

A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NA FASE INVESTIGATÓRIA

Larissa Mateus de Sales
Bacharela em Direito pela UEPB

Resumo

Neste trabalho, analisa-se a previsão contida no artigo 156, I, do Código de Processo Penal, que trata da faculdade de produção de provas urgentes e relevantes, de ofício pelo juiz, na fase investigativa, bem como verifica a sua conformidade com o modelo processual penal adotado pela Constituição de 1988. A pesquisa realizada objetivou investigar, a princípio, quais os sistemas processuais penais existentes, diferenciando-os por meio do estudo de suas características determinantes, culminando com a indicação do modelo adotado pela Lei Maior. Em seguida, foi realizada uma interpretação do referido artigo 156 do Código de Processo Penal. Por fim, foram verificados os argumentos utilizados pelos doutrinadores que defendem a conformidade do citado texto de lei com a Carta Maior e aqueles que pregam a sua inconstitucionalidade e, ainda, foi feita uma breve análise de duas propostas contidas no Projeto de Lei nº 156 de 2009, que visa a alterar o Código de Processo Penal. Adotando como metodologia o método teórico-descritivo, com base na análise de material bibliográfico, normativo e julgados dos tribunais brasileiros, o estudo concluiu que o Código de Processo Penal, embora tenha sofrido várias reformas pontuais, ainda mantém dispositivos contendo resquícios do modelo inquisitivo, a exemplo da redação do artigo 156, mais precisamente do seu inciso I. Em contrapartida, da análise de alguns preceitos existentes na Constituição Cidadã de 1988, verifica-se que esta se alinhou ao modelo acusatório, motivo pelo qual se faz necessário que o magistrado realize uma interpretação do artigo em comento conforme a Constituição de 1988.

Palavras-chave: Sistema processual penal. Modelo acusatório. Iniciativa probatória.

Abstract

This work analyses the article 156, I, of the Criminal Process Code, which regulates the possibility of producing urgent and relevant proofs, by judge's initiative, in the phase that happens before the

criminal trial, and also verifies its compatibility with the criminal process model adopted by the Federal Constitution of 1988. The research intended to investigate, in its beginning, what are penal process systems, showing the difference between them, by the analysis of its main characteristics, and, after, indicating which one was adopted by the Federal Constitution of 1988. Then, was made an interpretation of the article 156 of the Penal Process Code. In the end, were verified the thesis used by the authors that defend compatibility of the cited rule with the Federal Constitution of 1988 and the ones that adopt the opinion of its unconstitutionality and, yet, was made a brief analysis of two proposals contained in the Law Project 156 of 2009, that intends to modify the Penal Process Code. Adopting as methodology the theoretical descriptive method, based in the examination of bibliographic material, normative and, in a smaller proportion, some Brazilian courts decisions, the work concludes that the Penal Process Code, although has suffered many specific reforms, it still maintain rules that possesses some vestiges of the inquisitive model, for example the article 156, I, cited above. In the other hand, from the analysis of some articles of the Federal Constitution of 1988, one can verify that this Constitution followed the accusatory model, and this is the reason why is necessary that the judge proceed an interpretation of the article 156 of the Penal Process Code in a compatible manner with the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Penal Process System. Accusatory model. Proof initiative.

Introdução

A Lei 11.690, de 9 de junho de 2008, que alterou o artigo 156 do Código de Processo Penal para introduzir o inciso I, dispondo sobre a faculdade de produção de prova, de ofício, pelo juiz, antes de iniciada a ação penal, foi alvo de discussão pela comunidade jurídica no tocante à sua conformidade com o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988 e com as garantias constitucionais, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, decorrentes deste modelo.

Neste contexto, o presente trabalho visa a analisar a exata interpretação do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, as consequências de sua aplicação pelo magistrado na prática forense e, ainda, verifi-

car se a sua redação se encontra em consonância com o sistema processual penal adotado pela Carta Maior.

Para tanto, inicialmente, será feito um estudo sobre os sistemas processuais penais acusatório, inquisitivo e misto, verificando as suas características e os pontos marcantes que os diferenciam e apontando aquele adotado pela Constituição Cidadã de 1988.

A segunda parte da obra realiza uma interpretação do artigo 156 do Código de Processo Penal, com ênfase no inciso I.

A terceira seção traz à baila um estudo da iniciativa probatória do juiz na fase que antecede a ação penal, vale dizer, durante a investigação criminal. Este estudo será realizado por meio de um cotejo dos argumentos utilizados pela corrente doutrinária que defende a conformidade do referido artigo de lei com o modelo processual penal perfilhado pela Lei Maior e por aqueles empregados pela corrente oposta, portanto, que argumenta a existência de dissonância entre estes. Conclui-se com uma breve análise de duas propostas de modificação do Código de Processo Penal de 1941, previstas no Projeto de Lei do Senado nº 156 de 2009, em tramitação na Câmara dos Deputados, relacionadas com o objeto deste artigo, tendentes a abolir a controvérsia doutrinária acerca da produção probatória, de ofício, pelo juiz na fase investigativa.

1 Sistemas processuais penais

A exata compreensão do debate acerca da iniciativa probatória do juiz na fase anterior ao recebimento da inicial acusatória passa, necessariamente, pela análise dos sistemas processuais penais. Estes constituem o ponto fulcral sobre o qual repousa qualquer vertente argumentativa sobre a matéria, visto que, a depender do sistema tido como referência pelo aplicador do direito, sua perspectiva sobre o tema tenderá a seguir uma linha mais proativa ou outra mais contida. Assim, impende trazer a lume a definição, bem como as características dos sistemas penais existentes, de modo a propiciar um exame dialético e, portanto, mais crítico da questão ora proposta.

Inicialmente, é imprescindível ter em mente que, segundo lição de Paulo Rangel, o sistema processual penal pode ser definido como o conjunto de princípios e regras constitucionais que estabelece as diretrizes a serem seguidas na aplicação do Direito Penal nos casos concretos,

conferindo efetividade a normas que traduzem o momento político vivenciado pelo Estado que as institui¹.

Ao longo da história do Direito, foi possível observar a adoção pelo Estado de posturas de extrema opressão e de amplas liberdades no trato com a criminalidade, variando conforme o contexto em que eram executados os atos da persecução penal. Assim, historicamente, é possível notar que a ampliação do poder conferido ao juiz e aos órgãos que exercem a função acusatória é diretamente proporcional ao anseio do Estado em enfrentar juridicamente crimes ou criminosos que possam aparentar ser uma forte ameaça à sociedade ou a quem está no poder. Desse modo, em situações em que se viu fortemente ameaçado por práticas criminosas, certamente o Direito Penal aplicou penas severas, e o processo foi mais rígido.

Doutrinariamente, são identificados três tipos de sistemas processuais penais, quais sejam, acusatório, inquisitivo e misto, que serão analisados a seguir.

1.1 Sistema acusatório

Originário do direito grego, o sistema acusatório é caracterizado, precipuamente, pela distinção dos responsáveis pelas funções de acusar, defender e julgar. Consoante lição do mestre Norberto Avena², este sistema é assim denominado, tendo em vista que “ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma *acusação*, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias”. Verifica-se, então, a existência de um modelo penal fundado em uma sistemática que tem como essência o ato de acusar, o qual é feito por um ente específico e provoca a atuação de outros, que exercem funções distintas, mas pautadas na narrativa articulada pelo ato acusatório.

Neste viés, considerando a existência de três funções a serem exercidas por pessoas diferentes, o sistema acusatório permite um maior equilíbrio das forças, proporcionando a aproximação do processo penal com o ideal de igualdade entre as partes.

Em consequência da dinâmica acima delineada, o referido sistema é marcado, ainda, pelas seguintes características: é regido pelos princípi-

¹ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 64.

² AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 52.

os do contraditório, da ampla defesa (ambos previstos no art. 5º, LV, CF³) e, em regra, pelo princípio da publicidade (previsto no art. 5º, LX, CF⁴); a iniciativa probatória é reservada às partes, devendo o juiz manter-se inerte, portanto, distanciado da produção de provas; o procedimento é, em regra, oral, devendo ser dada publicidade aos seus atos, ressalvadas situações expressamente previstas em lei; impõe-se o tratamento igualitário às partes envolvidas no processo; a sentença é baseada no livre convencimento motivado do órgão julgador, inexistindo prova tarifada; a segurança jurídica da coisa julgada é respeitada; é possível impugnar as decisões, e estas podem ser submetidas ao duplo grau de jurisdição⁵.

Em razão da separação das funções de acusar, defender e julgar para sujeitos distintos, no sistema acusatório o juiz fica afastado da condição de gestor de provas por excelência, atribuição esta que será direcionada à acusação, representada pelo Ministério Público ou pela vítima, e à defesa, representada pela Defensoria Pública ou pela advocacia privada, ambas responsáveis pela produção de provas capazes de demonstrar os fatos alegados. Consequentemente, restará possibilitada a efetivação da imparcialidade do magistrado, o qual julgará o acusado, que não será tratado como mero objeto de investigação, mas apenas como sujeito processual, observando os princípios básicos de justiça.

1.2 Sistema inquisitivo

Surgido durante os regimes monárquicos e aperfeiçoado com o Direito Canônico, o sistema inquisitivo foi aderido por quase todas as legislações europeias entre os séculos XVI e XVIII, como forma de substituição do antigo sistema acusatório.

Esta modificação decorreu da constatação de que, enquanto a persecução penal era confiada às partes, em razão de falhas e omissões

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV- 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.

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 112.

eventualmente cometidas quando da produção probatória, o combate à criminalidade não era tão eficiente como poderia ser, caso o Estado fosse o responsável pela gestão da prova.

O sistema processual inquisitivo tem como principal característica a concentração da tripla função de acusar, defender e julgar na figura do juiz, o que acaba por comprometer a sua imparcialidade, visto que o magistrado que participa da colheita de provas tende a considerar o investigado como condenado desde o início.

Demais disso, no aludido sistema, o acusado não possui garantias, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, ensejando o cometimento de abusos ao longo do processo, o qual, em regra, é sigiloso e escrito.

Em paralelo, esse sistema penal não observa a paridade de armas, preponderando os interesses da acusação em detrimento da defesa.

No que diz respeito à atividade probatória, é importante destacar que a prova é tarifada, tendo a confissão maior peso que as demais, o que provoca uma redução da margem de interpretação e livre apreciação dos fatos pelo julgador. Isso porque a força juridicamente atribuída à confissão implica um desequilíbrio na avaliação que o órgão judicante faz dos elementos informativos a que tem acesso.

Além disso, reforçando essa estrutura que preza por um modelo de persecução penal significativamente rigoroso, não há que se falar em coisa julgada no sistema inquisitorial. Há, por essa razão, uma diminuição da sensação de segurança jurídica por parte dos jurisdicionados, na medida em que eventuais absolvições podem ser revistas, dando continuidade à aflição gerada pelo processo penal à pessoa do acusado.

Destarte, o sistema em análise perdurou até o final do século XVIII, início do XIX, ocasião em que a Revolução Francesa, movida pelo anseio de redução da ingerência do Estado no âmbito individual e pelas diretrizes do Estado liberal, influenciou o processo penal, suplantando, gradativamente, o sistema inquisitivo. Eis que surge o sistema processual penal misto⁶.

1.3 Sistema misto

⁶Ibidem, p. 120.

O sistema misto, como exposto anteriormente, originou-se da Revolução Francesa, sendo o *Code d'Instruction Criminelle*, francês de 1808, o seu marco legal. O sistema em pauta, como o próprio nome indica, consubstancia uma junção de elementos típicos daqueles anteriormente descritos.

No âmbito doutrinário, essa reunião de elementos se faz nítida na definição do sistema penal misto feito por Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, a saber⁷:

Caracteriza-se por uma *instrução preliminar*, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, no intuito da 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.

A consequência prática da noção sobredita é que, no sistema em comento, a investigação preliminar fica sob a responsabilidade da polícia judiciária, a instrução é presidida pelo juiz instrutor, o julgamento é pautado nos princípios do contraditório e da ampla defesa e, por fim, existe a possibilidade de recorrer da decisão do magistrado, impugnando questões de fato e/ou de direito.

Ressalte-se, por oportuno, que, por meio desse modelo de sistema, é facultado ao magistrado produzir provas de ofício, bem como restringir a publicidade do processo em situações pontuais, embora sejam devidamente observadas as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência do acusado.

1.4 Sistema processual penal adotado pela Constituição Brasileira de 1988

Trazendo as definições dos sistemas penais anteriormente elencados para a realidade constitucional brasileira, é imperioso relatar, inicialmente, a existência de controvérsia entre os doutrinadores acerca do sistema processual penal adotado no Brasil.

⁷ ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 42.

A doutrina e jurisprudência predominantes são inclinadas para o modelo acusatório, já que elementos caracterizadores desse sistema estão consagrados em dispositivos constitucionais como o artigo 93, IX, que trata da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais, o artigo 5º, LV, que dispõe sobre as garantias da ampla defesa e do contraditório, o artigo 5º, LIV, que traz previsão acerca do devido processo legal, dentre outros⁸.

Ademais, os adeptos desta corrente justificam que a previsão constitucional (artigo 129, I) de que o Ministério Público possui como função a promoção, privativamente, da ação penal pública, evidencia a distribuição da função de acusar para órgão distinto daquele que irá julgar, característica marcante do sistema acusatório.

Por sua vez, os defensores do sistema inquisitivo alegam que, não obstante a Carta Magna prever normas relacionadas ao sistema acusatório, o direito brasileiro acolheu leis infraconstitucionais, como o Código de Processo Penal de 1941, que trazem resquícios de preceitos alinhados ao sistema inquisitivo, a exemplo do artigo 242 do CPP⁹, que possibilita a determinação de busca de ofício pelo juiz.

Entretanto, para que sejam retificados os excessos inquisitivos do supracitado Código, faz-se necessário interpretar os seus artigos à luz da Constituição de 1988, de maneira a adequá-los ao sistema constitucional acusatório. Admitir a coexistência dos dois sistemas importaria em negar a validade da Constituição Federal como lei maior.

2 Artigo 156 do Código de Processo Penal

O impasse jurídico acerca da identificação do sistema penal adotado pelo Brasil gera obstáculos e desafios à persecução penal no plano fático. Um dos principais problemas reside na regra positivada no artigo 156 do Código de Processo Penal. Esse dispositivo, com redação alterada pela Lei 11.690 de 09 de junho de 2008, prevê:

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

⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 52.

⁹ Art. 242 do Código de Processo Penal - a busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

- 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.

O aludido texto de lei era originalmente composto apenas pelo enunciado contido no atual inciso II, determinando que “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”. Neste aspecto, o processo penal encontra-se integralmente compatível com o sistema processual acusatório adotado pela Carta Maior, porquanto o magistrado assumiria a iniciativa probatória apenas para dirimir dúvida sobre ponto relevante, já na fase processual, a fim de possibilitar a sua melhor atuação como julgador em busca da elucidação dos fatos e da consolidação do seu convencimento, baseado em provas anteriormente pleiteadas pela acusação ou defesa.

Por outro lado, o inciso I do artigo 156 provoca discussões na doutrina, no que se refere à sua (in)conformidade com a Lei Maior, ao estabelecer a possibilidade de o magistrado produzir provas antecipadamente, “mesmo antes de iniciada a ação penal”, vale dizer, durante a fase investigatória, desde que sejam consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Assim, considerando que esta faculdade de produção de prova antecipada possui natureza cautelar, segundo Norberto Avena¹⁰, devem ser preenchidos os seguintes requisitos para a sua efetivação:

- existência de investigação em andamento, desencadeada pelos órgãos competentes;
- existência de expediente ou procedimento sob análise judicial, cujo desiderato dependa da prova a ser produzida de ofício, v.g., *uma representação pela prisão preventiva ou temporária, um requerimento de busca e apreensão, um pedido de sequestro de*

¹⁰ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. 6 ed. São Paulo: Método, 2014. p. 62.

bens etc.;

- *periculum in mora*, demonstrado por meio da relevância e urgência da medida determinada pelo magistrado;
- *fumus boni iuris*, externado por meio de indícios de autoria de uma infração penal ou de prova de sua materialidade;
- excepcionalidade da atuação judicial, detectada a partir de critérios de *necessidade, adequação e proporcionalidade* da medida probatória, em conformidade com o que reza a parte final do art. 156, I, do CPP.

Tais condições devem ser preenchidas cumulativamente, sob pena do reconhecimento da ilicitude da prova produzida de ofício pelo juiz durante a fase investigatória, em decorrência da violação ao sistema acusatório.

Ademais, acerca da interpretação do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal comentou o mesmo autor¹¹:

A despeito de esse dispositivo condicionar a atuação do juiz à urgência e relevância das provas a serem antecipadas, bem como à necessidade, adequação e proporcionalidade da providência ordenada, a literalidade de seus termos parece deslocar o magistrado da função de julgador para o papel de investigador ou acusador, em ofensa ao modelo acusatório determinado pela Constituição Federal.

De fato, como dito na seção anterior, por meio do sistema acusatório, as funções de acusar, defender e julgar são destinadas a sujeitos distintos, sendo o magistrado responsável pelo julgamento da ação. Neste viés, o texto do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal permite o deslocamento desse órgão julgador à função de investigador antes mesmo de iniciada a ação penal e sem a provocação da parte interessada, comprometendo as garantias da inércia da jurisdição e da imparcialidade, bem como a aplicação do modelo processual acusatório, como se verá a seguir.

¹¹ *Ibidem*, p. 61.

3 A iniciativa probatória do juiz na fase investigatória do processo penal

Inexiste consenso na doutrina a respeito da conformidade ou não do texto insculpido no artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, o qual prevê a faculdade de produção de provas, de ofício, pelo juiz, na fase que antecede a ação penal, com o modelo acusatório perfilhado pela Constituição Federal de 1988 e as suas respectivas garantias. Assim, para melhor entender o debate ora apresentado, vale cotejar os argumentos adiante expostos.

Para o mestre Renato Brasileiro¹²,

Em um sistema acusatório, cuja característica básica é a separação das funções de acusar, defender e julgar, não se pode permitir que o magistrado atue de ofício na fase de investigação. Essa concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, o juiz inquisidor, além de violar a imparcialidade e o devido processo legal, é absolutamente incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito, assemelhando à reunião dos poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa, o ditador, nos regimes absolutistas. A tarefa de recolher elementos para a propositura da ação penal deve recair sobre a Polícia Judiciária e sobre o Ministério Público, preservando-se, assim, a imparcialidade do magistrado.

Neste contexto, a redação trazida pela Lei 11.690/2008, introduzindo o inciso I no artigo 156 do Código Processual Penal, carrega visível resquício do modelo processual inquisitivo, marcado pela concentração das funções de acusar, defender e julgar na figura do juiz inquisidor, em clara dissonância com o modelo acusatório adotado pela Constituição Cidadã de 1988.

Entendendo pela violação do referido inciso ao sistema acusatório constitucional, são apresentados os seguintes julgados:

¹²LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 585.

I. STF: competência originária: *habeas corpus* contra decisão individual de ministro de tribunal superior, não obstante susceptível de agravo. II. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial. 1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária. 2. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste "autoridade investigadora", mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações. III. Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso e também (2) por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido¹³.

PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. PROVA. GESTÃO. ARTIGO 156, DO CPP. AGRESSÃO AO ARTIGO 129, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AO JUIZ É VEDADO PERSEGUIR PROVA. PALAVRA DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE VALOR PROBATÓRIO ABSOLUTO. - O texto do artigo 156, do CPP, proclamado pela acusação, fere expressamente a norma constitucional, quer genericamente diante da recepção do sistema processual acusatório, quer especificamente em seu artigo 129, I (onde resguarda o princípio da inércia da jurisdição): eis a regra básica do jogo no sistema processual democrático: um acusa (e prova), outro defende e outro julga - não se pode cogitar da inquisitorial relação incestuosa entre acusador e julgador. - A principiologia

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82507/ SE – Sergipe*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 10 de dezembro de 2002, Publicação: Diário de Justiça de 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28habeas+corpus%29%2882507%2EENUME%2E+OU+82507%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p3gov68>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

constitucional suplantou - desde muito - estratégias como a crença mitológica de busca da “verdade real”. Dela o que se alcança é o resultado das limitações históricas, culturais e ideológicas de cada um, exteriorizado na interpretação dos fenômenos mundanos. - Não prestar valor absoluto à palavra da vítima e não violar o princípio da inércia da jurisdição para buscar provas afasta a atividade jurisdicional dos dogmas processuais inquisitórios impregnados na legislação infraconstitucional e na atuação jurisdicional pátrias. - À unanimidade negaram provimento ao apelo¹⁴.

Para os defensores da corrente majoritária, que trata da inconstitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, a atividade probatória do magistrado, de ofício, deve ocorrer apenas quando esgotadas as provas produzidas pelas partes, portanto ao longo ou ao final da instrução, tendo como função complementá-las, desde que insuficientes para formar o seu convencimento. Só assim estará resguardada a inércia e a imparcialidade do juiz, garantias fundamentais para que seja alcançado um julgamento justo.

A inércia está intimamente ligada à imparcialidade, consoante entendimento de Fernando Capez, para quem

Os órgãos jurisdicionais são, por sua própria índole, inertes (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*), pois a experiência histórica demonstrou que o exercício espontâneo da atividade jurisdicional afeta, sobremaneira, a imparcialidade do julgador, que se deixa influenciar pela iniciativa tomada¹⁵.

De acordo com a lição acima exposta, a atuação do magistrado na produção probatória deve limitar-se à fase processual, desde que esgotadas

¹⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime n° 70006183826/RS – Rio Grande do Sul*. Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgamento: 28 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+Crime+n%C2%BA+70006183826&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 10 ago 2015.

¹⁵CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 57.

as provas apresentadas pelas partes, para fins de suplementação destas. Isto se deve ao fato de que a antecipação do órgão jurisdicional aos sujeitos processuais na obtenção de provas, eventualmente, envolve-o psicologicamente à ideia motivadora daquela iniciativa, tornando questionável o alcance do julgamento imparcial da ação penal.

Para a corrente citada acima, a partir do momento em que o juiz pratica atos de ofício durante a fase investigatória, visando à obtenção de provas, possivelmente, objetivará a condenação do investigado, já que, de acordo com o princípio *in dubio pro reo*, inexistindo provas contra o réu ou havendo dúvida, deve o magistrado decidir em seu favor. Desta forma, aquele que produziu provas antes mesmo da ação penal ser iniciada, transgredindo o princípio da inércia da jurisdição, estará psicologicamente contaminado para o julgamento do feito, agindo em flagrante violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos reunidos em prol da igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais.

Contrariamente, os adeptos da conformidade do artigo em estudo (artigo 156, I, do CPP) com a Constituição de 1988 alegam que o juiz assumiu no Direito Processual Penal atual uma função mais proativa, deixando de ser apenas observador na produção de provas e passando a ter um papel importante no sentido de estimular o contraditório e a ampla defesa em prol da concretude do princípio da verdade real¹⁶.

A estabelece que no processo penal o juiz deve realizar uma busca pela verdadeira realidade dos fatos, a fim de concretizar o *ius puniendi* com a maior eficácia possível¹⁷. Sobre o assunto, Norberto Avena¹⁸ preleciona que

embora não possa o magistrado trazer para si o poder de uma ampla iniciativa probatória, dado que tal ônus compete às partes, também não é correto que assuma uma postura estática, de mero espectador diante dos acontecimentos patrocinados pelas partes.

¹⁶CASTRO, Anna Karina Lopes de. *A (in)constitucionalidade do art. 156, I, do CPP*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22453#_ftn3> Acesso em: 07 ago. 2015.

¹⁷GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da verdade real*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>> Acesso em: 04 ago. 2015.

¹⁸AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. 6 ed. São Paulo: Método, 2014. p. 743.

Neste sentido, o autor suprarreferido argumenta que decorre do princípio da verdade real o dever, que compete ao julgador, de impulsionar o processo quando constatada a inércia das partes e, também, de determinar, de ofício, a produção de provas necessárias à instrução processual, objetivando, ao máximo, alcançar a verdade dos fatos objetos da ação penal¹⁹.

Não obstante a razoabilidade da tese defendida por Avena, efetuada a ponderação entre os princípios que sustentam as correntes anteriormente explicitadas, devem prevalecer os da primeira, não apenas em razão da delimitação constitucional das funções de cada órgão, mas também pelo fato de que a doutrina moderna²⁰ entende que a verdade real é um dogma inalcançável, e o processo constrói uma verdade pautada nas limitações dos protagonistas processuais, sendo mais relevante e eficiente, para o processo penal, respeitar a paridade de armas, a imparcialidade do juiz e as garantias constitucionais.

Da análise de ambos os posicionamentos, verifica-se, ainda, a premente necessidade da assunção, pelo magistrado, de uma postura mais comprometida com o alcance da justiça no caso concreto, notadamente no que concerne ao respeito aos direitos e garantias constitucionais das partes no curso do processo, restando superada a aplicação pura e simples da lei processual penal despida de qualquer diálogo com os princípios insculpidos na Carta Maior.

Vale registrar, por oportuno, que o Projeto de lei do Senado nº 156 de 2009, em tramitação na Câmara dos Deputados, para fins da reforma do Código de Processo Penal de 1941, reconhecendo que este se encontra obsoleto em alguns aspectos, não encontrando mais guarida na Constituição Federal de 1988, propõe, dentre outras alterações, a vedação da iniciativa do juiz na fase da investigação, bem como da substituição da atuação probatória do órgão de acusação²¹. Além disso, o artigo 4º do referido

¹⁹ Ibidem, p. 751.

²⁰ A impossibilidade de formular um critério seguro de verdade das teses judiciais depende do fato de que a verdade "certa", "objetiva" ou "absoluta" representa sempre a "expressão de um ideal" inalcançável. A ideia contrária de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica, que as doutrinas jurídicas iluministas do juízo, como aplicação mecânica da lei, compartilham com o realismo gnosiológico vulgar. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.42.

²¹ Art. 4º do Projeto de lei nº 156 de 2009 - O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

projeto estabelece que o processo penal terá estrutura acusatória, pondo fim às discussões estabelecidas acerca do tema.

Outrossim, este projeto inova, ao prever a figura jurídica do “Juiz das Garantias”²², o qual será responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela proteção dos direitos individuais dos investigados, atuando apenas na fase pré-processual. Sendo assim, se esse magistrado praticar ato de investigação criminal, estará “impedido de funcionar no processo”, conforme disposto no artigo 16 do aludido projeto.

Este novo instituto possui evidente finalidade de assegurar a efetiva observância das garantias processuais do acusado e a imparcialidade do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, uma vez que não terá acesso às provas utilizadas para embasar a inicial acusatória, intentando-se atingir um Estado Democrático de Direito em sua plenitude.

4 Considerações finais

Dos estudos procedidos para confecção deste trabalho, vê-se que, embora algumas leis infraconstitucionais, a exemplo do Código de Processo Penal, ainda carreguem resquícios do malfadado sistema processual inquisitivo, que possui como característica marcante a concentração das funções de acusar, defender e julgar na figura do juiz, a Constituição Federal de 1988 filiou-se ao modelo acusatório. Tal conclusão se baseia na previsão insculpida no artigo 129, inciso I, da CF, que atribui ao Ministério Público o papel de promover, privativamente, a ação penal pública, de forma a definir a função de acusação a órgão diferente do responsável pelo julgamento da ação, portanto, principal traço do sistema acusatório. E, ainda, em razão de os elementos particulares a esse modelo terem sido legitimados em dispositivos constitucionais como o artigo 5º, LV, que dispõe sobre as garantias da ampla defesa e do contraditório, o artigo 5º, LIV, que traz previsão acerca do devido processo legal, dentre outros.

²² Art. 15 do Projeto de lei nº 156 de 2009 - O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente (...).

De fato, o Código de Processo Penal de 1941 foi inspirado na legislação processual penal italiana da década de 1930, de origem fascista, razão pela qual, hodiernamente, ainda que sofridas diversas reformas pontuais, é possível encontrar vestígios do modelo inquisitivo, como a redação do artigo 156, mais precisamente do seu inciso I, que dispõe sobre a possibilidade de produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, *ex officio*, pelo magistrado na fase que antecede a ação penal.

Entretanto, é de vital importância que o julgador comprometido com a sua missão de fazer justiça no caso concreto, externada pela aplicação dos princípios da inércia da jurisdição, da imparcialidade e de tantas outras garantias constitucionais aos acusados, dedique ao aludido dispositivo legal uma interpretação conforme a Constituição, no sentido de apenas atuar na fase pré-processual, quando provocado pelo titular da ação penal e em situações excepcionais, para assegurar a produção de uma prova relevante em vias de periclitamento. Ou ainda, cabe ao magistrado a adoção de uma posição mais rigorosa, manifestada pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, culminando com a nulidade da prova ilícita e o seu consequente desentranhamento dos autos.

Por fim, importante destacar a tramitação na Câmara dos Deputados do Projeto de lei do Senado nº 156 de 2009 que trata da reforma do Código de Processo Penal, objetivando modificar alguns artigos considerados ultrapassados frente à Constituição de 1988. Por meio do citado projeto, são propostas alterações legais, como a vedação da iniciativa do juiz na fase da investigação, a sua respectiva proibição de substituir-se à atuação probatória do órgão de acusação e, ainda, a previsão expressa da estrutura do processo penal como sendo acusatória, corroborando a tese de que o Processo Penal Brasileiro segue o modelo acusatório e extirpando os debates doutrinários sobre essa temática.

5 Referências

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de direito processual penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. 6 ed. São Paulo: Método, 2014.

BRASIL. *Código de processo penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 156 de 2009*. Dispõe sobre a reforma do Código de processo penal. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 82507/ SE – Sergipe*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Julgamento: 10 de dezembro de 2002. Publicação: Diário de Justiça de 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28habeas+corpus%29%2882507%2ENUME%2E+OU+82507%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/p3gov68>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Crime nº 70006183826/ RS – Rio Grande do Sul*. Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgamento: 28 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+Crime+n%C2%BA+70006183826&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=apolitica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=e>. Acesso em: 10 ago. 2015.

mentario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>.
Acesso em: 10 ago. 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CASTRO, Anna Karina Lopes de. *A (in)constitucionalidade do art. 156, I, do CPP*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22453#_ftn3>. Acesso em: 07 ago. 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da verdade real*. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva. 11. ed., 2014.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

