica processual penal só se completa, por inteiro, com a citação do denunciado, momento no qual há a tridimensionalidade entre Ministério Público, o juiz e o réu<sup>104</sup>.

### 2.3.1 A prova na ação penal

A prova é um instrumento utilizado pelo autor da ação penal, pela parte ré e pelo juiz para elucidar os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício de ação e defesa<sup>105</sup>.

Fernando Tourinho alumia o conceito de prova:

Que se entende por prova? Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos. É o instrumento de verificação do *thema probandum*<sup>106</sup>.

O objeto da prova é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz a fim de que possa emitir um juízo de valor a partir deste convencimento prévio à sentença, seja pra absolver, seja para condenar o agente processado. Assim, no processo penal, os fatos, controvertidos ou não, necessitam

<sup>102</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p.13.

<sup>103</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: as fases administrativa e judicial da persecução penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>105</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 381

<sup>106</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 506.

ser provados, respeitando os princípios da verdade processual e do devido processo legal<sup>107</sup>.

Os fatos, alegados pelas partes, devem ser conhecidos pelo juiz e o conjunto probatório deve convencê-lo de sua veracidade. Portanto, o destinatário direto da prova é, exclusivamente, na fase processual, o magistrado. Porém, não há como negar ou desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas do conjunto probatório, a fim de que possam aceitar ou não a sentença judicial final como justa<sup>108</sup>.

A prova judiciária vai clarear e reconstruir, na medida do possível e do legalmente aceito, os fatos investigados no processo, buscando a maior aproximação possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos acontecimentos ocorridos no espaço e no tempo. É uma árdua e complexa tarefa, composta de procedimentos minuciosos e técnicos<sup>109</sup>.

Tais procedimentos minuciosos e técnicos exigidos para o cumprimento de tão hercúlea tarefa estão disponibilizados em inúmeros instrumentos e métodos que buscam a máxima aproximação da realidade dos fatos investigados. Esses meios devem, acima de tudo, respeitar limites estabelecidos pela Constituição Federal, ou seja, devem obedecer aos direitos e garantias individuais<sup>110</sup>.

É cediço que, no processo penal, é praticamente impossível chegar a uma verdade, ou seja, não há como retratar os fatos de maneira perfeita. O que se almeja é chegar o mais próximo possível da perfeição.

A finalidade da prova, enfim, é a de revelar no espírito do juiz a certeza suficiente à formação do convencimento necessário de que foi atingida a verdade possível, ou seja, aquela mais próxima da realidade.

---

<sup>107</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 382

<sup>108</sup> Ibidem, p. 451.

<sup>109</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 327.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 328.

### 2.3.2 Ônus da prova

O ônus é um encargo, ou seja, uma obrigação cujo não cumprimento acarreta uma sanção<sup>111</sup>.

Em regra, o ônus da prova, no processo penal é do Ministério Público, órgão responsável pela acusação. Contudo, o réu pode produzir todos os tipos de prova legalmente aceitos para que seja excluída a culpabilidade ou ilicitude de sua conduta, em seu benefício<sup>112</sup>.

Importante ressaltar que o processo penal, sobre qualquer ângulo que se lhe examine, deve estar atento ao princípio constitucional da presunção de inocência do réu, como base do sistema probatório<sup>113</sup>.

Assim, o ônus da prova é a incumbência atribuída à parte de provar aquilo que está se alegando. A demonstração da prova é uma faculdade e, dessa forma, a parte que ficar inerte sofrerá as consequências desta inatividade. A omissão será levada e conta na atividade judicial no momento da sentença do magistrado<sup>114</sup>.

## 2.4 Inquérito policial

O inquérito policial, nada mais é do que um procedimento administrativo pré-processual. Administrativo porque é conduzido pela Polícia Judiciária, órgão vinculado ao Poder Executivo, e porque as atividades de investigação, bem como a comprovação de dados e fatos relatados na notícia crime são tipicamente administrativas e inerentes ao poder-dever de garantia da segurança pública, a qual é responsabilidade do Estado<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 344.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 344.

<sup>113</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 334.

<sup>114</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 324.

<sup>115</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 41.



Tal procedimento visa reunir elementos acerca de um delito penal, por meio de diligências realizadas pela Polícia Judiciária. Será, então, apurada a autoria e a materialidade da infração penal, razão pela qual se pode dizer a investigação policial é a fase preparatória da ação penal<sup>116</sup>.

Assim, sendo um procedimento administrativo preliminar, presidido pelo delegado de polícia, com o escopo de identificar a autoria do fato delitivo, bem como as condições que atestem a materialidade, ou seja, a existência concreta do tipo penal, a investigação extrajudicial preliminar contribui para a formação da opinião delitiva do titular da ação penal, qual seja o Ministério Público, fornecendo elementos essenciais para o embasamento da ação penal, permitindo, dessa maneira, a deflagração ou não do processo. Em uma linguagem mais técnica, o inquérito permite o oferecimento da denúncia, seu arquivamento, ou, se necessário, uma manifestação por novas diligências<sup>117</sup>.

Vale destacar, também, que o artigo 4º do CPP, traz a possibilidade de realização de inquéritos extrapoliciais, ou seja, aqueles que são exercidos por autoridades competentes diferentes da polícia judiciária.

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função<sup>118</sup>.

Podemos citar como inquéritos extrapoliciais os inquéritos parlamentares patrocinados pelas Comissões Parlamentares de Inquérito; os inquéritos policiais militares que estão a cargo da polícia judiciária militar, os inquéritos civis presididos pelo Ministério Público, dentre outros<sup>119</sup>.

Esta fase pré processual possui algumas características peculiares:

---

<sup>116</sup> SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito Policial e ação penal**: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 3-4.

<sup>117</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 72.

<sup>118</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2012.

<sup>119</sup> TÁVORA, op. cit., p. 73.

- a) É um procedimento oficial discricionário: o responsável, autoridade pública com poderes, conduzirá as investigações da forma que lhe achar mais pertinente;
- b) É um procedimento escrito: formalidade essencial para a efetivação do procedimento administrativo;
- c) É um procedimento sigiloso: ao contrário do que ocorre na fase processual, o inquérito não comporta a publicidade, essencial ao êxito das apurações;
- d) É um procedimento indisponível: a partir do momento em que for iniciada a autoridade competente não pode dispor;
- e) É um procedimento oficioso: nos casos de crimes sujeitos à ação penal pública incondicionada, a autoridade deve atuar de ofício;
- f) É um procedimento dispensável: por não ser peça imprescindível para a propositura da ação penal pelo Ministério Público;
- g) É um procedimento inquisitivo: por não possuir o respaldo de inúmeros princípios processuais penais<sup>120</sup>.

É necessário ressaltar esta característica inquisitiva do inquérito. Como não existe partes nessa fase pré-processual, bem como não há oportunidade para ampla defesa, contraditório e para a publicidade dos atos, o procedimento ganha agilidade e otimização nas averiguações elucidativas<sup>121</sup>.

Enfim, o inquérito policial estará pronto para ser utilizado, pelo órgão acusatório, quando seu relatório estiver finalizado. A autoridade responsável por prepará-lo, o Delegado, fará o confronto de argumentos e depoimentos contraditórios, oferecidos como respostas a diversas questões, a fim de encontrar, por baixo deles, bases racionais para o alcance de uma possível verdade dos fatos.

---

<sup>120</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 75-78.

<sup>121</sup> Ibidem, p. 78.

Nessa conjuntura, utiliza-se a dialética aristotélica, uma das ciências do discurso, como arte de investigação<sup>122</sup>.

#### 2.4.1 A prova no inquérito policial

O inquérito tem valor probatório relativo conforme frisa Nestor Távora:

A regra é que os elementos probatórios, reunidos na fase pré-processual, que Aury denomina como atos de investigação, devem ser repetidos na fase processual, leia-se, colhidos perante o magistrado, numa instrução dialética, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, pois só então poderá embasar uma sentença condenatória<sup>123</sup>.

Importante destacar, também, que é correto denominar o inquérito como uma instrução preliminar. Instruir significa informar, ensinar. O inquérito tem como função primordial levantar dados fáticos e elementos de convicção que possam servir de base para uma *opino delicti* do acusador e justificar o início de uma ação penal ou seu arquivamento<sup>124</sup>.

Assim, entende Aury Lopes:

Para uma análise de sistemas abstratos e concretos de diversos países, o melhor é utilizar o termo instrução que investigação, não só pela maior abrangência do primeiro (pois pode referir-se tanto a uma atividade judicial – juiz instrutor – como também a uma sumária investigação policial), mas também porque poderia ser apontada uma incoerência lógica falar em investigação preliminar quando não existe investigação definitiva, ao passo que a uma instrução preliminar corresponde uma definitiva, levada a cabo na fase processual<sup>125</sup>.

Aury Lopes defende que o inquérito deve ser definido como uma instrução preliminar, primeiramente porque a investigação não termina com o fim do

<sup>122</sup> SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**: em 38 estratégias (dialética erística). Rio de Janeiro: Topbooks, 1997. p. 36.

<sup>123</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 82.

<sup>124</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 38.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 38.

trabalho policial e, secundariamente, porque instruir é algo mais amplo do que investigar, o qual é mera atividade administrativa<sup>126</sup>.

A instrução preliminar tem como escopo elucidar os fatos e, assim, evitar possíveis acusações infundadas, salvaguardando, também, a sociedade<sup>127</sup>.

Há, ainda, que se destacar uma distinção relevante para o entendimento da finalidade do inquérito policial. O ato de investigar comporta a comprovação e a averiguação do fato e da autoria. Porém, faz-se necessário não confundir os atos de investigação com os atos de prova<sup>128</sup>.

Atos de prova são aqueles destinados a convencer o juiz da verdade de uma afirmação, estando a serviço do processo e integrando-o, sendo que são, também, fundamentos para a sentença, pois obedecem à publicidade, à contradição e à imediação<sup>129</sup>.

Atos de investigação não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese de fato e autoria, formando um juízo de probabilidade, o qual é fundamento para a *opinio delicti* do acusador, ou seja, justificam o processo e não uma sentença<sup>130</sup>.

A partir dessa divisão entre atos de prova e atos investigação, pode-se dizer que é inadmissível que a atividade realizada na investigação preliminar substitua a instrução definitiva ou processual<sup>131</sup>.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal adquiriu uma roupagem moderna, pois tem como direção o respeito à divisão entre atos de investigação e atos de prova. Assim dispõe o artigo 155:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na

---

<sup>126</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 38.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>128</sup> Ibidem, p.136-137.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>130</sup> Ibidem, p. 137-138.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 138.

investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas<sup>132</sup>.

Nessa linha, as constituições modernas, no plano de garantias constitucionais, asseguram que a decisão do juiz ser embasada em provas válidas colhidas no curso da fase processual, com plena observância da publicidade, oralidade, imediação, contraditório e ampla defesa. O inquérito policial servirá, então, como peça informativa, com elementos secundários<sup>133</sup>.

A finalidade dos atos de investigação demonstra que os mesmos possuem uma eficácia probatória limitada, ou seja, servem para fundamentar decisões interlocutórias tomadas no curso da investigação, para formalizar a imputação, para amparar pedido de medidas cautelares ou restritivas e para fundamentar a probabilidade do *fumus commissi delicti* que justificará a denúncia ou o arquivamento da ação penal pelo órgão acusador<sup>134</sup>.

Em suma, a regra geral é que os atos de investigação preliminar sejam considerados meros atos de investigação, com uma restrita eficácia probatória, pois a produção do material probatório deve estar reservada para a fase processual, a qual está devidamente resguardada por baluartes sólidos<sup>135</sup>.

---

<sup>132</sup> BRASIL. **Decreto lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1942**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2012.

<sup>133</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 138.

<sup>134</sup> Ibidem, p.140.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 141.

### **3 O ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ**

A partir deste ponto, tudo o que foi aduzido sobre princípios e sobre a persecução penal servirá como alicerce para uma análise detida a respeito do artigo 156 do Código de Processo Penal, o qual dispõe sobre a iniciativa probatória do juiz, ou seja, envolve de forma especial e particular o magistrado em uma função que, em regra, incumbe às partes de defesa e acusação.

O artigo foi modificado no ano de 2008, tendo sido incluído uma parte que, como será demonstrado, está em absoluta desarmonia com a Carta Maior.

Preliminarmente, é coerente que se analise o inciso II para, só então, examinar o inciso I, alvo de inconstitucionalidade.

#### **3.1 O inciso II, do artigo 156, do Código de Processo Penal**

O inciso II, do artigo 156, do Código de Processo Penal dispõe sobre a iniciativa probatória do juiz na ação penal, ou seja, na fase judicial da persecução penal e refere-se ao seu poder instrutório.

Poder instrutório probatório é aquele que será despertado pela dúvida na busca pelas provas e pela elucidação da verdade processual.

Contudo, é preciso separar o caráter de iniciativa probatória e iniciativa acusatória. Esta última existirá sempre que o magistrado empreender atividade de colheita de provas substituindo ou complementando o *Parquet*. Aquela primeira existirá para resolver dúvida sobre ponto relevante<sup>136</sup>.

As regras de determinação do ônus da prova são atenuadas pelo poder instrutório que a lei confere ao juiz. Já se disse anteriormente que vige no processo penal o princípio da verdade processual, pelo qual o julgador não poderá conformar-se com a carência de elementos probatórios ou meras presunções<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 337-338.

<sup>137</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 326.

Entretanto, substituir-se à atuação das partes na produção probatória, é um papel relativo. A função na iniciativa probatória é complementar e limitativa, objetivando, no máximo, a esclarecer dúvida sobre ponto essencial à demonstração da verdade. A proatividade do julgador em determinar a produção de prova encontra limites, também, na imparcialidade, princípio base para o julgamento das lides<sup>138</sup>.

Como já foi repetidamente exposto, a produção de provas, seja para esclarecimentos ou para saneamento do processo, deve respeitar os limites do contraditório, da motivação das decisões e da inadmissibilidade da prova ilícita<sup>139</sup>.

A função jurisdicional deve ser, ao máximo, preservada. A preservação ocorre quando há o afastamento, no Estado Democrático de Direito, do juiz, da fase persecutória, entregando tal incumbência ao Ministério Público, responsável direto por controlar diligências investigativas, seja por meio de seus próprios mecanismos ou por meio da polícia judiciária, a fim de formar sua *opinio delicti*<sup>140</sup>.

O juízo, como acusador e investigador, possui em sua essência o interesse, a parcialidade, estando contaminado pela convicção que aflora dos autos do processo o que, naturalmente, acaba desprestigiando a parte contrária<sup>141</sup>.

### 3.1.1 O inciso II e o poder restritivo instrutório probatório do juiz

O artigo 156 foi revogado pela Lei nº 11.690, de 2008, porém, manteve intacto o teor da parte dispositiva que se refere a iniciativa probatória do juiz na fase processual da persecução penal.

A redação que foi revogada mantinha o conteúdo do artigo integralmente no caput, sem dividi-lo em incisos:

<sup>138</sup> TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 328.

<sup>139</sup> MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 97, v. 875, p. 450, set. 2008.

<sup>140</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 52.

<sup>141</sup> WOTTRICH, Lisandro Luís. Revisando o sistema inquisitorial: o inciso I do artigo 156 do código de processo penal e a produção antecipada de provas jurídica. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, ano 58, n. 392, p. 123-136, jun. 2010.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.<sup>142</sup>

Entretanto, a nova redação dividiu a estrutura que dispõe sobre a iniciativa probatória na ação penal, entre o caput e o inciso II:

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

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

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)<sup>143</sup>

Pode-se vislumbrar, no inciso II, do artigo 156, claramente, as limitações jurisdicionais na fase processual. Os poderes de instrução não podem ultrapassar a barreira dos pontos omissos e confusos. Na busca pela verdade, será preciso trazer aos autos elementos que construam uma versão o mais próxima possível da realidade do fato<sup>144</sup>.

Não se deve aceitar, nesse aspecto, que a busca da verdade processual, assumindo um ponto aproximativo, leve o magistrado a refugar, bem como afastar-se do seu papel constitucional. Ao vestir a armadura de inquisidor e ao sair da inércia, conseqüentemente, a referida autoridade perde a necessária imparcialidade para apreciar o feito<sup>145</sup>.

Alguns doutrinadores defendem que a instrução probatória ilimitada do órgão julgador é absolutamente aceitável e recomendada, pois se transforma em um poder complementar, um poder supletivo ao das partes.

Nesse sentido, ensina Mougenot:

---

<sup>142</sup> BRASIL. **Decreto lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1942**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2012.

<sup>143</sup> Ibidem.

<sup>144</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 326.

<sup>145</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 328.



Para tanto, além das próprias partes, também o órgão julgador deverá diligenciar na busca de todos os elementos que permitam a reconstrução dos acontecimentos levados a juízo. Nesse sentido, o juiz, por expressa previsão legal, poderá determinar a produção de provas que repute relevantes<sup>146</sup>.

Malgrado seja um entendimento respeitável, falar em busca por todos os elementos, sem limites, na fase processual, nos remete aos tempos inquisitivos medievais tão amplamente discutidos.

É necessário diferenciar um indeferimento de diligências inúteis ou atos protelatórios, bem como um pedido de esclarecimentos sobre pontos com dificuldade de entendimento, de uma ordem para que seja produzida determinada e específica prova.

Frise-se, que, há ainda, entendimentos legais de que o juiz deve pedir diligências apenas no sentido de esclarecer conteúdo de prova já produzida. Assim, por exemplo, entende o titular da 2ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária do Paranoá, pertencente ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, nos autos da ação 6993-3 do ano de 2009:

Compulsando os autos, verifico que a autoridade policial da 6ª DP solicitou ao IC a reprodução das imagens gravadas pelo circuito interno de TV do estabelecimento Loja Ferragens Santo Antônio, local do crime. Entretanto, tal solicitação ainda não restou cumprida (fls. 14/15). Desse modo, como tal prova pode ser determinante para esclarecer a autoria do delito relatado nesta ação penal, com fulcro no art. 156, inciso II, do CPP, converto o julgamento em diligências, para determinar que seja oficiada a 6ª DP requerendo, com a maior brevidade possível, o envio do Laudo da Diligência requerida à fl. 44<sup>147</sup>.

A dúvida somente se insere dentro do espírito julgador do magistrado quando há a aliança de proposições em sentido diverso sobre determinado fato ou ideia. No campo das provas e na busca pela verdade, a dúvida

---

<sup>146</sup> BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48.

<sup>147</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Vara Criminal. **Ação Penal 2009.08.1.006993-3**. Ementa: [...] Relator: Juiz Milton Euripedes da Silva. Brasília, Paranoá/DF, 29 mar. 2011. fl. 115.

surge a partir de possíveis deduções oriundas do material probatório produzido, e não sobre aquele que não foi produzido<sup>148</sup>.

Assim, admite-se a dúvida apenas sobre a prova que já foi produzida, e não sobre a insuficiência ou a ausência da atividade persecutória. Portanto, conclui-se que a atividade instrutória limita-se, na fase processual, a esclarecer e sintetizar o conjunto probatório. Não poderá, em hipótese alguma, o juiz, buscar, perseguir, caçar ou determinar qualquer tipo produção probatória<sup>149</sup>.

### *3.1.2 A limitação do inciso II, do artigo 156, pelo Superior Tribunal de Justiça.*

O Superior Tribunal de Justiça limitou, em decisão proferida no ano de 2010, a atividade probatória dos juízes, de ofício, na fase processual.

Os ministros entenderam que as ações de caráter probatório “somente devem ser exercidas a partir da existência de dúvida razoável sobre ponto relevante do processo” e que “não é aceitável a adoção de posição supletiva à do órgão de acusação”<sup>150</sup>.

O relator do Habeas Corpus de nº 143.889, Ministro Nilson Naves, afirmou que “as provas requeridas por juiz só podem ser aceitas se comprovada a sua necessidade e pertinência, e apenas quando se destinarem a esclarecer pontos e questões surgidas de fatos e circunstâncias apurados na instrução”<sup>151</sup>.

Observa-se que o Ministro fez questão de frisar o caráter aditivo dos elementos necessidade e pertinência, somados à questão dos pontos duvidosos, surgidos durante a ação penal.

Por fim, o magistrado relator, ressaltou a importância dos princípios que aqui foram abordados, aduzindo que, no caso do Habeas Corpus julgado, com a atitude inquisitorial do juiz que determinou a atividade probatória de ofício, “os

<sup>148</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 338-339.

<sup>149</sup> Ibidem, p. 338-339.

<sup>150</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 143.889 - SP (2009/0150059-3)**. Ementa: [...] Relator:Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 18 maio 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10253894&sReg=200901500593&sData=20100621&sTipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10253894&sReg=200901500593&sData=20100621&sTipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 19 mar. 2012.

<sup>151</sup> Ibidem.

princípios da isonomia, ampla defesa, contraditório e imparcialidade foram violados”<sup>152</sup>:

Processo penal (natureza). Provas (produção).  
Iniciativa (juiz/Ministério Público). Magistrado (imparcialidade).

1.É acusatório, ou condenatório, o princípio informador do nosso processo penal, daí, então, ser vedado ao juiz o poder de investigação. Cabe à acusação a prova da culpabilidade do réu.

2.Incumbente ao juiz, é verdade, dirigir o processo, competindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento, não lhe sendo lícito, também é verdade, substituir a acusação. Permitido lhe é, isto sim, auxiliar a defesa, tal o eterno princípio da presunção de inocência: "ninguém será considerado culpado..."

3.Pode o juiz ouvir outras testemunhas (Cód. de Pr. Penal, art. 209), porém não o pode fazendo as vezes da acusação, substituindo-a, em caso, como este, em que não havia testemunhas a serem inquiridas, porque não havia testemunhas arroladas pelo Ministério Público (tampouco pela defesa).

4.São diferentes iniciativa probatória e iniciativa acusatória, aquela é lícita, claro é, ao juiz em atitude complementar – por exemplo, tratando-se de diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (atual art. 402).

5.Já a iniciativa acusatória – o desempenho das funções que competem a outrem – bate de frente com princípios outros, entre os quais o da imparcialidade do julgador, e o da presunção de inocência do réu, e o do contraditório, e o da isonomia.

6.Ordem concedida a fim de se anular o processo desde quando se determinou a inquirição<sup>153</sup>

### 3.2 O inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal

O inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal, dispõe sobre a iniciativa probatória durante o inquérito policial, ou seja, na fase extrajudicial da persecução penal.

É cediço, diante do que foi exposto, que na fase de instrução preliminar, deve o magistrado permanecer absolutamente distante e alheio à qualidade da prova em curso. Qualidade refere-se à capacidade, à suficiência, à

<sup>152</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 143.889 - SP (2009/0150059-3)**. Ementa: [...] Relator:Ministro Nilton Naves. Brasília, DF, 18 maio 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10253894&sReg=200901500593&sData=20100621&sTipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10253894&sReg=200901500593&sData=20100621&sTipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 19 mar. 2012.

<sup>153</sup> Ibidem.

idoneidade, às propriedades. Assim, somente intervirá para tutelar violação ou ameaça de lesão a direitos e garantias individuais do réu, ou para, mediante provocação do órgão acusatório, resguardar a efetividade da função jurisdicional, ou seja, para a conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional<sup>154</sup>.

Importante ressaltar que a ordem constitucional brasileira não permite a figura do instrutor na fase de instrução preliminar, impulsionando e dirigindo os procedimentos. Permitir a realização de investigações, bem como de diligências que entenda necessárias para levantar elementos de convicção, de ofício, pode macular a imparcialidade do Poder Judiciário<sup>155</sup>.

Esta ordem constitucional está inserida no sistema acusatório adotado pelo ordenamento, elemento central da persecução penal, o qual não se compraz com a intervenção judicial na fase de investigativa, senão, como antes consignado, quando provocada pelo titular da ação penal e, somente para salvaguardar direitos e garantias fundamentais do indivíduo alvo de investigação<sup>156</sup>.

A partir da separação das atribuições de acusação, defesa e julgamento, é possível concluir que à acusação incumbe o ônus de contestar, rebater, argumentar ou defender todo o tipo de tese de acordo com os interesses da sociedade, que são os seus, como fiscal da lei, inclusive referente ao ônus probatório. Fica claro que o magistrado deve, ao máximo, tentar se afastar de qualquer conteúdo probatório e de qualquer decisão de ofício, principalmente na fase de investigação, a qual não possui garantias constitucionais suficientes a sustentar os direitos da parte requerida.

A garantia de separação representa uma condição essencial do distanciamento em relação às partes do processo. É uma garantia orgânica<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 53.

<sup>155</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 76.

<sup>156</sup> SILVA, Edimar Carmo da. **O princípio acusatório e o devido processo legal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 75.

<sup>157</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 522.

Principalmente na fase de inquérito, para qualquer tipo de medida cautelar ou produção de provas consideradas urgentes, o juiz tem que ser convencido e não convencer. Ademais, o problema é conciliar, por meio de garantias idôneas, imparcialidade e capacidade técnica, livre convencimento e motivação, independência e sujeição à lei<sup>158</sup>.

Importante destacar o entendimento de Ferrajoli:

A sujeição somente à lei, por ser premissa substancial da dedução judiciária e juntamente única fonte de legitimação política, exprime por isso a colocação institucional do juiz. Essa colocação – externa para os sujeitos em causa e para o sistema político, e estranha aos interesses particulares de um lado e aos gerais de outro – se exprime no requisito da imparcialidade, e tem sua justificação ético-política nos dois valores – a perseguição da verdade e a tutela dos direitos fundamentais – mais acima associados à jurisdição. O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral nem particular, em uma ou outra solução de controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira qual é falsa. Ao mesmo tempo ele não deve ser um sujeito “representativo”, não devendo nenhum interesse ou desejo – nem mesmo da maioria ou da totalidade dos cidadãos – condicionar seu julgamento que está unicamente em tutela dos direitos subjetivos lesados [...] <sup>159</sup>.

Dessarte, permitir a valoração jurídica acerca da necessidade da custódia ou de qualquer outra medida cautelar por órgão que não tem competência constitucional para o exercício da respectiva função, isto é, a função investigativa e a função acusatória, contraria o sistema de persecução penal adotado pela legislação brasileira<sup>160</sup>.

Assim, no processo penal, por força do princípio da presunção de inocência, o ônus probatório é integralmente do Ministério Público<sup>161</sup>.

### *3.2.1 A ADIN 1.570-2 e a inconstitucionalidade da iniciativa probatória do juiz declarada pelo STF*

Para justificar a tese da inconstitucionalidade do inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal, faz-se imprescindível tecer alguns comentários sobre a

<sup>158</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 532

<sup>159</sup> Ibidem, p. 534.

<sup>160</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 11.

<sup>161</sup> Ibidem, p. 497.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570-2, relatada pelo Ministro Maurício Corrêa, proposta pelo Ministério Público Federal, em face da Lei nº 9.034/95.

O referido dispositivo legal trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro, diretrizes sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, ou seja, um mecanismo de controle sobre os movimentos que vivem à margem da lei, em um “Estado” paralelo, sustentados pelo tráfico.

É cediço que o crime organizado, no Brasil, cresce em função do tráfico de drogas, bem como de armas, em um ritmo alucinante. Este ritmo é público e notório e pode ser constatado por meio de análises e reflexões produzidas e divulgadas por instituições credenciadas como órgãos de estatísticas, órgãos públicos de controle de informações e até pela mídia.

Durante os últimos anos, profundas e significativas alterações relativas ao sistema penitenciário se fizeram presentes no país e auxiliam no entendimento da complexidade da situação do crime organizado. Segundo o jornal gaúcho Zero Hora, em Porto Alegre, capital do estado do Rio Grande do Sul, o tráfico de substâncias ilícitas passou a liderar o ranking de condenação entre os detentos, superando os crimes contra o patrimônio. As estatísticas mostram que em cinco anos, as condenações por tráfico aumentaram 267,8%, enquanto as condenações por roubo diminuiram 85,1%. Conseqüentemente, o crime de porte de arma aumentou 63,3%. Homicídios e furtos acompanharam a expressiva queda das condenações por roubo com vertiginosas quedas de 51,1% e 70,5%, respectivamente<sup>162</sup>.

A situação piora quando observamos o crime organizado em função do tráfico contando com a ajuda do sistema político brasileiro e seus integrantes. Autoridades competentes sobre o assunto continuam afirmando que o grande problema de criminalidade do país está, principalmente, na corrupção desenfreada de servidores públicos e na péssima gestão de recursos públicos, ou seja, na péssima qualidade das políticas públicas, o que acaba gerando um mar de imoralidades:

---

<sup>162</sup> AMORIM, Francisco. **Mutação no cárcere**: tráfico refaz perfil dos presos no estado. [S.l.], 2012. Disponível em: <<http://prisonal.blogspot.com.br/2012/01/40-dos-presos-sao-oriundos-do-trafico.html>>. Acesso em: 12 mar. 2012.

A corrupção de agentes públicos é um flagelo muito mais destrutivo do que o tráfico de drogas nos morros, até porque um levou ao outro e um alimenta o outro, numa espiral simbiótica. A corrupção, uma espécie de vírus HIV da sociedade, é, sobretudo, um delito de suporte, de natureza generalista, que a deixa vulnerável, adaptando-se e garantindo a perpetração de delitos de toda sorte<sup>163</sup>.

Observa-se que o crime organizado está ocupado diversificando e remodelando a estrutura de seu sistema. As quadrilhas mostram adaptação. Uma espécie de darwinismo delinquente onde só os mais fortes sobrevivem.

Assim, sem muito esforço, pode-se extrair dos dados e entendimentos acima, que a mistura explosiva entre autoridades públicas e organizações criminosas ligadas ao tráfico, tem sido fonte de dor de cabeça e raiz de inúmeros problemas sociais.

Nesse cenário, também sem muita ginástica mental, conclui-se que a Lei nº 9.034 de 1995 foi construída como uma forma de repreender e estagnar a evolução do sistema criminoso que gira em torno da segurança pública, afetando-a diretamente, bem como para que se transformasse em meio de alento à população.

Entretanto, a mencionada lei se direciona para o lado diametralmente oposto aos dos limites e princípios constitucionais estabelecidos na Constituição Federal.

Dispõe o inciso III e o parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 9.034/95:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.<sup>164</sup>

Complementando o artigo transcrito acima, o artigo 3º dispõe que:

Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou

---

<sup>163</sup> BARBOSA, Jorge. **Bandidos travestidos de autoridades**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,bandidos-travestidos--de-autoridade-,801368,0.htm>>. Acesso em: 24 nov. 2011.

<sup>164</sup> BRASIL. **Lei nº 9.034/95, de 03 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2012.

por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça.

§ 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.<sup>165</sup>

Observa-se que o artigo 3º produz, sem divagações, um procedimento anormal, o qual se afasta integralmente da sistemática de persecução penal adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, permitindo ao juiz que proceda à colheita de provas que, futuramente, servirá como base fático-jurídica de sua própria sentença. Dessa forma, impossível que o magistrado não se influencie psicologicamente com a colheita pessoal de provas necessárias à instrução do processo. Haverá, sem dúvidas, a afetação de seu trabalho mental lógico-jurídico e o comprometimento de sua imparcialidade, elemento indispensável ao devido processo legal, misto de virtude e obrigação do magistrado<sup>166</sup>.

O parágrafo 2º é o núcleo do entendimento de que haverá uma ligação psicológica ao caso concreto, quando o dispositivo expressamente determina a seleção de documentos com relevância probatória, exigindo-se um juízo de valor a respeito dos meios probantes, vinculando a apreciação subjetiva no momento de decisão. Fica clara a mistura de funções, o que não pode ser sustentado e admitido<sup>167</sup>.

Para Walter Nunes da Silva Júnior, o artigo 3º da Lei nº 9.034/95 é absolutamente inconstitucional:

A psicologia judiciária logrou demonstrar que o inconveniente do juízo de instrução é a vinculação, inconsciente, do juiz, às descobertas angariadas com as investigações feitas por ele, diminuindo-lhe a capacidade de enxergar com maior acuidade e isenção todas as provas pertinentes à elucidação do caso [...] Nesse passo, entendo que o artigo 3º da Lei nº 9.034/95 é inconstitucional, pois o sistema acusatório puro, tendo como um de suas

<sup>165</sup> BRASIL. **Lei nº 9.034/95, de 03 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2012.

<sup>166</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570-2**. Ementa: [...] Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 15 maio 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1570&processo=1570>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

<sup>167</sup> Ibidem.



características a atribuição da atividade investigatória preparatória à polícia judiciária e ao Ministério Público, está expressamente catalogado na Constituição da República<sup>168</sup>.

A atividade de investigação está devidamente inserida na Constituição Federal nos artigos 129 e 144, bases da persecução penal e do sistema acusatório:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

§ 2º As funções do Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação, salvo autorização do chefe da instituição.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos

I - polícia federal;

IV - polícias civis;

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.<sup>169</sup>

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2004, julgou parcialmente procedente à ação nº 1.570-2 para declarar a inconstitucionalidade do artigo 3º:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

<sup>168</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570-2**. Ementa: [...] Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 15 maio 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1570&processo=1570>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

<sup>169</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2011.

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação

da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.<sup>170</sup>

A corte máxima do país entendeu que a atuação do juiz, imiscuindo-se na atividade de colheita de prova, afronta o sistema acusatório, pilar de um Estado Democrático de Direito. Para o Supremo, a autoridade julgadora deve estar distante e separada das partes, resguardando ao máximo, a sua imparcialidade, elemento integrante e indispensável da estrutura do sistema acusatório<sup>171</sup>.

Portanto, a atividade probatória sem limites ou impedimentos, do magistrado, durante a persecução penal, é flagrantemente inconstitucional.

### 3.2.2 O inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal, e sua inconstitucionalidade

Inconstitucional é tudo aquilo que está desalinhado em relação à Carta Magna brasileira. A inconstitucionalidade surge a partir do momento em que não há harmonia ou consonância entre o dispositivo normativo e a Constituição Federal.

Tem-se aqui, um forte exemplo de uma lei recheada com um teor que Beccaria definiria como falsa ideia de utilidade:

<sup>170</sup> Idem. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570-2**. Ementa: [...] Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 15 maio 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1570&processo=1570>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

<sup>171</sup> RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 55.

Fonte de erros e de injustiças são as falsas ideias de utilidade, elaboradas pelos legisladores. Falsa ideia de utilidade é a que antepõe os inconvenientes particulares ao inconveniente geral, ou seja, a que reprime os sentimentos, ao invés de estimulá-los, e diz à lógica: sirva. Falsa ideia de utilidade é a que sacrifica mil vantagens reais a um inconveniente imaginário ou de poucas consequências<sup>172</sup>

Nessa direção, o inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal sacrifica e quebra o sistema acusatório penal inserido na Carta Maior, fonte inesgotável de vantagens à ordem jurídica e à manutenção do Estado Democrático de Direito, revelando sua inconstitucionalidade, a partir do momento em que permite a saída do juiz de sua posição inerte de julgador imparcial para determinar a produção de provas que, ao seu entendimento, são urgentes e relevantes:

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

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)<sup>173</sup>.

Frise-se que o vocábulo “consideradas” refere-se a um juízo prévio e parcial a respeito da situação analisada. Permite a saída de uma posição passiva norteada pelo sistema acusatório e possibilita a inquisitorialidade subjetiva do órgão julgador, dando-lhe condições de investigação e arrecadação de prova<sup>174</sup>.

O inciso I, do artigo 156, dessa forma, coloca o magistrado na função de investigador, fazendo-o descer de sua posição de distância das partes para procurar o que acha que é a verdade, ou o que ele quer que seja a verdade<sup>175</sup>.

Não cabe à autoridade julgadora tutelar a investigação. A jurisdição criminal somente se inicia com a apreciação da peça acusatória. Senão vejamos:

Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

<sup>172</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 126.

<sup>173</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2012.

<sup>174</sup> WOTTRICH, Lisandro Luís. Revisando o sistema inquisitorial: o inciso I do artigo 156 do código de processo penal e a produção antecipada de provas jurídica. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, ano 58, n. 392, p. 123-136, jun. 2010.

<sup>175</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 10.

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Parágrafo único<sup>176</sup> (Revogado).

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias<sup>177</sup>.

No curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação, a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos respectivos procedimentos. Quando há um deferimento de uma prisão cautelar, de uma interceptação telefônica ou de uma quebra de sigilo bancário, por exemplo, não estará, o juiz, protegendo os interesses da investigação criminal e, sim, garantindo as liberdades públicas, exercendo o controle constitucional das restrições das inviolabilidades, nos limites da Carta Magna e do devido processo legal<sup>178</sup>.

É necessário relevar o caráter garantista que a autoridade julgadora deve possuir. O órgão julgador é responsável por garantir o respeito à integridade física e moral do suspeito ou do indiciado, por garantir o direito ao silêncio, por garantir a assistência familiar e de defesa técnica (advogado), por garantir a comunicação de qualquer espécie de prisão (preventiva ou temporária) à família e ao advogado e, neste último caso, por garantir a identificação dos responsáveis por sua prisão. Deve ser garante, principalmente porque a fase extrajudicial é carente de baluartes como a ampla defesa, o contraditório e a publicidade, caracterizando, essencialmente, um momento amplamente inquisitivo.

A fase de investigação deve ser foco da autoridade policial, que, precipuamente, por ela, é responsável, e, também, do Ministério Público, a quem compete, ao final das investigações, emitir parecer a cerca da questão penal, oferecendo a denúncia, arquivando por falta de provas ou requerendo novas diligências. Não cabe ao juiz a aferir ou controlar a idoneidade do material colhido

---

<sup>176</sup> BRASIL, op., cit.

<sup>177</sup> Ibidem.

<sup>178</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 336.

pelas partes, principalmente na fase de preliminar. Deve este último se preocupar apenas com a fase instrutória, a qual é nutrida pela ampla participação defensiva em suas mais variadas formas<sup>179</sup>.

Ademais, quem busca investigar indícios de materialidade e autoria torna-se psicologicamente ligado a eles e, dificilmente, gozará de isenção de espírito para julgá-los com imparcialidade<sup>180</sup>.

Nessa direção, vale ressaltar a ironia de Paulo Rangel:

Ora, como imaginar um juiz isento que colhe a prova no inquérito, mas não a leva em consideração na hora de dar a sentença? A reforma pensa que o juiz é um ser não humano. Um extraterrestre que desce de seu planeta colhe a prova, preside o processo, julga e volta à sua galáxia, totalmente imparcial. Inocência. Juiz é um ser humano como outro qualquer dotado de emoção, paixão, egoísmo, altruísmo, ódio, amor e, claro, “sentimento de justiça”<sup>181</sup>.

Quando o juiz realiza atos de ofício, em busca da prova, tem como escopo condenar o réu, até porque qualquer neófito sabe que se não há elementos probatórios concretos que ensejem uma sentença condenatória, ou se há qualquer nebulosidade carregada de dúvidas, magistrado deve decidir em favor do réu<sup>182</sup>.

Sempre que o órgão julgador tem funções acusatórias ou a acusação tem funções jurisdicionais, há uma perigosa mistura que compromete de forma relevante a imparcialidade, a publicidade e a oralidade do processo. A carência desses princípios debilita todos os demais e, em particular, as garantias processuais da presunção de inocência, do ônus da prova, do contraditório e da ampla defesa. A busca da verdade, mediante uma atuação de investigação inquisitiva e que vá além dos limites dispostos pela lei, conduz ao predomínio das opiniões subjetivas e, em muitos casos, arbitrarias, produzindo prejulgamentos irracionais e incontrolláveis do órgão julgador. O arbítrio surge no momento em que a

---

<sup>179</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 458.

<sup>180</sup> MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 97, v. 875, p. 442, set. 2008.

<sup>181</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 495.

<sup>182</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 496.

condenação e a pena dependam unicamente da suposta sabedoria e equidade dos juízes<sup>183</sup>.

Assim, a atuação do magistrado, na fase pré-processual, deve se limitar ao controle da legalidade e das garantias, bem como dos direitos fundamentais do sujeito passivo. Posição, esta, que é a mais próxima aos princípios que orientam o sistema acusatório e que indica a inconstitucionalidade do inciso I, do artigo 156<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 24.

<sup>184</sup> LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 171.

## CONCLUSÃO

Restou comprovado no presente trabalho de pesquisa que o campo da investigação criminal, em qualquer fase do processo, é uma seara fértil para aqueles juízes que se sentem seduzidos pela incorporação do herói. O magistrado sente uma vontade incontrolável de ser o defensor protetor das mazelas sociais. Indignado com a apatia de sua posição e, diante dos sentimentos aflorados socialmente originários da insegurança e da inércia de autoridades públicas, o juiz busca uma nova empreitada aventureira em busca do chamado inimigo, personificado no agente criminoso. Ele é impaciente, antecipa-se a tudo e a todos<sup>185</sup>.

Assim, o órgão julgador demonstra um interesse maior em provar e certificar o delito do que alcançar ou aproximar-se, por meio da lei, da verdade dos fatos<sup>186</sup>.

Não se pode negar que hoje, no Brasil, há um movimento muito grande por parte de toda a sociedade em considerar qualquer suspeito, indiciado ou preso como inimigo do estado. Esse tratamento diferenciado com relação a estes seres humanos é típico do Estado absolutista que não admite gradações e assim, torna-se incompatível com o Estado de Direito<sup>187</sup>.

A essência desse tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em negar sua condição de pessoa. Ele é considerado exclusivamente sob o aspecto de ser perigoso ou daninho. Retira-se dele o caráter, bem como seus direitos<sup>188</sup>:

A rigor, quase todo o direito penal do século XX, na medida em que teorizou admitindo que alguns seres humanos são perigosos e só por isso devem ser segregados ou eliminados, coisificou-os sem dizê-los, e com isso deixou de considerá-los pessoas, ocultando esse fato com racionalizações<sup>189</sup>.

---

<sup>185</sup> WOTTRICH, Lisandro Luís. Revisando o sistema inquisitorial: o inciso I do artigo 156 do código de processo penal e a produção antecipada de provas jurídica. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, ano 58, n. 392, p. 123-136, jun. 2010.

<sup>186</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 104.

<sup>187</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 11.

<sup>188</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>189</sup> Ibidem, p. 18.

Hoje, diz-se no universo jurídico que o indivíduo perigoso é contido apenas na estrita medida da necessidade, privando-o apenas do necessário. Entretanto, não se deixa aberta a porta para o seu retorno ou incorporação ao seio social. As penitenciárias brasileiras são verdadeiras fontes de doenças e universidades de criminalidade.

Ademais, a inconstitucionalidade do inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal, bem como a limitação e restrição de atuação jurídica no inciso II são flagrantemente visíveis.

O primeiro inciso agride e quebra o sistema acusatório instituído pela Constituição Federal. Princípios como o da imparcialidade e o da verdade processual, alicerces do devido processo legal são dilacerados e esquecidos com a atividade investigativa do juiz na fase de instrução preliminar. Esta fase extrajudicial não recebe o amparo do contraditório e da ampla defesa, deixando assim o indivíduo que a ela se submete, totalmente desamparado, sem a autoridade garante, essencial para a manutenção da presunção de inocência.

Nesse sentido, cabe ao magistrado amparar o investigado, garantindo a tutela de suas liberdades e garantias fundamentais, não podendo ter contato direto com o material de investigação, bem como tomar qualquer atitude de ofício que interfira nos papéis constitucionais devidamente previstos.

O segundo inciso, contém uma restrição e determina que o órgão julgador deverá instruir o processo limitando a busca pela verdade a um procedimento formal, rigoroso e limitado, observando a constituição. Portanto, deve agir de ofício com restrições, ou seja, deve atuar apenas para esclarecer pontos omissos, confusos ou duvidosos.

Importante ressaltar que o juiz, acima de tudo, não é um herói social. O juiz é o Estado, neutro, justo e decisivo. Quanto mais afastado do material probatório, mais justa será sua decisão.



Enfim, onde as leis são claras e precisas, o ofício do magistrado não é senão o de informar-se a respeito do fato<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 57.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Francisco. **Mutação no cárcere**: tráfico refaz perfil dos presos no estado. [S.l.], 2012. Disponível em: <<http://prisional.blogspot.com.br/2012/01/40-dos-presos-sao-oriundos-do-trafico.html>>. Acesso em: 12mar. 2012.

BARBOSA, Jorge. **Bandidos travestidos de autoridades**. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,bandidos-travestidos-de-autoridade-,801368,0.htm>>. Acesso em: 24 nov. 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal**: as fases administrativa e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 09 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1942**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 678 de 6 de novembro de 1992**. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 9 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.034/95, de 03 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.570-2**. Ementa: [...] Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 15 maio 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=15700&processo=1570>>. Acesso em: 26 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus Nº 143.889 - SP (2009/0150059-3)**. Ementa: [...] Relator: Ministro Nilton Naves. Brasília, DF, 18 maio 2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10253894&sReg=200901500593&sData=20100621&sTipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10253894&sReg=200901500593&sData=20100621&sTipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 19 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. 2ª Vara Criminal. **Ação Penal 2009.08.1.006993-3**. Ementa: [...] Relator: Juiz Milton Euripedes da Silva. Brasília, Paranoá/DF, 29 mar. 2011. fl. 115.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. **Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MANZANO, Luis Fernando de Moraes. Verdade formal versus verdade material. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 97, v. 875, p. 437, set. 2008.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. 1 v.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSSEAU, Jean-Jaques. **Do contrato social**: princípios do direito político. São Paulo: Edipro, 2000.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Inquérito policial e ação penal**: indagações, doutrina, jurisprudência, prática. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão**: em 38 estratagemas (dialética erística). Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

SILVA, Edimar Carmo da. **O princípio acusatório e o devido processo legal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

WOTTRICH, Lisandro Luís. Revisando o sistema inquisitorial: o inciso I do artigo 156 do código de processo penal e a produção antecipada de provas jurídica. **Revista Jurídica**, Sapucaia do Sul, ano 58, n. 392, p. 123-136, jun. 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.