



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MARAISA DE FIGUEIREDO

A LEI 11.690/08 À LUZ DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO
SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO: INCONSTITUCIONALIDADE
DA INICIATIVA PROBATÓRIA À CARGO DO JUÍZO

SOUSA - PB
2009

MARAISA DE FIGUEIREDO

A LEI 11.690/08 À LUZ DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO
SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO: INCONSTITUCIONALIDADE
DA INICIATIVA PROBATÓRIA À CARGO DO JUÍZO

Monografia apresentada ao Curso de
Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS
da Universidade Federal de Campina
Grande, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharela em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Carla Rocha Pordeus.

SOUSA - PB
2009

Maraisa de Figueiredo

A LEI 11.690/08 À LUZ DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO SISTEMA
PROCESSUAL ACUSATÓRIO: INCONSTITUCIONALIDADE DA INICIATIVA
PROBATÓRIA À CARGO DO JUÍZO.

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal de
Campina Grande – Campus/Sousa – em
cumprimento aos requisitos necessários à
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: ____ de _____ de
2009

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^a: Carla Rocha Pordeus

Membro da Banca

Membro da Banca

Sousa – PB
Junho/2009

À minha família, em especial,
minha mãe Maria Edite e minhas
irmãs.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro a Deus, pela vida que me foi proporcionada, pela família a qual fui e por todas as oportunidades que me foram proporcionadas.

A minha família, em especial à minha Mãe por ser um exemplo de luta, perseverança e persistência na busca de seus sonhos, fazendo-me acreditar, a todo instante, que maior do que as adversidades devem ser a nossa vontade e coragem de enfrentá-las e transpô-las.

As minhas queridas irmãs que sempre confiaram e acreditaram na minha capacidade de alcançar objetivos, e foram fonte de incentivo durante todo o caminho até aqui percorrido.

Em especial, agradeço a “Tinha”, minha irmã/mãe que sempre me cuidou com tanto zelo, que sempre esteve presente nos momentos mais difíceis, que nunca deixou de acreditar que seria possível chegar ao fim objetivado.

À Márcia, minha irmã/amiga, que me acolheu e me ofereceu apoio, que acreditou que seria possível chegar ao final mesmo quando eu não acreditei.

Às minhas amigas Heloá, Janaína, Taciana e Kalina, que mesmo distantes, estiveram sempre presente em minha vida. E ao meu grande amigo Marney, que se fez presença constante nos últimos anos e pelo qual tenho carinho imenso.

Enfim, a todos que participaram de minha vida acadêmica. Aos professores, em especial Professor Coordenador Eduardo Jorge.

A minha orientadora, Professora Carla Rocha a qual peço as devidas desculpas pelos percalços atravessados na produção do presente trabalho e agradeço pela disposição em ajudar no que foi possível.

Ademais, agradeço a todos que, de alguma forma, estiveram presentes em minha vida até agora.

RESUMO

Com o advento da Lei 11.690/08, e a nova redação do art. 156 do CPP, que gerou alterações no processo penal no que diz respeito à iniciativa probatória do juízo, passou-se a questionar se seria a imparcialidade do juízo preservada quando este, de ofício, está autorizado a determinar a produção de provas? Se tal previsão tem validade jurídica no atual sistema processual, adotado pela Constituição Federal de 1988 e ainda se esta seria constitucional face os princípios informadores do processo penal? Partindo dessa problemática o presente trabalho tem por fim apresentar as diferenças existentes entre os sistemas processuais inquisitivo e acusatório, demonstrando através dos princípios constitucionais do processo penal que o sistema processual adotado pela CF de 1988 é o acusatório, e que o CPP, ainda vigente, em algumas de suas disposições é marcado pela inquisitorialidade própria da época em que foi elaborado, para, ao final, demonstrar que o art. 156, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/08 é inconstitucional, face os princípios processuais do sistema acusatório, especialmente no que diz respeito à previsão de iniciativa probatória a cargo do órgão julgador, ainda antes de instaurada a ação penal. Definindo os sistemas processuais acusatório e inquisitivo, caracterizando-os e apresentando seu traço diferenciador, pôde-se aferir qual o sistema processual adotado pelo Brasil, especialmente, após o advento da Constituição Federal de 1988. Considerando ser o sistema processual penal pátrio um sistema acusatório, contrapôs-se seus princípios regentes aos princípios (caracteres) do sistema inquisitivo, ainda presente, sob determinados aspectos no Código de Processo Penal, demonstrando a necessidade de adequação do Código de Processo Penal ao modelo acusatório de processo penal. Utilizando-se de pesquisa bibliográfica acerca do tema abordado, buscou-se a partir da análise dos referidos princípios, demonstrar, pelo método dedutivo, a inconstitucionalidade do art. 156, I, que prevê a iniciativa probatória do juízo ainda na fase do inquérito policial, por ofensa aos princípios processuais penais previstos constitucionalmente, especialmente o da imparcialidade do órgão julgador, bem como se buscou ponderar acerca da aplicação do art. 156, II, apenas quando destinado a defesa dos interesses do indivíduo, por ser decorrência dos que prevê os princípios da presunção de inocência e "*favor rei*", sob pena de se incorrer no mesmo vício de inconstitucionalidade do inciso I.

PALAVRAS CHAVE: sistema acusatório – princípios processuais – inconstitucionalidade da iniciativa probatória do juízo.

ABSTRACT

With the advent of the Law 11690/08, and the new wording of art. 156 of the CPP, which generated changes in the criminal proceedings regarding the initiative of the trial evidence, there was a question whether the impartiality of the court preserved when in office, is authorized to determine the production of evidence? If this prediction is valid in the current legal system procedure, adopted by the Federal Constitution of 1988 and if this would be against the constitutional principles of criminal procedure informants? On that issue this paper is to present the differences between procedural systems inquisitive and accusatory, demonstrating through the constitutional principles of criminal procedure that the procedural system adopted by the 1988 CF is the acusatório.e the CPP, still in force, on some of its provisions inquisitoriedade itself is marked by the time it was prepared for the end, show that art. 156, the CPP, with the wording given by Law 11690/08 is unconstitutional, given the procedural principles of the accusatory system, especially as regards the provision of evidence initiative over the national judge, even before the criminal action instituted. Defining the systems and procedural accusatorial inquisitive, characterizing them and presenting his feature differentiator, it was possible to ascertain which system procedure adopted by Brazil, especially after the advent of the Federal Constitution of 1988. Whereas it is the system of criminal procedure system accusatory mother, argued its principles are the principles Regents (characters) from the inquisitive, yet this, in certain aspects in the Code of Criminal Procedure, demonstrating the need for adequacy of the Code of Criminal Procedure to the model accusatory proceedings. Using the research literature on the subject addressed, it was from the analysis of those principles, demonstrate, the deductive method, the unconstitutionality of art. 156, I, which provides evidence of the initiative at the stage of the trial police investigation, in violation of the constitutionally provided for criminal procedural principles, especially the impartiality of the national judge, and attempt to look over the application of art. 156, II, when to defend the interests of the individual, as result of providing the principles of presumption of innocence and "for king, under penalty of incurring the same vice of unconstitutionality of section I.

KEYS WORDS: accusatory system - procedural principles - unconstitutionality of the probatory initiative

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 - SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	4
1.1 Sistema processual penal inquisitivo	4
1.2 Sistema processual penal acusatório	5
1.3 Sistema processual acusatório x sistema inquisitivo: a gestão da prova como marco diferenciador.	7
1.4 Sistema processual penal brasileiro	9
CAPÍTULO 2 - O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	14
2.1 O processo penal pátrio após o advento da Constituição de 1988	15
2.2 Princípios processuais constitucionais informadores do processo penal pátrio	18
2.2.1 Princípio do contraditório	20
2.2.2 Princípio da imparcialidade do juiz	21
2.2.3 Princípio da presunção de inocência	23
2.2.4 Princípio do "favor rei"	25
CAPÍTULO 3 - A LEI 11.690/08 À LUZ DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO: INCONSTITUCIONALIDADE DA INICIATIVA PROBATÓRIA À CARGO DO JUÍZO.	27
3.1 Do ônus probatório no Processo Penal	29
3.2 Da iniciativa probatória do magistrado à luz dos princípios informadores do sistema acusatório	32
3.3 Da iniciativa probatória do juízo antes de iniciada a ação penal	37
4 Considerações Finais	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44

INTRODUÇÃO

Elaborado sob a influência da legislação penal italiana, produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal Brasileiro, criado em 1941, teve origem em bases autoritárias, típicas do Estado Totalitário, como o era o Estado Novo da Era Vargas, e, portanto, estabelece um processo penal, fortemente marcado pelo sistema processual inquisitivo, no qual, a gestão da prova encontrava-se, exclusivamente, nas mãos do Estado, que concentrava as funções de acusar e julgar as "lides penais".

Com o advento da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se uma nova ordem constitucional, bem como um novo sistema processual, desta feita, acusatório, sistema no qual ao órgão julgador, em virtude dos princípios que o informam, especialmente o princípio da imparcialidade, é defeso a prática de atos instrutórios, próprios das partes, pelo órgão julgador da lide penal.

A partir de então, imperioso se fez que à legislação processual penal infraconstitucional fossem operadas reformas de modo a adequá-la ao novo paradigma constitucional de sistema processual penal.

Contudo, o legislador ordinário não logrou êxito nesse íterim, e ainda, em total retrocesso, com a promulgação da Lei 11.690/08, ao tratar dos poderes instrutórios do magistrado, ampliou-os, possibilitando a iniciativa probatória pelo órgão julgador, mesmo antes de iniciada a ação penal, conforme disposição do art. 156, com redação dada pela nova lei, em total afronta aos princípios constitucionais que regem o sistema processual acusatório.

Com o advento de tal lei, retoma-se a discussão acerca da imparcialidade do juízo, ao qual são conferidos poderes para produzir as provas que lhes servirão na formação de seu convencimento.

A problemática decorrente de tal previsão legislativa é a de se verificar se seria a imparcialidade do juízo preservada quando este, de ofício, está autorizado a determinar a produção de provas, e ainda se teria validade jurídica no atual

sistema processual, adotado pela Constituição Federal de 1988, face os princípios informadores do processo penal hodierno.

Espera-se demonstrar as diferenças existentes entre o sistema processual inquisitivo e o sistema processual acusatório, demonstrando através dos princípios constitucionais do processo penal que o sistema processual adotado pela CF de 1988 é o sistema processual acusatório e que o CPP, ainda vigente, em algumas de suas disposições é marcado pela inquisitorialidade própria da época em que foi elaborado.

Pretende-se evidenciar que o art. 156, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690/08 é inconstitucional, face os princípios processuais do sistema acusatório uma vez que confere ao magistrado poderes próprios de instrução, o que é frontalmente oposto ao sistema acusatório adotado pelo Brasil.

Em última análise, busca-se comprovar que há afronta aos princípios constitucionais regentes do sistema processual acusatório, pelo artigo acima mencionado, sendo o mesmo, portanto, inconstitucional.

Utilizando-se da revisão bibliográfica acerca da matéria aqui tratada, partindo da análise dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitivo, suas características e principais marcos diferenciadores, bem como dos princípios que os regem, e do sistema processual penal constitucionalmente previsto (acusatório), buscar-se-á, dedutivamente, demonstrar a inconstitucionalidade do art. 156, no que diz respeito à atribuição de poderes instrutórios, no processo penal, ao magistrado.

Em épocas de impunidade e criminalidade crescentes, onde o reclame social por justiça faz com que a produção legislativa seja mais afeita, sem a devida cautela, a atender os anseios sociais, muitas vezes, em detrimento dos direitos e garantias individuais constitucionalmente previstos, faz-se imperioso o combate a disposições normativas que venham de encontro a tais direitos, como forma de fortalecer o Estado Democrático de Direito.

Ao final do presente trabalho, espera-se reste demonstrada a inconstitucionalidade do art. 156, I, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/08.

O primeiro capítulo ater-se-á aos sistemas processuais penais acusatório e inquisitivo, demonstrando as suas características e marcos diferenciadores, bem como se discorrerá acerca do sistema processual penal ao qual se submete o processo penal pátrio.

No segundo capítulo serão feitos comentários acerca do Processo Penal brasileiro contrapondo as suas feições inquisitivas ao novo paradigma constitucional de processo penal, inaugurado com a Constituição Federal de 1988, bem como serão elencados os princípios constitucionais informadores do sistema processual acusatório, observando-se as implicações de cada um no âmbito do processo penal.

No terceiro e último capítulo, discorrer-se-á, acerca da atuação do magistrado na instrução probatória nos termos do art. 156 da Lei 11.690/08 apresentando a discussão proposta no presente trabalho, acerca da (in)constitucionalidade do referido artigo, frente os princípios informadores do processo penal.

CAPÍTULO 1 - SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

O Sistema Processual Penal consiste em um conjunto de princípios e regras constitucionais que, segundo Paulo Rangel (2009, p. 47), “de acordo com o momento político de cada Estado, estabelece as regras a serem seguidas à aplicação do direito penal ao caso concreto”.

Tal sistema, conforme apresentado pela doutrina majoritária, reveste-se de três formas: a inquisitiva (típica de um Estado Totalitário); a acusatória (forma adotada pelo Estado Democrático de Direito), e a mista, caracterizada pelo temperamento entre os sistemas acusatório e inquisitivo.

Ao presente trabalho, interessa a caracterização e diferenciação dos sistemas processuais acusatório e inquisitivo, sob os quais se passará a discorrer.

1.1 Sistema Processual Penal Inquisitivo

Surgido após o acusatório privado (no qual ao particular cabia a persecução penal) o Sistema Inquisitivo caracterizou-se pela concentração nas mãos do Estado-Juiz das funções de acusar e julgar, sendo o Juiz o senhor da persecução criminal, ao qual cabia instaurar o processo, fazer a acusação, e julgá-la, não passando o réu de mero objeto da persecução penal, o qual não interferia no “processo” para a aplicação da lei penal.

Rangel (2009, p. 48), em sua obra Direito Processual Penal cita as características do Sistema Inquisitivo:

- a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, *ex officio*, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade;
- b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo;

c) não há o contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia;

d) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas.

O juiz, no sistema inquisitivo leva a efeito toda a produção probatória, de modo que se configura parcial, por óbvio, no julgamento da "lide penal". Este se substitui as partes e produz as provas que mais adiante servirão de base para fundamentar sua decisão.

Bem característico do sistema inquisitivo é a produção de provas pelo órgão julgador, que ao mesmo tempo também é o que oferece a acusação e a julga.

Não se pode olvidar que nestas circunstâncias, a imparcialidade, própria do sistema acusatório e corolário deste, resta prejudicada, ou mesmo ausente no sistema inquisitivo.

Assim, portanto, considera-se o sistema inquisitivo como próprio daqueles Estados nos quais os indivíduos não tem garantidos a ampla defesa, o contraditório, e tantos outros princípios que informam hoje o processo penal brasileiro, não se admitindo que normas de conteúdo inquisitório, vigorem paralelamente a um sistema processual garantista como o é o sistema pátrio.

1.2 Sistema Processual Penal Acusatório

No Sistema Acusatório, em total contraposição ao Inquisitivo, as funções (julgar, acusar) competem a órgãos diversos, sendo o juiz órgão imparcial de aplicação da lei, manifestando-se apenas quando provocado; A acusação compete ao autor da ação penal, bem como o ônus de provar o que é alegado; o réu (sujeito do processo e não mais objeto deste, como o era no sistema inquisitivo) exerce sua defesa utilizando-se de todos os meios e recursos inerentes a esta.

Segundo Rangel (2009, pp. 50-51) as características do sistema acusatório são:

- a) há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos, autor, juiz e réu (*ne procedat iudex ex officio*);
- b) o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos (no direito brasileiro, vide art. 93 da CRFB c/c art. 792, § 1º, c/c art. 481, ambos do CPP)
- c) os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias que lhe são outorgadas;
- d) o sistema de provas adotado é do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo (cf. art. 155 do CPP com redação da Lei 11.690/08 c/c art. 93, XI da CRFB);
- e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesse de alta relevância social, instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (cf. art. 130 do CPC).

O sistema acusatório, entretanto, contrapõe-se ao sistema inquisitivo, caracterizando-se, principalmente, pela imparcialidade do juízo bem como por garantir ao indivíduo um processo no qual este terá participação efetiva, podendo se defender amplamente e tendo conhecimento de todas as acusações que lhes são feitas.

Característico do sistema acusatório é a paridade de armas com que a defesa e a acusação enfrentam-se frente ao magistrado, que se põe equidistante das partes, presidindo o processo sem substituir-se àquelas.

No sistema acusatório cabe à acusação, exercida por um órgão distinto do órgão julgador, levar aos autos provas cabais de que o acusado é o culpado dos fatos que lhes estão sendo imputados, sem as quais está o magistrado obrigado a absolver o acusado por ausência de elementos probatórios.

Difere-se o sistema acusatório do inquisitivo pelo extenso rol de garantias que são atribuídas ao indivíduo, em contraposição ao que ocorria no sistema inquisitivo, no qual o indivíduo não passava de objeto daquele.

Sendo estabelecidas as características dos sistemas processuais acusatório e inquisitivo, importa no momento, estabelecer as diferenças existentes entre estes.

1.3 Sistema Processual Acusatório x Sistema Inquisitivo: a gestão da prova como marco diferenciador.

Embora a doutrina diferencie os sistemas processuais penais em acusatório e inquisitivo, essencialmente, pela titularidade das funções de acusar e julgar a órgãos diversos (sistema acusatório) ou a um único órgão (sistema inquisitivo) cumpre ressaltar que essa separação de funções, isoladamente, não caracterizaria o sistema acusatório, tendo em vista que este se reveste de outras características essenciais ao processo penal hodierno, submetido que está às normas garantidoras dos direitos individuais, especialmente, o direito à liberdade, frente ao arbítrio do Estado.

Portanto, um sistema acusatório, no qual cumpra ao juiz tão somente julgar, mas que o permite ir à busca das provas da autoria e materialidade do delito, tornando-o parcial frente ao processo criminal, conceitualmente (no que diz respeito à atribuição de funções a órgãos diversos) pode ser entendido como acusatório, mas substancialmente tem feições tão inquisitivas quanto o sistema processual pátrio em sua origem.

A posição que ocupam os sujeitos processuais dentro do processo (divisão clara ou não das funções de julgar, acusar e defender e a gestão da prova) é o que informará tratar-se de um sistema inquisitivo ou acusatório e, desta forma, a grande maioria da doutrina diferencia estes complexos sistemas processuais.

Anote-se, no entanto, que a nota diferenciadora (divisão de funções) não deve se dá de modo meramente formal.

Conforme afirmado acima, não há garantia ao indivíduo frente ao estado, num processo acusatório onde há ampla possibilidade de instrução

probatória levada a efeito pelo juiz (substituindo a acusação no ônus de provar as alegações levantadas contra o acusado/réu), como previsto na reforma introduzida no CPP pela Lei 11.690/2008, a qual será mais bem discutida, em capítulo próprio.

Assim, portanto, quando o sistema é inquisitivo, tem-se – na gestão da prova – a máxima concentração de poder nas mãos do julgador, o que significaria, em primeira análise, uma total quebra de equilíbrio de partes dentro do processo.

A gestão das provas nas mãos do julgador, entre outras características, tais como a) julgamento por juiz funcionário (em nome da segurança pública); b) juiz que acusa, defende e julga com concentração de funções; c) acusação oficial; d) procedimento escrito e secreto; e) não-contraditório; f) prova tarifada ou sistema da prova legal é o diferencial para a caracterização do sistema inquisitório.

Neste passo, importa repetir que a gestão das provas no processo penal emerge como característica principal que distingue o sistema acusatório do inquisitório.

Destinando-se a prova à formação do convencimento do juízo criminal, e, portanto, sendo a prova que formará o juízo de condenação, se a iniciativa probatória estiver de qualquer forma nas mãos do juiz não há que se falar em sistema acusatório.

Assim, mera separação formal entre as funções de acusar, julgar e defender é insuficiente para que o sistema acusatório prevaleça.

A simples atribuição das funções de acusar, julgar e defender a órgãos distintos, embora seja necessária à configuração de um sistema processual acusatório, pode ser amortecida se houver mecanismos legais que efetivamente desvirtuem a natureza da função de cada sujeito processual, como é o caso do art. 156 do CPP, com redação dada pela Lei 11.690/2008 que permite ao magistrado determinar de ofício a produção de provas, sendo possível fazê-lo mesmo antes de proposta a ação penal.

Considerando a exclusão da gestão probatória das mãos do julgador como premissa para a consagração do sistema acusatório, conferindo-se liberdade

às partes para apresentar provas sem a interferência judicial, outras características que emanam do referido sistema, podem ser citadas, sendo: a) igualdade de partes; b) inércia; c) publicidade; d) contraditório; f) persuasão racional do juiz, entre outras.

Assim sendo, estabelecesse que, para a concretização do sistema acusatório, o juiz, no processo penal, não tem atuação de ofício na direção do objeto da persecução penal, ficando inerte e aguardando a provocação das partes ou o comando processual procedimental.

Feitas as considerações acerca dos sistemas processuais, pontuando as diferenças entre os mesmos, importa estabelecer qual o sistema "adotado" pelo ordenamento jurídico brasileiro.

1.4 Sistema Processual Penal Brasileiro:

O Código de Processo Penal Brasileiro foi criado em 1941, inspirado na legislação penal italiana produzida na década de 1930 em pleno regime fascista, foi elaborado em bases autoritárias, refletindo o momento histórico o qual atravessava o Brasil, sendo suas características relevantes marcadas pelos traços do sistema inquisitivo.

Não obstante outras codificações tenham vigido no ordenamento jurídico anteriormente ao CPP de 1941, este é o que interessa ao presente trabalho, uma vez que ainda hoje, parte de suas disposições ainda tem vigência.

Em sua origem, o CPP tratava o indivíduo como potencial e virtual culpado; Na balança entre a segurança pública e a tutela da liberdade individual esta era sobremaneira desconsiderada; A busca da verdade "real" legitimou práticas autoritárias e abusivas por parte dos poderes públicos e segundo Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p. 7) "a ampliação ilimitada da liberdade de iniciativa probatória do juiz, justificada como necessária e indispensável à busca da verdade escusa real, descaracterizou o perfil acusatório que se quis conferir à atividade jurisdicional

Durante a década de 70 grandes alterações foram realizadas no CPP tendentes a flexibilizar regras concernentes à privação da liberdade do indivíduo.

Com o advento da CF de 1988, de ideologia oposta àquela sob a qual foi elaborado o CPP, instituiu-se um sistema de amplas garantias individuais passando o processo penal a ser um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado, orientado pelos princípios da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório, do juiz natural, da publicidade, da vedação das provas ilícitas, do devido processo legal, da prevalência do interesse do réu, da iniciativa das partes, do juiz imparcial, entre outros, os quais serão analisados em capítulo à parte.

Ainda hoje, mais de duas décadas após o advento da nova ordem constitucional, a tarefa de conformar as normas infraconstitucionais com os princípios estabelecidos na carta magna como diretrizes de um processo penal que assegure ao indivíduo as garantias e direitos que lhes foram conferidos, é árdua, uma vez que, em virtude da redemocratização do país, com as diretrizes traçadas pela Constituição Federal de 1988, inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal passaram a merecer uma nova reflexão, a fim de se estabelecer uma compatibilidade vertical entre eles e a referida Constituição.

Hodiernamente, o CPP assemelha-se a uma colcha de retalhos, uma vez que, especialmente após a nova ordem constitucional, sofreu mudanças no sentido de mais se aproximar a um sistema acusatório, ideal a um estado democrático de direito que preocupasse em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias do indivíduo, especialmente o direito à liberdade.

Não obstante a CF tenha imprimido caráter acusatório ao sistema processual penal pátrio (princípio do contraditório, ampla defesa, imparcialidade do juiz, devido processo legal, entre outros.) não se pode olvidar que muito do ranço do sistema inquisitivo originário persiste na legislação vigente, bem como na prática legislativa pátria que introduz no ordenamento jurídico normas contrárias ao sistema acusatório, como é o caso da possibilidade de o juiz, ex officio, determinar a produção de provas, antes mesmo de ser proposta a ação penal (art. 156 – redação dada pela Lei 11.690).

Avultam-se no ordenamento jurídico, dispositivos legais que vão de encontro aos postulados constitucionais, e que, felizmente, são expurgadas daquele, pelo fato de com estes não serem compatíveis.

Muito embora resquícios do sistema inquisitivo ainda persistam na legislação processual penal, o sistema processual brasileiro, constitucionalmente previsto é acusatório e assim é tratado, majoritariamente, pela doutrina, que o classifica como não ortodoxo.

Para Rangel (2009), o sistema processual brasileiro é acusatório, pois a função de acusar foi entregue a um órgão distinto: o Ministério Público, e, excepcionalmente, ao particular, e a fase preliminar informativa que existe antes da ação penal é presidida pela polícia judiciária, não havendo a figura do juiz instrutor.

Tourinho Filho (2009) também entende ser o sistema processual brasileiro, acusatório, afirmando sê-lo não ortodoxo, em virtude de ao juiz ser permitido requisitar abertura de inquérito, decretar de ofício prisão preventiva, conceder habeas corpus, determinar a realização das provas que entender necessária à persecução da verdade real, atividades estas que segundo o autor não deveriam ser levadas a efeito pelo juiz uma vez que afetaria a imparcialidade deste na hora de julgar.

Há na doutrina quem considere o sistema processual penal brasileiro como um sistema misto, como o faz o insigne doutrinador Nucci (2008, p. 110), o qual afirma que “o sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto”, de modo que:

É certo que muitos processualistas brasileiros sustentam que o nosso sistema é o acusatório. Mas baseiam-se exclusivamente nos princípios constitucionais vigentes (contraditório, separação entre acusação e órgão julgador, publicidade, ampla defesa, presunção de inocência etc.). Entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, concursado, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e de ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.) Somente pós, ingressa-se com a ação penal e, em juízo, passam a vigorar as garantias constitucionais mencionadas, aproximando-se o procedimento do sistema acusatório.

Ocorre que, afirmar que a constituição previu como acusatório o sistema processual pátrio, bem como que este não o é face normas infraconstitucionais que o imprimem caráter inquisitivo, é negar a hierarquia existente no ordenamento jurídico entre as normas constitucionais e as demais normas, hierarquia esta pela qual as normas constitucionais se sobrepõem a todas as outras, e no caso destas serem contrárias ao que previu a constituição deverão ser expurgadas do ordenamento jurídico, ou em segundo plano, sendo possível, serem interpretadas conforme a constituição.

Deste modo, sob o critério de separação das funções de acusar, defender e julgar, o sistema processual brasileiro é sim acusatório, também o é sob o ponto de vista dos princípios constitucionais que o informa, no entanto, mister que se afirme que subsiste no ordenamento jurídico normas de caráter eminentemente inquisitivo, sendo, pois, o processo penal brasileiro, um sistema “formalmente” acusatório, no qual subsiste regras de caráter essencialmente inquisitivo.

A realidade é que, no Brasil, muitos dos postulados constitucionais referentes aos direitos e garantias individuais, na seara criminal, são postos em segundo plano em nome da segurança pública, do combate à violência, do contingenciamento da criminalidade que se avoluma diariamente, sendo necessário ao Estado dar resposta rápida e eficaz, geralmente traduzida em tolhimento das liberdades individuais.

Verdadeiramente se tem um processo penal voltado a satisfazer a ânsia da sociedade por justiça, e não a garantir ao indivíduo um processo justo como previsto na constituição.

Assim, normas de caráter essencialmente inquisitivo, mas de grande serventia à efetivação da aplicação da lei penal, emergem no ordenamento jurídico e são recepcionadas pela sociedade sem maiores questionamentos.

O processo penal, entendido aqui como instrumento pelo qual o Estado aplica a norma penal ao caso concreto, e ainda como instrumento de garantia dos direitos do indivíduo frente ao arbítrio do Estado, deve-se orientar pelos princípios

constitucionalmente previstos, estes eminentemente característicos de um sistema processual penal acusatório como se verá adiante.

É sob o ponto de vista de um sistema processual penal acusatório que serão analisadas as alterações efetuadas no CPP, especialmente pela Lei 11.690/2009, no que diz respeito à gestão da prova.

CAPÍTULO 2 - O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Afastando-se do período em que a composição dos litígios estava a cargo dos particulares, com o advento do Estado, este avocou para si a tarefa de administrar a justiça, a partir de então, tornou-se o processo o meio através do qual se solucionam as lides mediante uma sequência de atos que se prestam a dirimir o conflito de interesses.

O direito à vida, à liberdade, à honra, à integridade física, são bens que por se destacarem como mais caros e importantes à vida em sociedade são tutelados pelo Direito Penal, bens estes que uma vez violados reclamam a atividade estatal no sentido de garantir a paz e harmonia sociais

A violação aos bens penalmente tutelados pela transgressão do mandamento proibitivo contido na norma penal faz nascer para o Estado o "*jus puniendi*" que nada mais é o dever-poder de o Estado aplicar a sanção prevista na norma penal, fazendo-o através do processo.

Nas palavras de Tourinho Filho (2009, p. 6.):

Da mesma forma que não haveria equilíbrio estável no meio social se se permitisse, no campo extrapenal, às próprias partes litigantes decidirem pelo uso da força, seus litígios, também e principalmente o campo penal, na esfera repressiva, os abusos indescritíveis se multiplicariam em número crescente, em virtude dos desmandos que o titular do direito de punir, cego e desenfreado, passaria a cometer.

Pondo os olhos nessa realidade incontrastável, o Estado, então, autolimitou o seu poder repressivo.

Assim, pelo respeito à dignidade humana e à liberdade individual e que o Estado fixa a manifestação de seu poder repressivo não só em pressupostos jurídico-penais materiais (*nullum crimen, nulla poena sine lege*- não há crime sem prévia definição, nem pena sem anterior cominação legal), como também assegura a aplicação da lei penal ao caso concreto, de acordo com as formalidades prescritas previamente em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais (*nulla poena sine iudice, nulla poena sine iudicio* – nenhuma pena pode ser imposta senão pelo Juiz, nenhuma pena pode ser aplicada senão por meio do processo).

Visto deste modo o processo penal nada mais é que uma sequência de atos voltados à aplicação da lei penal ao caso concreto.

No entanto, tal concepção do processo foi ampliada com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual, através de um complexo de garantias e direitos atribuídos ao indivíduo, o transformou em um instrumento de defesa de tais direitos.

A partir da instituição do novo Estado Brasileiro, o indivíduo que, até então, era tido na relação processual, como objeto desta, passa a ser sujeito integrante e efetivamente participante da relação processual penal. Assim, aquele processo, originariamente inquisitivo, e timidamente informado por algumas normas que lhes foram introduzidas na década de 70, deixa de ser instrumento apenas de aplicação da norma penal ao caso concreto, para ser instrumento de defesa dos direitos e garantias do indivíduo.

Importa, portanto, entender o processo penal, segundo as feições que lhe imprimiu a Constituição Federal.

2.1 O processo penal pátrio após o advento da constituição de 1988.

Após o advento da CF de 1988, o processo, por óbvio, ainda se presta à aplicação da lei penal, mas, sobretudo se presta à proteção e garantia dos direitos e liberdades individuais frente à atividade repressiva do Estado. É, portanto, instrumento de garantia ao cidadão.

Nas palavras de Paulo Rangel (2009, p. 7):

O caráter instrumental do processo demonstra que ele (o processo) é meio para se efetivar os direitos e garantias individuais assegurados na Constituição e nos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte; não sendo, como pensam alguns autores, instrumento para se aplicar o direito penal, única me exclusivamente.

A carta magna traz implícita e explicitamente princípios que devem reger o processo, princípios estes que devem ser considerados quando da produção

e aplicação das normas infraconstitucionais que digam respeito à relação processual, e, portanto, conforme anota Nucci (2008, p. 71)

Não se concebe o estudo do processo penal brasileiro dissociado de uma visão abertamente constitucional, inserindo-o, como merece, no contexto dos direitos e garantias fundamentais, autênticos freios aos excessos do Estado, contra o indivíduo, parte, verdadeiramente mais fraca nesse embate.

Na mesma obra, o citado doutrinador (2008, p.73) afirma que:

[...] considerando-se que, no direito constitucional brasileiro, prevalece a meta de cumprir e fazer cumprir os postulados do Estado democrático de Direito, necessita-se captar as principais características dos direitos e garantias fundamentais, aplicando-se a cada uma das que se ligam à matéria processual penal ao direito infraconstitucional, previsto no Código de Processo Penal, que à luz da Constituição de 1988, deve necessariamente adaptar-se.

Por outro lado, toma-se essencial o estudo dos princípios constitucionais do processo penal, alguns explícitos, outros implícitos, mas todos conferindo a forma sobre a qual se deve buscar o caminho indispensável à constituição da culpa do réu.

Processo Penal, para o presente trabalho não se confunde com o Código de Processo Penal, trata-se, ao contrário, do conjunto de todas as normas, constitucionais e infraconstitucionais regulamentadoras da atividade repressiva do Estado.

O Código de Processo Penal aqui é visto apenas como a materialização dos procedimentos aos quais estão vinculados os sujeitos processuais, em conformidade com os princípios constitucionais que regem o processo na seara criminal.

Mas como será observado, por vezes, a codificação das normas processuais penais olvida a normatividade dos princípios processuais constitucionais, e vai de encontro aos postulados do Estado Democrático de Direito.

Conforme afirmado alhures, o Código de Processo Penal, elaborado nos idos de 1941, teve que ser relido após o advento da CF de 1988, em razão de muitos de seus dispositivos serem contrários aos princípios processuais penais constitucionais e, portanto, não recepcionados pela ordem constitucional vigente.

Assusta, no entanto, como pôde uma codificação elaborada sob forte influência fascista, com caráter eminentemente inquisitório, sobreviver à nova ordem constitucional estabelecida.

O espanto se deve à diferença entre as ideologias que serviram de base à elaboração do CPP e à da Constituição Federal de 1988.

Atendo-se apenas ao ponto de vista do processo penal, observa-se que, embora frontalmente contrárias aos princípios constitucionais que asseguram direitos e garantias individuais, muitas normas, marcadas pelo traço indefectível do inquisitorialismo, sobrevive à nova ordem constitucional, mesmo quando o sistema acusatório é o previsto e almejado como realização de garantia dos direitos fundamentais e liberdades individuais na esfera processual penal.

Nas palavras de Nucci (2008, p. 61):

Fundamental é o básico, necessário, essencial. E por tal razão são fundamentais os direitos e garantias individuais. A sua origem foi justamente para combater os abusos do Estado, reconhecendo-se que o homem possui valores que estão acima e fora do alcance estatal [...]

Prossegue em seus ensinamentos afirmando que é "importante ressaltar que todos os direitos fundamentais devem ser rigorosamente observados pelo Estado que se pretenda democrático e de direito" (NUCCI. 2008, p. 62).

Considerando ser a gestão da prova o marco diferencial entre os sistemas processuais inquisitivo e acusatório, indaga-se ainda: Como pode haver uma legislação infraconstitucional que permite ao órgão julgador empreender atos próprios de um juízo de instrução, tratando-se o sistema processual penal pátrio de um sistema eminentemente acusatório?

A resposta que se poderia dar a tal questionamento é a de que a legislação infraconstitucional ainda vigente, bem como aquela que está sendo produzida, como o caso da Lei 11.690/2008, ainda é informada pelo ranço da inquisitorialidade que vigora em sistemas processuais de características inquisitivas, de modo que, romper com as amarras de um sistema anteriormente vigente, e que muito serviu ao arbítrio do Estado, ainda encontra barreiras, especialmente, na utilidade imediata que tais normas teriam no combate à criminalidade, dando respostas céleres aqueles que clamam por justiça, celeridade esta que traduz-se geralmente, em tolhimento das garantias individuais constitucionalmente previstas.

É esse o questionamento ao qual se pretende responder ao final do presente trabalho, demonstrando que a norma, relativa à gestão da prova, introduzida pela Lei 11690/2008, conflita com os princípios processuais constitucionais, e que, portanto, não deveria vigor no ordenamento jurídico.

Antes, no entanto, de adentrar a discussão acerca da alteração legislativa citada acima, cumpre discorrer acerca dos referidos princípios.

2.2 Princípios processuais constitucionais informadores do processo penal pátrio

Os princípios são normas básicas que informam todo o ordenamento jurídico, servindo de norte à produção das demais normas jurídicas (leis ordinárias, leis complementares, regulamentos, entre outros), bem como à aplicação destas. Os princípios são os fundamentos de todo o ordenamento jurídico de um Estado.

São os princípios jurídicos constitucionais que devem nortear toda a produção legislativa, bem como a aplicação do direito positivo ao caso concreto. Por tal razão que as normas infraconstitucionais só são juridicamente válidas se não forem de encontro aos preceitos constitucionais.

Nucci assevera que "os princípios constitucionais são os princípios eleitos para figurar na Lei Fundamental de um povo, de forma que possam servir de

norte para toda a legislação infraconstitucional, além de informarem a própria aplicação das normas constitucionais” (2008, p. 58).

Ao analisar os princípios que regem o processo penal o incluído doutrinador o faz classificando-os em princípios processuais constitucionais explícitos e implícitos, ora voltados à proteção das garantias do indivíduo frente ao Estado, ora à relação processual, ou ainda, em princípios voltados à atuação estatal na apuração da responsabilidade criminal através do processo penal.

Não obstante a importância didática de referida classificação ater-se-á o presente trabalho em discorrer acerca dos princípios processuais constitucionais informadores do processo penal que assim sejam considerados pela doutrina, sem maiores preocupações em classificá-los.

Discorrendo acerca dos princípios informadores do processo penal Eugênio Pacelli de Oliveira (2006, p.24) informa ser o processo instrumento de tutela dos direitos humanos postos como fundamentais na ordem constitucional inaugurada pela CF afirmando que :

Nesse quadro, os princípios fundamentais do processo não podem afastar-se de tal missão. Princípios, então, que se apresentam como normas *fundantes* do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais. O Direito Processual Penal, portanto, é essencialmente, um Direito de fundo constitucional.

Princípios como o do contraditório, da imparcialidade do juiz, da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa, do *favor rei* (*in dubio pró reo*) informam todo o processo penal e o imprime caráter acusatório, sendo, pois, de observância obrigatória, tanto para o aplicador do direito como para o legislador no momento da produção legislativa.

Não obstante inúmeros outros princípios sejam apresentados como informadores do processo penal serão estes os estudados, decorrentes (caracterizadores) que são do sistema processual acusatório.

2.2.1 Princípio do Contraditório

O art. 5º, inciso LV da Constituição Federal estabelece que aos litigantes em processo judicial, ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Também o Pacto de São José da Costa Rica, aprovado pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 27/1992, garante o contraditório nos seguintes termos:

Art. 8º Garantias Judiciais

1 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.

Contrariamente ao que ocorria sob a égide de um sistema processual inquisitivo, o contraditório é previsto como forma de garantir àquele que se encontra sendo acusado da prática de alguma infração penal, ter ciência de todos os atos do processo e ainda, é garantia de que o mesmo possa se manifestar acerca das provas carreadas aos autos, contraditando-a.

Ao passo que o réu, na esfera penal, passa a ser tratado como sujeito de direito, e não apenas como objeto da persecução criminal, insta garantir-lhe participação efetiva em todas as fases do processo, exercendo, assim, plenamente sua defesa.

Segundo Rangel (2009, p.17),

A instrução contraditória é inerente ao próprio direito de defesa, pois não se concebe um processo legal, buscando a verdade processual dos fatos, sem

que se dê ao acusado a oportunidade de desdizer as afirmações feitas pelo Ministério Público (ou seu substituto processual) em sua peça exordial.

É em virtude do contraditório que está o magistrado, no momento da persuasão racional das provas, adstrito a fundamentar seu decreto, especialmente o condenatório, apenas e tão somente naquelas provas produzidas sob o crivo do contraditório, provas estas nas quais se observe que foi possibilitado ao “réu” o pleno exercício de sua defesa.

Ainda é em virtude do contraditório, que o indivíduo deve ser conhecedor de todas as acusações que lhe estão sendo imputadas, de modo que, possa se defender das mesmas, do contrário, entende-se que a cerceamento de defesa.

A alteração introduzida pelo art. 156, no ponto que trata acerca da produção de provas, mesmo antes de iniciada a ação penal, vai de encontro ao princípio do contraditório, especialmente por que, não estando ainda instaurada a ação penal, ainda não estarão delimitados os fatos objeto da acusação que será levada a efeito em juízo.

Sobre a produção de provas antecipadas pelo juízo ainda quando não instaurada a ação penal discorrer-se-á mais adiante, quando se tratará, especificamente, do tema abordado no presente trabalho.

2.2.2 Princípio da Imparcialidade do Juízo

Outro princípio decorrente (caracterizador) do sistema acusatório é o princípio da imparcialidade do juiz, pelo qual é garantido ao indivíduo um julgamento justo, fundamentado apenas naquilo que foi produzido nos autos.

Considerando a gestão da prova como marco diferenciador dos sistemas acusatório e inquisitivo, a imparcialidade do juiz, afigura-se como de suma importância à efetivação daquele.

Nos dizeres de Nestor Távora (2009, p.46) “a imparcialidade é entendida como característica necessária do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de molde a lhe tirar a neutralidade necessária para conduzi-lo com isenção.”

A imparcialidade pode ser considerada sob diversos aspectos, de modo que ora relaciona-se ao distanciamento do interesse do juízo na causa que lhe fora apresentada, ora relaciona-se com os valores insertos no íntimo de cada indivíduo, e sendo o magistrado apenas mais um indivíduo, imperioso que não permita que seus valores se sobreponham no momento do julgamento da lide. Em outras palavras, não deve o magistrado permitir que os valores que lhe foram impressos acerca de determinada matéria contamine-o na hora do julgamento.

Afora esses aspectos da imparcialidade do juiz, outro há que se afigura como imprescindível ao sistema acusatório, qual seja, o distanciamento do magistrado, do órgão julgador, da persecução penal, e em especial da instrução probatória, no sentido de não permitir-lhe atividades próprias do órgão de acusação. Ou seja, para garantir a imparcialidade do juízo, não se deve permitir ao magistrado enveredar-se na produção, de ofício, de provas, sob pena de ter seu convencimento corrompido.

Acerca da atividade do magistrado na instrução processual, Rangel (2009, p.23) afirma que:

O juiz na sistemática processual moderna, deve afastar-se ao máximo da persecução penal, a fim de não prejudicar seu livre convencimento, pois, no sistema de provas, adotado pelo Código Processual vigente, toda imposição da lei ao juiz, no que tange à colheita de provas, afronta sua imparcialidade.

A imparcialidade do juízo está intimamente relacionada com o sistema processual que se diz acusatório, o qual tem por escopo as divisões substanciais das atividades de acusar e julgar, pondo o magistrado em posição superior e simetricamente eqüidistante das partes do processo, não podendo abstrair-se o magistrado desta posição para substituir o órgão de acusação em seu dever de levar

aos autos provas da autoria e materialidade delitiva inculpada na denúncia. E aqui não se pretende restringir a prevalência do referido princípio nas ações em que o MP afigura-se como autor. Deve o magistrado, no processo penal, sendo a ação pública ou privada, manter-se em sua posição *supra partes*.

Nesse sentido se manifesta Rangel (2009, p. 20),

A imparcialidade do juiz tem perfeita e íntima correlação com o sistema acusatório adotado pela ordem constitucional vigente, pois, exatamente visando retirar o juiz da persecução penal, mantendo-o imparcial é que a Constituição Federal deu exclusividade da ação penal ao Ministério Público, separando nitidamente, as funções dos sujeitos processuais.

Compreende-se, portanto, que o magistrado que pratica atos próprios de instrução, figurando como o juízo de instrução existente no sistema processual inquisitivo, acaba por corromper seu convencimento, tornando-se parcial quando do julgamento da lide penal que lhe foi submetida.

Tende a legislação pátria, purificar ao máximo o sistema acusatório entregando a cada um dos sujeitos processuais as funções que lhes competem de modo exclusivo, o que representa maior segurando ao acusado/réu, uma vez que o distanciamento do órgão julgador das funções que cabem à acusação preserva a sua imparcialidade.

2.2.3 Princípio da Presunção de Inocência.

Constitucionalmente estabelece-se que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, é este o conteúdo do art. 5º, inciso LVII da CF.

Discussões há se seria próprio o termo “presunção de inocência”, no entanto, sobre as quais não se fará menções em virtude de não haver utilidade para a discussão que se pretende levantar adiante.

Um aspecto importante do referido princípio é o que diz respeito ao ônus da prova em sede de processo penal.

Sendo o acusado considerado inocente até que julgado culpado por sentença penal condenatória transitada em julgado cumpre ressaltar que o ônus de provar as acusações objeto da ação penal é daquele que as fez.

Deste modo posiciona-se Rangel (2009, p.27),

[...] entendemos que a visão correta que se deve dar à regra constitucional do art. 5º, LVII, refere-se ao ônus da prova. Pensamos que, à luz do sistema acusatório, bem como do princípio da ampla defesa, inseridos no texto constitucional, não é o réu que tem que provar que é inocente, mas sim o Estado-administração (Ministério Público) que tem que provar a sua culpa.

No mesmo sentido encontra-se a posição de Nucci (2008, p.75), afirmando que o princípio da inocência:

Tem por objetivo, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie com provas suficientes ao Estado-juiz, a culpa do réu.

Fica claro, portanto, que o ônus de provar as acusações contra o réu incumbe ao órgão estatal responsável pela acusação, no caso do Brasil, regra geral, compete ao Ministério Público empreender esforços para comprovar as alegações feitas.

Sistemicamente, Rangel (2009) espousa entendimento de que a previsão do inciso LVII do art. 5º da CRFB não pode ser compreendida como princípio de presunção de inocência, mas sim como regra constitucional de inversão do ônus da prova para o órgão da acusação.

2.2.4 Princípio do Favor Rei

Princípio do favor rei é aquele que milita em favor do acusado, conhecido geralmente como *in dúbio pro reo*, pelo qual se compreende que havendo ponderação entre o poder-dever de punir do Estado e o direito à liberdade do cidadão este deve prevalecer.

É em virtude do presente princípio que o magistrado, havendo dúvida acerca da materialidade e autoria da infração penal objeto da ação penal deve absolver o réu, pois na dúvida, os interesses destes devem prevalecer.

Do mesmo modo, não havendo provas suficientes que possam sustentar por si só um decreto condenatório, em função do princípio ora tratado, deve ser o réu absolvido.

Na lição de Rangel (2009, p.24),

O princípio do favor rei é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, pois o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao *jus libertatis* do acusado.

E segue informando que,

Trata-se de regra do processo penal que impõe ao juiz seguir tese mais favorável ao acusado sempre que a acusação não tenha carreado prova suficiente para obter condenação. Nesse aspecto o princípio do favor rei se enlaça com a presunção de inocência que, como vimos, inverte o ônus da prova. O órgão que acusa é quem tem que apresentar a prova da culpa e demonstrar a culpabilidade do cidadão presumido inocente.

Outros princípios há decorrentes, explícita ou implicitamente, da Constituição que informam o sistema processual penal.

No presente momento, ater-se-á apenas a estes, uma vez que dizem respeito especialmente à gestão da prova, à atividade estatal em relação a esta, e a condição do indivíduo que se encontra submetido à persecução penal.

Ao tratar especificamente da Lei 11.690/2008, em especial, do art. 156 do CPP, com a nova redação dada pela referida lei, serão incidentalmente feitos comentários acerca dos princípios aqui tratados, bem como de outros princípios, tais como o princípio da verdade real, da ampla defesa, da paridade das partes em juízo entre outros.

O que se pretende demonstrar é que tais princípios são característicos de um sistema processual acusatório e que a reforma legislativa efetuada pela Lei 11.690/2008, especialmente do que diz respeito à atividade probatória exercida pelo juiz deve ser compreendida sob o enfoque dos princípios processuais constitucionais acima expostos, evitando assim que os direitos e garantias do indivíduo sejam mitigados.

CAPÍTULO 3 – A LEI 11.690/08 À LUZ DOS PRINCÍPIOS INFORMADORES DO SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO: INCONSTITUCIONALIDADE DA INICIATIVA PROBATÓRIA A CARGO DO JUÍZO.

A gestão da prova, traço diferenciador entre os sistemas processuais acusatório e inquisitivo, deve ser analisada segundo os princípios regentes do sistema processual vigente no ordenamento jurídico.

Conforme exposto alhures, a Constituição Federal de 1988 além de inaugurar uma nova ordem constitucional inaugurou também um novo sistema processual, qual seja o sistema acusatório, rompendo assim, com o anteriormente vigente, o sistema inquisitivo.

Tendo sido delineados as diferenças de cada um dos sistemas processuais, passa-se a tratar da gestão da prova no atual processo penal.

Repita-se por oportuno, que o Código de Processo Penal ainda vigente é nitidamente marcado pelos traços do sistema inquisitivo, uma vez que foi elaborado sob a vigência deste e para servir a um Estado autoritário, de faces policiaescas, como o era o Estado Novo, da Era Vargas.

Ao Código de Processo Penal foram inseridas alterações legislativas no sentido de aproximá-lo cada vez mais de um sistema acusatório puro, uma vez que, conforme a maioria da doutrina entende, trata-se o sistema processual penal brasileiro de um sistema acusatório não ortodoxo, visto que, embora estejam as funções de acusar, defender e julgar entregues a órgãos distintos, ainda se possibilita ao magistrado proceder à colheita de provas, assemelhando-se a figura do juiz inquisidor do sistema processual inquisitivo.

Neste ponto cumpre fazer análise distinta acerca do sistema processual penal pátrio.

Não obstante haverem dispositivos do Código de Processo Penal de feições eminentemente inquisitivas, isso não desnatura o sistema processual penal acusatório constitucionalmente previsto, nem o torna não ortodoxo. Tais dispositivos,

especialmente aqueles que dizem respeito ao poder de instrução do magistrado, sobrevivem após o advento da Constituição Federal de 1988 pela dificuldade de se romper definitivamente com os princípios do sistema inquisitivo que o informaram na sua origem.

Sendo assim, entende-se que o Código de Processo Penal pátrio ainda é um código marcado por feições inquisitivas, mas com traços acusatórios inseridos pelas inúmeras reformas que já sofreu desde a época em que foi elaborado, e não o contrário, não é o sistema processual penal, acusatório não ortodoxo, o sistema, enquanto complexo de normas e princípios processuais é acusatório, ocorre que a legislação infraconstitucional ainda não se adequou a nova ordem, e ao novo sistema, sofrendo subseqüentes reformas, com o fito de aproximá-lo ao que seria ideal, integralmente acusatório.

Nesse sentido, visando cada vez mais submeter o Código de Processo Penal aos princípios informadores do sistema processual acusatório, é que se sucedem alterações legislativas visando à proteção dos direitos e garantias dos indivíduos frente ao "*jus puniendi*" estatal.

Melhor seria uma reforma completa no Código de Processo Penal, ou mesmo a elaboração de um novo código, este sim, informado por todos os princípios constitucionais do sistema acusatório, no entanto, tem-se contentado com reformas pontuais, que muitas das vezes, em virtude da origem inquisitiva do referido código, geram contradições ímpares.

No ano pretérito, reformas foram introduzidas no Código de Processo Penal, tendentes a modernizá-lo, reforçando o sistema acusatório e as garantias do acusado, sem perder de vista a efetividade do processo. Pode-se afirmar que a idéia central de tais reformas foi imprimir celeridade e efetividade na busca da prestação jurisdicional, reforçar as garantias do acusado, bem como fortalecer o sistema acusatório.

As alterações introduzidas pela Lei 11.690/08 no que diz respeito ao fortalecimento do sistema acusatório, no entanto, teve resultado contrário indo de encontro ao sistema acusatório, uma vez que prevê poderes instrutórios ao

magistrado, confrontando com princípios tais como o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juízo.

O art. 156 trata da questão relativa ao ônus da prova, bem como prevê que ao magistrado é possibilitado, de ofício, determinar a produção de prova mesmo antes de iniciada a ação penal.

As alterações efetuadas no CPP que dizem respeito à gestão da prova, refletem diretamente na imparcialidade do juízo uma vez que atribui ao magistrado poderes instrutórios fazendo com que este tenha seu convencimento contaminado pelo contato prévio com os elementos probatórios.

Conforme foi ressaltado quando da análise do princípio da presunção de inocência, o ônus probatório é daquele que faz a acusação, de modo que, no processo penal, compete ao Ministério Público comprovar os fatos alegados, e sendo este ineficiente, não pode o magistrado substituí-lo em suas funções. Deve sim, pela aplicação do princípio do "favor rei" absolver o réu, como concreção do referido princípio.

Assim sendo, assevera-se, esposando o pensamento de abalizada doutrina, que a iniciativa probatória levada a efeito pelo magistrado, conforme estabelece o art. 156, incisos I e II, constitui-se em afronta aos princípios acima referidos, conforme será explicitado na sequência.

3.1 Do ônus probatório no Processo Penal

Na sistemática processual penal, o ônus probatório é incumbência exclusiva do órgão acusador, daquele que oferece a denúncia, ou ainda, na ação penal do querelante, muito embora se possa entender o contrário pela leitura superficial do art. 156, caput, que segue.

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

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

II – determinar, no curso da instrução, ou, antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Código de Processo Penal – Dec. Lei 3.689/41, com a redação dada pela Lei 11.690/08)

Trata o presente artigo de dois pontos relevantes à gestão da prova no processo penal, quais sejam a questão do ônus da prova e a atribuição ao magistrado de poderes instrutórios antes mesmo de iniciada a ação penal.

No que diz respeito ao ônus probatório não houve alterações substanciais, não podendo o mesmo ser dito a respeito da iniciativa probatória do magistrado.

Através do processo objetiva-se fazer a reconstrução histórica dos fatos ocorridos, para que a partir do que restar demonstrado pelas provas, se possam extrair as respectivas conseqüências. A produção de provas, portanto, destina-se ao magistrado, em outras palavras a influenciar o convencimento deste.

Aparentemente, pela simples leitura do artigo 156, o ônus probatório estaria a cargo tanto da defesa, quanto da acusação, relativamente às alegações que cada qual fizesse nos autos.

Ocorre, contudo, que se deve interpretar a regra do ônus da prova à luz da constituição, e, portanto, conforme demonstrado alhures, por força do princípio da presunção de inocência incube ao órgão acusador o ônus probatório no processo penal, assumindo assim, a completa responsabilidade em demonstrar cabal e indubitavelmente o fato descrito na peça inaugural da ação penal.

O ônus da prova é o encargo atribuído à parte de provar aquilo que alega, e conforme se viu, à luz dos princípios da presunção de inocência e do favor rei, em processo penal o ônus probatório compete exclusivamente à acusação.

Mesmo que a defesa quede-se inerte durante todo o processo, sendo precária a atividade probatória do órgão acusador, caberá ao magistrado, não

havendo provas suficientes da materialidade e autoria do crime, absolver aquele que se encontra no banco dos réus.

Nas palavras de Nestor Távora (2009, p.325):

É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do *favor rei*. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado.

Fato é que a primeira parte do artigo acima mencionado nada traz de novo à matéria do ônus da prova, e em que pese posicionamentos doutrinários em contrário, a grande maioria da doutrina já se posicionava no sentido de que à acusação, exclusivamente, cabe o ônus de provar os fatos conforme foram alegados.

Por exemplo, caso o indivíduo, enquanto réu no processo penal, alegue matéria de defesa relativa às excludentes de ilicitude, tais como legítima defesa, estado de necessidade, cumprirá ao órgão acusador demonstrar que os requisitos exigidos para a configuração das referidas causas de exclusão não ocorreram, e não à defesa.

Tratando do ônus da prova à luz dos princípios informadores do sistema acusatório, Rangel (2009, p. 456) afirma que:

A regra inserta no art. 5º, LVII, da CRFB deve ser invertora total do ônus da prova e qualquer dúvida que reste diante a não comprovação do fato imputado ao réu pelo Ministério Público deve, obrigatoriamente, ser resolvida em seu favor, trata-se da aplicação do *indúcio pro réu*.

Conforme se disse alhures, no que tange ao ônus probatório no processo penal, nada de novo trouxe a reforma do art. 156, já no tocante à iniciativa probatória do magistrado, a referida reforma, em total confronto com o sistema

processual acusatório, abrangeu as possibilidades de o juiz produzir provas no processo penal, mesmo antes de instaurada a ação penal.

Tal previsão é o cerne da problemática que passa agora a ser discutida.

3.2 Da iniciativa probatória do magistrado à luz dos princípios informadores do sistema acusatório.

Em nome da busca pela verdade real, um dos vestígios mais odiosos deixados pelo sistema processual inquisitório, autoriza-se a busca por elementos probatórios pelo próprio magistrado.

E é neste ponto, que a reforma introduzida no art. 156 representa um retrocesso. Posto que, conforme já fazia o referido artigo, em sua redação originária, retira o juiz de sua condição "*supra partes*", já mitigada antes mesmo da reforma aqui tratada, e o coloca como juiz inquisidor, típico de um sistema inquisitivo.

Conforme foi observado quando se tratou das diferenças entre o sistema processual acusatório e o sistema processual inquisitivo afirmou-se, veementemente, que a produção de provas a cargo do julgador, é traço marcante do sistema inquisitivo, devendo, pois, merecer o magistrado, o maior distanciamento possível da iniciativa probatória.

A imparcialidade do órgão julgador deve ser entendida como meta a ser alcançada, como objetivo que nunca pode ser considerado completamente satisfeito, mas que deve ser sempre buscado através dos mecanismos postos a serviço de sua garantia.

Um desses mecanismos é justamente a separação entre as funções reservadas ao julgador, ao acusador e ao defensor, síntese do modelo acusatório de processo. Tal separação impede que o magistrado envolva-se psicologicamente com a pretensão deduzida em juízo, assegurando que ele seja, de fato, um órgão

“*supra partes*”, postando-se como ator processual que não tem interesse na vitória ou derrota de qualquer dos contendores. Em suma, coloca-se entre as partes e além do interesse delas:

É difícil conceber que um magistrado mantenha a sua imparcialidade quando, no melhor molde inquisitivo, sai à cata de provas. Até mesmo um neófito se aperceberia de que aquele que empreende a busca por provas, o faz já munido de quais evidências pretende ver comprovadas.

Ora, nenhum juiz ordena (assim como nenhuma parte requer) a produção de uma prova sem saber exatamente o que deseja encontrar. Ao fazê-lo, no mínimo, deduz que a evidência buscada servirá para condenação ou para absolvição.

Já bastante asseverado, no entanto, nunca é demais repetir, que o sistema processual acusatório, em síntese, garante que as funções de acusar, defender e julgar serão realizadas por pessoas distintas, representadas, respectivamente, pelo Estado-promotor (ou pelo particular, no caso das ações penais privadas), advogado, e Estado-juiz. Saliente-se que a mera existência de partes não é garantia de que o sistema processual seja acusatório. Para que isso ocorra, é necessário que cada ator processual, e em especial o magistrado, se limite a realizar a atividade que lhe foi atribuída, sem invadir as atribuições dos demais.

É o sistema processual acusatório a antítese do sistema processual inquisitivo. Este, em contraposição àquele, além de autorizar a mistura de funções dentro do processo, permitindo que o magistrado não apenas julgue, mas também realize atividades típicas da defesa e da acusação, sobretudo dessa última, mantém ampla a atividade probatória a cargo do órgão julgador, impregnado que é pelo princípio da busca da verdade real.

Ocorre que, a instrução probatória levada a efeito pelo magistrado, é lastreada basicamente no princípio acima referido (decorrente da feição inquisitiva do CPP), como se, através do processo, fosse possível chegar à verdade absoluta de como se deram os fatos que se pretende apurar no processo, como se possível fosse reconstruir os fatos tal como ocorreram.

A verdade real é mera utopia, que serve apenas à manutenção do ranço inquisitivo no sistema processual que é a iniciativa probatória do magistrado.

Acerca de tal princípio, válida é a lição de Paccelli (2006, p.289):

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real 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 alcance do Estado foi a responsável pela implantação da idéia acerca da necessidade inadiável de sua persecução, como meta principal do processo penal.

O aludido princípio, batizado como da verdade real, tinha a incumbência, de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos *autorizava*, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a *par conditio* (paridade de armas), o contraditório, a ampla defesa, bem como o da imparcialidade, de *convicção* e de atuação, do juiz, impedem-no.

No mesmo sentido posiciona-se o douto autor Rangel quando afirma que (2009, p.469) “em uma estrutura acusatória de processo penal não há espaço para o magistrado ter a gestão da prova, em especial antes de iniciada a ação penal [...]”

Ainda acerca do posicionamento do referido doutrinador, cumpre reproduzir sua compreensão acerca do magistrado que empreende atos instrutórios, próprios da acusação pela qual afirma que “quando o juiz pratica atos de ofício em busca da prova é para condenar, até porque qualquer neófito sabe que se não há provas ou se há dúvidas o juiz tem que decidir em favor do réu.” (RANGEL, 2009, p.461).

Ora, segundo o pensamento do insigne autor (2009, p.461) “o sistema é o todo e este todo está inserido na Constituição da República (art. 129, I), não pode o juiz criminal, no sistema acusatório, ter poderes instrutórios [...]”.

E, tratando especificamente do art. 156, e da possibilidade de o juiz ir à colheita da prova esclarece que tal reforma coloca o juiz no papel de investigador

dos fatos colhendo provas para formar seu próprio convencimento, compreendendo que, se o sistema é acusatório, não pode haver contaminação maior do juiz que colhe a prova.

No mesmo sentido, posição a ser considerada é a apresentada por Távora (2009, p.327);

Não se deve descuidar, entretanto, que a busca da verdade, processual ou material assumindo este ponto aproximativo não pode levar o magistrado a refuga a seu papel constitucional, travestindo-se em juiz inquisidor e perdendo a necessária imparcialidade para apreciar o feito. O tênue limite entre a busca da verdade e a fronteira do resguardo ao sistema acusatório e a repartição de poderes deve ser reativado, a fim de evitar arbítrios e impedir que a prova produzida pelo juiz que perdeu o limites da fronteira, venha transmutar-se em prova ilícita.

O princípio da busca da verdade real, ainda vigente na prática processual penal atual, deve, em virtude do sistema processual acusatório, ser deveras mitigado, tendo em vista que princípios processuais constitucionais como o da imparcialidade do juízo, bem como da presunção de inocência, e do *favor rei* militam em favor do acusado. Deste modo, não há que se permitir ao magistrado ir à busca de elementos de prova, nem mesmo para dirimir dúvidas conforme prevê o inciso II do art. 156, uma vez que, na dúvida acerca da materialidade e autoria do delito, cumpre ao magistrado, absolver o réu.

No entendimento de Távora (2009, p.328) “[...] Como na dúvida deve o magistrado absolver o demandado, a debilidade probatória da acusação em demonstrar os elementos que caracterizam o crime, por si só militará em favor da defesa.”

E ainda que se questione acerca da busca da verdade real em favor do acusado, outra resposta não será a de que, havendo dúvidas, quanto à inocência e a culpabilidade do acusado, nos dois casos a resposta será a mesma. Na dúvida, os interesses do acusado (sua liberdade e a preservação de sua presunção de inocência) se sobrepõem ao interesse do Estado (ou da sociedade) em ver aplicado

o dispositivo ou norma penal, posto que, a tutela dos direitos do indivíduo, frente à persecução criminal do Estado, é a finalidade maior do processo.

Se, ainda considerando os interesses do acusado, questionar-se acerca da necessidade de se dirimir dúvida que diga respeito a alegações trazidas aos autos pela defesa para a comprovação da inocência do acusado, dá-se ao caso a solução proposta por Pacelli (2006, p.381), para o qual:

a iniciativa probatória do juiz, quando utilizada para esclarecimentos ou integração da prova produzida pela defesa, deve perfeitamente ser aceita, sem maiores restrições, por todas as razões principiológicas (a inocência, o sistema de garantias individuais, a *par conditio* etc.) já aqui apontadas [...] O mesmo não pode ocorrer em relação à atividade supletiva da atuação da acusação, não só por violação ao sistema acusatório, mas ao princípio da igualdade de armas (*par conditio*), na medida em que o Estado estaria atuando em posição de evidente e desigual vantagem.

Negando a atividade probatória ao magistrado, também se estará garantindo a paridade de armas, ou simétrica participação das partes no processo penal. O que não ocorreria, acaso ao órgão julgador, ainda fosse conferido iniciativa probatória, tendo em vista que, toda a persecução penal, desde a sua fase preliminar, até a instauração do processo encontrasse nas mãos do Estado, também encontrasse nas mãos do Estado a acusação e o interesse em ver a aplicação da norma penal.

Em momentos que a criminalidade salta aos olhos do cidadão, que a impunidade faz com que a sociedade anseie por medidas práticas e eficientes na aplicação das leis penais, o surgimento/manutenção de normas como a em comento, embora visivelmente violadora do sistema processual acusatório, passam despercebidos. O anseio pela aplicação, rápida, da sanção penal àquele que se considera culpado, por vezes, e na maioria delas, faz atropelar os direitos e garantias individuais constitucionalmente previstos.

Se todos esses motivos podem ser elencados na recusa de se admitir a vigência de tal norma no que diz respeito à produção de provas a cargo do

magistrado, o que haverá de se dizer, se este, incorporando, em definitivo, a figura do juiz inquisidor, puder fazê-lo ainda na fase inquisitorial.

É o que se passa a analisar em seguida.

3.3 Da iniciativa probatória do juízo antes de iniciada a ação penal.

Esta é a grande inovação/aberração introduzida pelo legislador mediante a nova redação dada ao art. 156, I, portanto, a partir de então, ao magistrado, alheio aos princípios concernentes ao sistema acusatório, em especial o princípio da imparcialidade e do devido processo legal (o qual abrange a ampla defesa, a paridade de armas e simétrica participação das partes no processo), é possibilitado, a produção de provas antes mesmo de iniciada a ação penal.

A antecipação da realização de provas no processo penal, já é instituto de há muito conhecido.

Tendo em vista a possibilidade de perecimento de determinada prova no transcorrer do processo, admite-se a produção antecipada desta.

Ocorre, contudo, que já tendo iniciada a ação penal, o acusado tem delineados os fatos que lhes estão sendo imputados, sendo possível, portanto, o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa.

O mesmo, no entanto, não ocorre no que diz respeito à antecipação da realização de provas ainda na fase do inquérito policial, quando nem ao menos a "*opinio delicti*" encontra-se formulada. Questiona-se, nessas circunstâncias, sobre quais fatos seria exercida a defesa, uma vez que o indivíduo ainda não é conhecedor dos fatos que lhes serão imputados em juízo.

Se é certo que a imputação do fato típico e antijurídico deve ser feita de modo minucioso, sendo defeso as imputações genéricas, mas certo ainda é que a imputação define exatamente sobre quais fatos a defesa será exercida. Deste modo, não havendo "*themas probandum*", sobre quais fatos estaria se tentando produzir

provas? Como se poderia exercer o contraditório e a ampla defesa? Sobre quais fatos se manifestaria o investigado/acusado?

Não haveria assim a determinação dos fatos sobre os quais deveria o indiciado a produzir defesa, restando a ampla defesa e o contraditório prejudicados uma vez que indeterminados os fatos sobre os quais será a prova produzida.

Adiante, também se questiona acerca da imparcialidade do juízo que, antecipadamente, produz provas ainda na fase do inquérito policial.

Enfrentando questão análoga à previsão do art. 156, I, no que diz respeito à atuação do magistrado na produção de provas mesmo quando não iniciada a ação penal, o Supremo Tribunal Federal, através da ADI 1.570-2, declarou a inconstitucionalidade, em parte, do art. 3º, da Lei 9.034/1995, e o fez, nos seguintes termos:

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

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

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

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

Ação julgada procedente, em parte.

(ADI 1.570-2 -PLENO – STF – Min Relator. Maurício Correia – Data de julgamento 12/02/2004 – Data de publicação 22/10/2004)

Posicionou-se a suprema corte contrária a instrução probatória levada a efeito pelo magistrado invocando, para tanto, os princípios tratados no presente trabalho. Compreendeu que, tratando-se o sistema processual penal pátrio de um sistema acusatório, tal previsão, afastada pela referida ADIN, e de normatividade similar à norma introduzida pela Lei 11.690/08 (no que diz respeito à produção de provas a cargo do juízo), era inconstitucional por ferir os princípios do devido processo legal, bem como o da imparcialidade do juízo.

Por óbvio que, o magistrado que determina a produção de provas, de ofício, ainda na fase do inquérito, nada mais é do que a incorporação da figura do juiz inquisidor. Daquele juiz que se afasta da sua posição supra partes, e substitui ou faz as vezes do órgão acusador, colhendo provas, quando estas, ao contrário, deveriam ser levadas aos autos por aquele que tem a incumbência de provar os fatos imputados ao acusado.

Conforme ensina Rangel (2009, p. 460-461):

Em uma estrutura acusatória de processo penal não há espaço para o magistrado ter a gestão da prova, em especial, antes de iniciada a ação penal, como autoriza o inciso I em comento. Colocar o juiz agindo *ex officio* na colheita da prova é contaminar sua (aparente e imaginária) imparcialidade e pior: o juiz, agora, poderá ordenar de ofício tanto na fase policial como judicial as diligências que entender cabíveis. [...] A reforma, nesse caso, adota o princípio inquisitivo, colocando o juiz, no centro da colheita da prova em total afronta à Constituição da República, que adota o sistema acusatório (art. 129, I, CR). Por tais razões, o inciso I do art. 156 é inconstitucional.

Acerca do tema, importa trazer o posicionamento esposado pelo autor Andrey Borges de Mendonça (2009, p. 159):

[...] Por outro lado, claramente inconstitucional a autorização conferida ao juiz para determinar, de ofício a produção antecipada de provas *antes* do início da ação penal. Realmente, nesta situação ainda não há sequer ação penal instaurada nem mesmo acusação formal veiculada. Portanto, não pode o magistrado, violar a sua inércia, atuando como verdadeiro juiz inquisidor.[...] A produção antecipada de provas segue a mesma senda do malfadado art. 3º da Lei 9.034/1995, pois permite ao magistrado que se antecipe à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal, atuando como

verdadeiro atuando como verdadeiro juiz de instrução, cuja imparcialidade poderá ser maculada. Realmente, caso o juiz determine, de ofício, a produção de provas, poderá estar se vinculando psicologicamente à causa, assim como antecipando eventual entendimento sobre o caso, justamente o que o princípio da inércia ou da iniciativa das partes visa resguardar. E, se o juiz determinar de ofício a produção antecipada de provas, antes mesmo do início da ação penal, estaria formulando um juízo antecipado sobre a *opinio delicti*, usurpando atribuições que são constitucionalmente asseguradas ao Ministério Público, na ação penal pública. Ademais, seria impossível ao magistrado coletar a prova sem que antes estivesse delimitado o *thema probandum*, que somente se saberá com o oferecimento da denúncia. [...] Tais perplexidades demonstram, segundo nosso sentir, que é impossível ao magistrado determinar de ofício a realização de prova antecipada antes do início do processo, sob pena de violação ao sistema acusatório e aos princípios da inércia, e do devido processo legal, em virtude da mácula à imparcialidade do juiz.

Assim sendo, observou-se que, considerando os princípios informadores do sistema processual penal acusatório, a atividade instrutória praticada, de ofício, pelo magistrado, durante o curso do processo só poderá ser levada a efeito em atendimento aos princípios de presunção de inocência e do *favor rei*, ou seja, para produzir provas voltadas a comprovação da inocência do réu, visto que, compete ao órgão da acusação o ônus de provar as imputações feitas contra o acusado, não podendo o magistrado, em substituição a este, produzir provas para condenar o réu, uma vez que na dúvida acerca de sua culpabilidade, não cabe ao juízo levantar elementos probatórios no sentido da condenação, obrigado está o magistrado a, na dúvida, absolver o réu.

Já no que diz respeito à permissibilidade de o magistrado determinar, de ofício, a produção antecipada de provas, mesmo antes de iniciada a ação penal, conclui-se que tal previsão é inconstitucional, por todos os motivos elencados acerca da impossibilidade de fazê-lo quando já instaurada a ação penal, e mais, pelo o fato de o magistrado que produz provas, de ofício, ainda na fase do inquérito policial, corporificar-se na figura do juiz inquisidor, próprio do sistema inquisitivo. Portanto, tal previsão vai de encontro aos princípios processuais constitucionais que regem o sistema acusatório, especificamente o da imparcialidade do juízo, devendo, pois ser considerado inconstitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Com o advento da ordem constitucional de 1988, um novo paradigma de sistema processual penal foi inaugurado, trata-se do sistema acusatório, o qual, em contraposição ao sistema inquisitivo, pressupõe a divisão das funções de acusar, julgar e defender a órgãos diversos, garantindo-se, assim, a imparcialidade do órgão julgador.

O Código de Processo Penal, elaborado em 1941, informado pelo sistema inquisitivo, necessitou, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ser relido, para coadunar-se ao sistema processual acusatório previsto constitucionalmente.

Nesse ínterim, muitas alterações foram efetuadas no Código de Processo Penal, para imprimi-lo um caráter acusatório, em conformidade com o que pressupõe um Estado Democrático de Direito, especialmente, no que diz respeito à proteção dos direitos individuais frente ao arbítrio do Estado.

Não obstante as referidas reformas, ainda sobrevivem na legislação infraconstitucional em comento, muitos dispositivos com feições eminentemente inquisitivas, relativamente à iniciativa probatória do magistrado no processo penal, lastreado, especialmente, no princípio da verdade real, que nada mais representa, do que o ranço do sistema inquisitivo ainda existente na legislação processual penal.

À iniciativa probatória do juízo, no processo penal, já eram tecidas severas críticas no sentido da sua incompatibilidade com o sistema processual acusatório, no entanto, olvidando tais críticas, o art. 156, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/08, além de reafirmar tais poderes ao magistrado, ampliou-os, outorgando poderes instrutórios ao juiz, a serem exercidos no inquérito policial, quando ainda não iniciada a ação penal.

Sob a perspectiva dos princípios constitucionais regentes do sistema processual acusatório foi o referido artigo analisado.

Demonstrou-se que o sistema acusatório, próprio de um Estado Democrático de Direito, tem por premissa, a separação, não meramente formal, das funções de acusar e julgar no processo penal. Conforme se asseverou, a concentração de tais poderes nas mãos do Estado é traço do sistema inquisitivo, ao qual não se deu guarida quando da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Sendo a gestão da prova, traço diferenciador dos sistemas acima referidos, imperioso é que se reformule a legislação infraconstitucional, no sentido de negar ao órgão julgador, a iniciativa probatória, adequando-se assim aos princípios processuais constitucionais, especialmente o da imparcialidade, posto que, juízo de instrução é o maior e mais devastador vestígio do sistema inquisitivo ainda vigente no ordenamento.

Em total descompasso com tal necessidade de uma nova leitura do processo penal sob a égide dos princípios constitucionais do processo, a alteração feita ao art. 156, pela Lei 11.690/2008, abrangeu a iniciativa instrutória por parte do magistrado, mitigando assim o princípio da imparcialidade do juízo, em total afronta a Constituição Federal, e é no sentido de sua inconstitucionalidade que se desenvolveu o presente trabalho.

Deste modo, concluiu-se que, considerando os princípios informadores do sistema processual penal acusatório, a atividade instrutória praticada, de ofício, pelo magistrado, durante o curso do processo só poderá ser levada a efeito em atendimento aos princípios de presunção de inocência e do *favor rei*, ou seja, para produzir provas voltadas a comprovação da inocência do réu, visto que, compete ao órgão da acusação o ônus de provar as imputações feitas contra o acusado, não podendo o magistrado, em substituição a este, produzir provas para condenar o réu, uma vez que na dúvida acerca de sua culpabilidade, não cabe ao juízo levantar elementos probatórios no sentido da condenação, obrigado está o magistrado a, na dúvida, absolver o réu.

No que diz respeito à permissibilidade de o magistrado determinar, de ofício, a produção antecipada de provas, mesmo antes de iniciada a ação penal, conclui-se que tal previsão é inconstitucional, por todos os motivos elencados acerca da impossibilidade de fazê-lo quando já instaurada a ação penal, e mais, pelo o fato

de o magistrado que produz provas, de ofício, ainda na fase do inquérito policial, corporificar-se na figura do juiz inquisidor, próprio do sistema inquisitivo. Portanto, tal previsão vai de encontro aos princípios processuais constitucionais que regem o sistema acusatório, especificamente o da imparcialidade do juízo, devendo, pois ser considerado inconstitucional.

Imperioso, portanto, como forma de proteger os direitos constitucionalmente garantidos ao indivíduo, submetido ao processo, reforçando assim o Estado Democrático de Direito, que seja tal inconstitucionalidade declarada para expurgar a previsão contida no inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Marcelo Lessa. O sistema acusatório e suas implicações no processo penal - da investigação à sentença. Disponível em <http://www.fdc.br/arquivos/mestrado/projetospesquisa/241.pdf>; acesso em 20/03/2009;

BASTOS, Marcelo Lessa. Processo Penal e Gestão da Prova – os novos arts. 155 e 156 do Código Reformado (Lei nº 11.690/08). Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11593>, acesso em 12/04/2009;

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. 11ª. ed. rev. atual. e ampl. Ed. Saraiva, 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 12ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Ed. Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Nova Reforma do Código de Processo Penal. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo/SP; Ed. Método, 2009;

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 4ª ed. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2008;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 6ª ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 2006;

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 16ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Juris, 2009;

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Processo Penal. 3ª ed. ed. rev. atual. e ampl. Salvador/BA. Ed. JusPODIVM, 2009.