



UniCEUB – Centro Universitário de Brasília

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Curso de Direito

ANTÔNIO CARLOS LIMA MIRANDA

ANÁLISE DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:

O Retorno do Juiz Inquisidor?

Brasília

2011

ANTÔNIO CARLOS LIMA MIRANDA

**ANÁLISE DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:
O Retorno do Juiz Inquisidor?**

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

Orientador: Professor Humberto Fernandes de
Moura

Brasília

2011

ANTÔNIO CARLOS MIRANDA

**ANÁLISE DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL:
O Retorno do Juiz Inquisidor?**

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

Orientador: Professor Humberto Fernandes de
Moura

Brasília – DF, 06 de maio de 2011

Banca Examinadora

Prof.
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha mãe Cesarina Miranda a minha mulher Daniela, aos meus filhos Emerson, Pedro Ivo e Matheus, aos meus irmãos e enfim, a todos que comigo caminharam rumo a essa realização.

AGRADECIMENTOS

Primeiro agradeço a Deus por mais uma vitória, aos meus familiares, que mesmo distantes acreditaram na possibilidade de concretização do sonho que idealizamos juntos. Agradeço também aos amigos que foram sem dúvida, a fonte de descontração e crescimento pessoal no decorrer de minha vida acadêmica.

De forma especial, ao professor Humberto Fernandes pela orientação firme e segura, pela paciência e, sobretudo, pelo tempo de dedicação em ouvir, ponderar e conduzir.

Agradeço também àqueles, que por não acreditarem em mim, deram-me ainda mais força para que, com mais afinco, pudesse transformar meu sonho em realidade.

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo principal analisar a constitucionalidade ou não do art. 156 do Código de Processo Penal alterado pela Lei nº 11.690, que entrou em vigor no dia 11 de agosto de 2008. Serão abordados aspectos do sistema jurídico nacional, mas precisamente quanto à possibilidade de o juiz produzir provas de ofício no processo penal. Serão analisados os sistemas processuais penais e qual foi o sistema adotado pelo Brasil, bem como os sistemas de investigação penal utilizado nos principais países do mundo.

Palavras-chave: Código de Processo Penal - Lei nº 11.690/08 - Constitucionalidade; Sistemas Processuais Penais; Juizado de Instrução; Código de Processo Penal – alterações; Projeto de Lei do Senado nº 156/2009.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO I	
1 - Sistemas Processuais Penais.....	10
1.1 Sistema Acusatório.....	11
1.2 Sistema Inquisitivo.....	13
1.3 Sistema Misto.....	15
1.3.1 Juizado de Instrução.....	17
1.4 Sistema Processual Penal Brasileiro.....	20
1.5 Procedimento Investigatório no Direito Comparado.....	22
CAPÍTULO II	
2 – Análise do art. 156 do CPP.....	26
2.1 Argumentos Contrários ao art. 156 do CPP.....	31
2.2 Argumentos Favoráveis ao art. 156 do CPP.....	33
2.3 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal em Situação análoga.....	35
2.4 Análise do Anteprojeto do CPP. Ele Resolve os Problemas?.....	38
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a constitucionalidade ou não do art. 156, I do CPP que admite a possibilidade de produção de provas de ofício pelo o juiz.

Devido à relevância do papel do magistrado no Poder Judiciário Brasileiro mostrou-se necessária a reflexão acerca da constitucionalidade do art.156, I do Código de Processo Penal, modificado pela Lei. 11.690 de 2008, pois este permitiu ao juiz ordenar de ofício a produção de provas antes mesmo de iniciada a ação penal.

De certa forma, a inovação referida colide com o modelo adotado pela Constituição Federal/88, que ao redemocratizar o país trouxe novas diretrizes no relacionamento do Estado para com o cidadão, diretrizes essas que não de repercutir nas mais diversas esferas dessa relação, inclusive e, talvez principalmente, na relação processual, em especial de natureza penal, pois a mesma prevê como direitos fundamentais o contraditório e a ampla defesa, de modo que com a possibilidade de o juiz produzir provas não há o respeito a tais direitos.

Quando o juiz age de acordo com o art. 156, ele fere o princípio *in dubio pro reo*, pois põe em risco a imparcialidade que ele tanto deve resguardar, criando um ciclo vicioso entre inferência de subjetividade, isenção da imparcialidade e inconstitucionalidade na faculdade conferida pelo artigo 156, culminando na adoção de um modelo processual diferente do adotado no Brasil.

Para estudar o tema será necessário estruturar o trabalho da seguinte forma: No primeiro capítulo, será abordado os conceitos dos sistemas processuais penais acusatório, inquisitório e misto, trazendo suas características mais relevantes.

Com o advento da Lei 11.690/08, e a conseqüente inclusão do inciso I ao artigo 156 do CPP, veio à baila qual seria o sistema processual penal adotado no Brasil, pois o artigo acima deu ao juiz poderes instrutórios/investigatórios, características essas que, aparentemente, não faziam parte do então sistema processual penal adotado no país. Estudiosos fundamentam seu entendimento no artigo 129, inciso I, da CF/88, que estabelece

como exclusiva função do Ministério Público a promoção da ação penal pública. Ademais, afirmam que referido sistema extrai-se, igualmente, do art. 5º do diploma constitucional, no qual são asseguradas várias garantias e previstos vários princípios inerentes ao acusatório, tais como a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, etc.

Por outro lado, outros tantos doutrinadores são defensores de que no Brasil vigora o sistema processual misto. Sem embargo dessa divergência conceitual entre o nosso sistema ser acusatório ou misto. Na realidade prática o nosso sistema processual incorpora “resquícios tipicamente inquisitoriais”, dentre os quais eles destacam, a possibilidade de o juiz “agir de ofício”, o que amiúde é considerado nocivo e ultrapassado.

No segundo capítulo, será estudado a análise do artigo 156, I do CPP (a retomada do papel inquisitório do Juiz), inserido pela Lei 11.690/08 e sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, bem como citar argumentos contrários e favoráveis a (in) constitucionalidade do referido artigo baseados em uma interpretação frente à Constituição Federal/88.

Ao final do estudo traremos também a exposição da proposta do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. No qual, em seu artigo 4º, o projeto supre uma importante lacuna em nossa legislação ao adotar o sistema acusatório como regente de nosso processo penal. E, ao estabelecer limitações à atuação judicial, proíbe, nesse mesmo dispositivo, “a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Em outros termos, há a proibição de o juiz determinar a produção, *ex officio*, de provas que sejam favoráveis à acusação, mas liberando-o para produzir prova de ofício somente a favor da defesa.

A seguir, examina-se a instituição do juiz das garantias, para a tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais do investigado, além do seu impedimento de funcionar no processo, previsão contida no projeto de lei que objetiva alterar o Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República de 1988. O intuito é fazer um estudo criterioso e refletir se a alteração proposta é ou não benéfica ao acusado, bem como tecer as necessárias críticas, se cabível, ao sistema proposto.

CAPÍTULO I

1- Sistemas Processuais Penais

O presente capítulo abordará os sistemas processuais penais, e trará, a partir de posicionamentos doutrinários, o poder instrutório do juiz, a partir do exame das características do sistema acusatório no processo penal, com ênfase nas garantias constitucionais de processo. Buscará, dessa forma, examinar a disciplina dada ao tema no ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, será cotejado com a proposta constante do Anteprojeto do Código de Processo Penal que está em tramitação no Congresso Nacional. Há o questionamento se a previsão do artigo 156 do CPP é compatível ou não com a Constituição Federal e se o sistema que assegura ao juiz, subsidiariamente, a iniciativa instrutória também é compatível ou não com a Carta Maior.

Nossa constituição não prevê expressamente a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor da dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica.¹

Segundo Paulo Rangel, sistema processual penal “é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.”²

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p.189.

² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 49.

Para haver a compreensão do tema em estudo, houve a separação de cada tema em capítulos distintos, e cada um abordará sucintamente e separadamente as principais características dos sistemas acusatório, inquisitório e misto.

O desenvolvimento do texto teve como embasamento o estudo de vários posicionamentos doutrinários, de interpretações jurisprudenciais e da lei, e é através desses estudos que concluir – se – a qual o sistema adotado pelo Brasil.

1.1 - Sistema Acusatório

A origem do sistema acusatório remota ao direito grego, o qual se desenvolveu referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador.³ O sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado. Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantido o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.⁴

De modo geral, a doutrina costuma separar o sistema processual inquisitório do sistema acusatório pela titularidade atribuída ao órgão da acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o acusatório seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas ou órgãos distintos.⁵

Atualmente, o sistema acusatório apresenta as seguintes características:⁶

- a) Há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu;
- b) O processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos;

³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 78.

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury, 2010. p. 58.

⁵ LOPES JÚNIOR, Aury, 2010. p. 61.

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 09.

- c) Os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas;
- d) O sistema de provas adotado é 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;
- e) Imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesses 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.

O doutrinador Paulo Rangel, ao se referir sobre o tema ressalta que seu traço distinto mais proeminente consiste na separação das atividades de acusar, defender e julgar, exercida por atores diversos e independentes. Assim, no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu.⁷

E, igualmente afirma o autor Aury Lopes que o sistema acusatório também conduz a uma maior tranquilidade social, pois se evita eventuais abusos da prepotência estatal que se pode manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de *sue labor* investigador. Nesta situação, ao sentenciar, olvida-se dos princípios básicos de justiça, pois tratou o suspeito como condenado desde o início da investigação.⁸

Por outro lado, a principal crítica que se fez ao sistema acusatório se baseia no fato de que com a inércia e imparcialidade do juiz, este deve se confiar em uma investigação que, pode não ter sido completa, e, como consequência, tem de se ater as provas que podem ter sido defeituosas. Pois somente isto é que lhe foi disponibilizado para fazer o julgamento que lhe compete.

O tema em questão gera conflitos desde remotas épocas, pois desde a época do império, o sistema acusatório se mostrou insuficiente para as novas formas de repressão dos delitos. Era através dos oficiais públicos, chamados de *curiosi*, *nunciatores*, *stationarii*

⁷ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2003. p. 49.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 61.

etc, que exerciam a função de investigação e também transmitiam aos juízes os resultados obtidos em tais investigações.⁹

Com efeito, foi surgindo certa insatisfação por parte dos julgadores, pois, como foi dito acima, o sistema acusatório se tornou ineficaz na coibição dos delitos. A partir de então, os juízes passaram a invadir cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, criando, em um mesmo órgão do Estado a função de acusar e julgar. E foi partindo desse pressuposto que surgiu o sistema inquisidor.

Assim, passaremos agora a analisar o sistema inquisitivo, que trará com mais detalhes as características de tal sistema.

1.2 - Sistema Inquisitório

O modelo que atualmente chamado de inquisitório, remota a inquisição e tem sua forma “pura” no Santo Ofício, ou Tribunal da Inquisição, como uma forma de repressão as doutrinas hereges. Tal modelo surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando e ser adotado em quase todas as legislações européias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Surgiu após o acusatório privado, com o sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, pois eram estes que iniciavam a persecução penal. O cerne do sistema inquisitório era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos particulares.¹⁰

A inquisição se coaduna com o absolutismo e a máxima ingerência do Estado sobre os indivíduos. Cria-se verdadeiro clima de terror. O inquisidor, como

⁹ LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 60.

¹⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7ª ed., Ed. Lumen Juirs. Rio de Janeiro, 2003. p. 46.

representante do soberano, tem o poder de vasculhar a vida privada em busca de fatos delituosos e, assim manter o controle sobre qualquer manifestação contra o regime vigente.¹¹

No sistema inquisitivo, o mesmo órgão que investiga é também o que pune. Ou seja, não há separação de funções, haja vista que o juiz que inicia a ação, investiga o réu, acusa-o e, ao final, profere a sentença. Percebe-se que o juiz, nesta situação, não forma seu convencimento através das provas dos autos que lhe são entregues pelas partes. Ao contrário, dirige este convencimento às mesmas, de acordo com sua íntima convicção, que já foi emitida previamente ao iniciar a ação.¹²

Como também menciona Aury Lopes, o sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto da investigação. Ou seja, o juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga.¹³

Em consonância com o que menciona acima Paulo Rangel, Aury Lopes diz que o juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga, ou seja, não existindo separação de funções dentro do sistema inquisitório, pois o mesmo que investiga é o que julga.

Assim, podemos apontar algumas características próprias do sistema inquisitivo:¹⁴

- 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;

¹¹ REVISTA de Ciên. Jur. e Soc. da Unipar. v. 8. n. 1. Jan/ Jun., 2005. p. 127.

¹² RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 12ª ed., Ed. Lumen Juirs. Rio de Janeiro, 2010. p. 50.

¹³ LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. pp. 63-64.

¹⁴ RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*. 7ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2003, p. 46.

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

Existe no sistema inquisitivo uma reunião das funções processuais (investigar, acusar e julgar) concentrada no órgão judiciário. Não sendo observados, em tal sistema, os direitos e garantias constitucionalmente previstos, como por exemplo, o contraditório e a ampla defesa. Imperando, portanto, o segredo e o procedimento escrito, que atribui amplos e irrestritos poderes de investigação aos órgãos julgadores.¹⁵

O sistema inquisitório ainda revela inúmeras imperfeições, pois, mesmo que seja repleto de preceitos que miram a busca da verdade real, oferece muito pouco no que diz respeito às garantias de imparcialidade e objetividade, pois acaba que surge certa perseguição criminal por parte do julgador, ferindo de morte sua isenção e imparcialidade.

Nota-se, assim, que o sistema inquisitivo demonstra ser parcialmente incompatível com as garantias constitucionais que, necessariamente, devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito. Portanto, deve ser banido das legislações modernas que desejem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁶

Quanto ao processo, o sistema inquisitório se divide em duas fases: a inquisição geral e a especial. Sendo a inquisição geral destinada a comprovar a autoria e materialidade e a inquisição especial destinada à condenação e ao castigo.¹⁷

1.3 – Sistema Misto

A doutrina brasileira costuma referir-se ao modelo brasileiro de sistema processual, no que se refere à definição da atuação do juiz criminal, como um sistema de natureza mista, isto é, com feições acusatórias e inquisitoriais.¹⁸

¹⁵ RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*. 12ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 50.

¹⁶ RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*. 7ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2003. p. 47.

¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 64.

O sistema misto tem fortes influências do sistema acusatório privado de Roma e do posterior sistema inquisitivo desenvolvido a partir do direito canônico e da formação dos Estados nacionais sob o regime da monarquia absolutista.¹⁹

Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, que, no Brasil a presidência continua com o magistrado – tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica esta marcante do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se, ao referido, de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios.²⁰

Com o fracasso da inquisição e a gradual adoção do modelo acusatório, o Estado seguia mantendo a titularidade absoluta do poder de apenar, e não podia abandonar em mãos de particulares a função de persecução. Nesse novo modelo, a acusação continua como monopólio estatal, mais realizada através de um terceiro distinto do juiz.²¹

É lugar comum na doutrina processual penal, a classificação de “sistema misto”, com afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais. Ademais, a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilita o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter “misto”.²²

Historicamente, o primeiro ordenamento jurídico que adotou esse sistema misto foi o francês, *Code d’Instruction criminelle* de 1808, pois foi o pioneiro na cisão das fases de investigação e juízo. Posteriormente, difundiu-se por todo o mundo e na atualidade é o mais utilizado.²³

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 12.

¹⁹ RANGEL, Paulo, *Direito Processual Penal*. 7ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2003. p. 50.

²⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. 2008. p. 09.

²¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 68.

²² LOPES JÚNIOR, Aury, 2010. p. 69.

²³ LOPES JÚNIOR, Aury, 2010. p. 69.

Aury Lopes defende ser sistema misto falacioso, uma vez que continua existindo a presença marcante do modelo inquisitório no sistema.²⁴

Reafirmando, uma parte significativa da doutrina brasileira costuma referir-se ao modelo de sistema processual, no que se refere à definição da atuação do juiz criminal, como um sistema de natureza mista, isto é, com feições acusatórias e inquisitoriais.²⁵

O exemplo mais fiel de aplicação do sistema misto é o denominado “*Juizado de Instrução*”, que constitui, em verdade, uma fase persecutória preliminar, destinada a apuração das infrações penais, sob a presidência de um juiz. A função da polícia, neste caso, fica reduzida a prender os infratores e apontar os meios de prova, inclusive testemunhal, cabendo ao “Juiz Instrutor”, como presidente do procedimento, acolher todos os elementos probatórios a instruir a ação penal. Tal sistemática é adotada em diversos países da Europa, principalmente na França.²⁶

Avalia-se que a violação ao sistema acusatório se daria na medida da permissão – ainda vigente no CPP – da intervenção judicial para a tutela de funções investigativas, que, como se sabe encontra-se a cargo de órgãos públicos específicos (Ministério Público e Polícia Judiciária).²⁷

Assim, entende-se que o sistema misto apesar de ser um avanço ao sistema inquisitivo não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas mesmo que na fase preliminar de acusação.²⁸

1.3.1 - Juizado de Instrução

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury, *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 70.

²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 12.

²⁶ LAGO, Cristiano Álvares Valadares do. *Sistemas Processuais Penais*. Juiz de Fora, http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf - acesso em 30 de março de 2011.

²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. 2008. p. 13.

²⁸ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7ª ed., Ed. Lumen Juirs. Rio de Janeiro, 2003. p. 51.

Em trabalho apresentado na Comissão de Altos Estudos da Justiça Federal, o ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Arnaldo da Fonseca propõe a criação do juizado de instrução criminal para atuar em crimes de maior potencial ofensivo. A criação desse juizado, uma figura ainda inexistente no direito brasileiro o qual dependeria de alteração no Código de Processo Penal.²⁹

O que é o juizado de instrução? É a instituição de um juiz de instrução criminal preliminar a desenvolver-se no inquérito policial com o objetivo de conduzir todas as diligências necessárias a elucidação dos fatos. Esse juiz de instrução, praticamente, usurpe as funções destinadas, constitucionalmente, ao Ministério Público, pois de acordo com o art. 129, VIII, da CF/88, são funções do Ministério Público, entre outras, requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial.³⁰

O juízo de instrução, na proposta de José Arnaldo somente seria adotado para os crimes cuja valoração dos bens e interesses jurídicos a tutelar sejam hierarquizados em razão da maior lesividade social. Seria o caso dos crimes contra a ordem tributária; o sistema financeiro nacional; a ordem econômica; a administração e o patrimônio público; os praticados por organizações criminosas e os de lavagem de dinheiro.³¹

Em meio a esse quadro de crimes com grandeza macroscópica, para cuja investigação prévia é reclamada a participação direta de outros órgãos, que não a polícia judiciária, como a Receita ou o Banco Central, convém impor-se a atuação imediata do juiz e do Ministério Público.³²

Não é transformar o juiz em investigador, mas retirá-lo da condição de mero espectador, afirma o ministro. A outorga a um juiz instrutor, de poderes suficientes para ordenar as diligências e a transformação de todos os atos probatórios em atos judiciais, em

²⁹ http://www.direito2.com.br/cjf/2003/abr/25/jose_arnaldo_propoe_criacao_de_juizado_de_instrucao, acesso em: 15 de novembro de 2010.

³⁰ http://www.direito2.com.br/cjf/2003/abr/25/jose_arnaldo_propoe_criacao_de_juizado_de_instrucao, acesso em: 15 de novembro de 2010.

³¹ http://www.direito2.com.br/cjf/2003/abr/25/jose_arnaldo_propoe_criacao_de_juizado_de_instrucao, acesso em: 15 de novembro de 2010.

³² http://www.direito2.com.br/cjf/2003/abr/25/jose_arnaldo_propoe_criacao_de_juizado_de_instrucao, acesso em: 15 de novembro de 2010.

sua opinião, afastaria a duplicidade da formação da prova, atendendo ao princípio da economia processual e fortalecendo a ação repressiva.³³

É mister ressaltar que essa inovação na lei processual, que é denominado de “juizado de instrução” vai ao encontro do sistema misto. O que constitui, em verdade, uma fase persecutória preliminar, destinada a apuração das infrações penais, sob a presidência de um juiz. A função da polícia, neste caso, fica reduzida a prender os acusados e apontar os meios de prova, inclusive testemunhal, cabendo ao “Juiz Instrutor”, como presidente do procedimento, a colher todos os elementos probatórios a instruir a ação penal. Tal sistemática é adotada em diversos países da Europa, principalmente na França.³⁴

Como foi visto acima, o “juiz instrutor” é o titular da investigação preliminar e cabe a ele receber direta ou indiretamente a notícia-crime, buscar as fontes de informações e investigar os fatos apontados, atuando na função de polícia judiciária, ou seja, realizando inquéritos que irão servir de base para o seu julgamento.³⁵

O juiz instrutor é o principal protagonista nesse modelo de investigação (juizado de instrução) preliminar. Ele detém todos os poderes necessários para levar a cabo toda a investigação que buscará apontar os elementos que julgar necessários para o processo, irá também dirigir de perto a atividade policial, e atuará pessoalmente, indo ao local do delito, determinando as perícias necessárias, interrogando os acusados, ouvindo a vítima e testemunhas.³⁶

Entretanto, um dos inconvenientes que apresenta o juiz de instrução é o fato de que uma mesma pessoa decide sobre a necessidade de um ato de investigação e valora a sua legalidade. Outro inconveniente a respeito do juizado de instrução citado por Aury Lopes é o de que este é um modelo superado e intimamente relacionado a figura histórica do juiz inquisidor, pois sua estrutura outorga a uma mesma pessoa as tarefas de (ex officio) investigar, proceder à imputação formal (o que representa uma acusação lato sensu) e

³³ http://www.direito2.com.br/cjf/2003/abr/25/jose_arnaldo_propoe_criacao_de_juizado_de_instrucao, acesso em: 15 de novembro de 2010.

³⁴ http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf, acessado em: 15 de novembro de 2010.

³⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 241.

³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. 2010. pp. 241-242.

inclusive defender. Lembra também o autor que esse modelo é apontado como o mais grave impedimento à plena consolidação do sistema acusatório.³⁷

1.4 – Sistema Processual Penal Brasileiro

A Constituição Federal/88 claramente fez opção pelo sistema acusatório, prestigiando a presunção de inocência, devido processo legal, publicidade dos atos processuais, ampla defesa, contraditório, e diversos outros institutos que remetem a tal sistema. Ocorre que alcançar um sistema acusatório em sua plenitude, é tarefa árdua para não dizer impossível, pois os princípios garantistas são reflexos de uma sociedade com alto grau de liberdade e respeito à dignidade da pessoa humana, valores que coadunam com o Estado Democrático de Direito.³⁸

No processo penal, como se extrai das garantias constitucionais que o moldam, filia-se ao sistema acusatório. E esse é o entendimento de Aury Lopes, que posiciona - se e defende a inconstitucionalidade de todos os dispositivos do CPP que violem as regras desse sistema acusatório constitucional.³⁹

A codificação processual penal ainda é farta de dispositivos do sistema inquisitório. Ilustra-se com os artigos codificados: 127 o qual faculta ao juiz o seqüestro de bens do acusado e o 242 que lhe permite decretar a busca e apreensão; 311 o qual lhe permite decretar a prisão preventiva; 209 que lhe autoriza ouvir outras testemunhas, além das arroladas pelas partes. Portanto, para Aury Lopes, todos esses artigos permitem ao julgador atuar de ofício, ou seja, como acusador.⁴⁰ Há, no entanto que se reconhecer o caráter inquisitório da execução penal, englobando aí a problemática e questionável inquisição na

³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. pp. 242-243.

³⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. 2010. pp. 79-83.

³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. 2010. pp. 79/189-191.

⁴⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. 2010. pp. 79/189-191.

fase processual. Destarte, fica fácil perceber que o processo penal brasileiro ainda padece de uma clara matriz inquisitória.⁴¹

Nesse sentido, e de acordo com o posicionamento de Aury Lopes a respeito da inconstitucionalidade dos artigos acima referidos, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no RHC de nº 23.945-RJ, Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ-MG), julgado em 05/02/2009, como se transcreve a seguir:⁴²

Na espécie, ainda na fase de investigação preliminar, antes que fosse oferecida a denúncia, o juiz, por entender que a causa era complexa, iniciou a realização do interrogatório de alguns réus. O referido procedimento não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, o que torna nulo não apenas os atos decisórios, mas todo o processo. O juiz não pode realizar as funções do órgão acusatório ou de polícia judiciária, fazendo a gestão da prova, pois seria retornar ao sistema inquisitivo. Assim a turma, por maioria deu provimento ao recurso para declarar a nulidade de todo o processo não apenas dos atos decisórios, bem como dos atos praticados pelo juiz durante a fase das investigações preliminares, determinando que os interrogatórios por ele realizados nesse período sejam desentranhados dos autos, de forma que não influencie a opinio delicti do órgão acusatório na propositura da nova denúncia.

Anote-se, que há contradições entre o procedimento previsto no CPP e o disciplinado em leis extravagantes, as quais, em análise, refletem as tensões ainda existentes entre postulados típicos de um processo inquisitivo e aqueles pertinentes ao modelo acusatório.

Compreendida a questão e respeitada à opção “acusatória” feita pela constituição (no artigo 129, VIII – competência do Ministério Público) resta verificar a problemática, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.⁴³

⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 78.

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. 2010. p. 79.

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. 2010. pp. 73-79.

Destarte, percebe-se que o processo penal brasileiro ainda conserva uma clara matriz inquisitória, ou seja, não há a preservação da imparcialidade do magistrado, o que não pode imperar em um processo penal que se proclama acusatório.⁴⁴

Segundo Aury Lopes, a doutrina brasileira majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto predomina o inquisitório na fase pré - processual e o acusatório, na processual, ou seja, a questão é a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros.⁴⁵

1.5 - Procedimento Investigatório no Direito Comparado

As soluções encontradas nos diversos países acerca do tema *sub studio* variam, conforme adote o modelo inquisitivo, acusatório e o misto (juizado de instrução). O modelo do juizado de instrução pressupõe a realização da investigação criminal diretamente pela polícia judiciária sob a estrita vigilância do *Parquet* (França, Estados Árabes e México) ou sob a coordenação de um órgão jurisdicional (juiz instrutor), reservando-se, neste último caso, à polícia judiciária a função de realizar os comandos daquela autoridade e ao Ministério Público a de titularizar a acusação (Espanha, e Argentina/ Código Nacional).⁴⁶

Em tais sistemas, a legitimação ativa em sede penal (possibilidade de provocar a instauração da instância penal) é às mais das vezes confiada ao Ministério Público (França, Estados Árabes e Espanha). A Argentina admite a instauração da lide penal também pelo ofendido e o México a concebe de forma difusa (sem explicar os casos em que, com exclusividade, intervém um ou outro legitimado).⁴⁷

Um traço característico do código nacional Argentino reside na possibilidade de o magistrado intervir na atividade de ajuizamento da ação penal. Assim é

⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 79.

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. 2010. p. 58.

⁴⁶ Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), disponível em: <http://www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.

⁴⁷ <http://www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.

que, discordando de eventual pedido de arquivamento formulado pelo *Parquet*, obriga-o a oferecer a acusação.⁴⁸ Caso isso venha a ocorrer no Brasil, o magistrado não obriga o *Parquet* a oferecer à acusação, porém, aquele remeterá os autos ao Procurador de Justiça que ficará em decidir pelo prosseguimento da ação ou pelo arquivamento, de acordo com o artigo 28 do Código de Processo Penal.

Nos ordenamentos jurídicos que consagram o modelo acusatório (Alemanha, Áustria, Bélgica, Itália, Portugal e a Argentina/Província de Tucumã) a fase investigativa é realizada pela polícia judiciária sob a direção do Ministério Público. Na maioria destes países (Alemanha, Áustria, Bélgica, Portugal e a Argentina/Província de Tucumã), oferecida a acusação, segue-se uma fase preliminar (artigo 395 do CPP) em que se aferirá sua viabilidade (contraditório sumário).⁴⁹

O controle quanto à propositura da ação penal ora é exercido pelo ofendido - nos casos em que a iniciativa da ação não cabe, primeiramente, ao Ministério Público, daí, deverá o ofendido acioná-lo para dar início as investigações - (Alemanha e Bélgica), ora assume índole hierárquica (Portugal e Argentina/Província de Tucumã), ora é realizado pela autoridade judiciária (Itália). Na Áustria, o procurador tem poderes expressos para conduzir, requisitar e valorar o acervo probatório.⁵⁰

Ainda segundo material do site em questão, nos países de *Common Law* o sistema, em face mesmo do peculiar desenvolvimento histórico que experimentaram seus ordenamentos jurídicos, assume traços distintivos que não permitem assimilá-los aos modelos precedentemente expostos.⁵¹

Assim, é na Inglaterra a legitimidade ativa para ajuizar a ação penal repousa em cada habitante do reino. A conduta criminal é tida como diretamente ofensiva ao monarca (por ficção legal). As investigações ficam a cargo da polícia. Não há figura assemelhada ao Ministério Público. Nos Estados Unidos, por sua vez, os trabalhos de investigação estão a

⁴⁸ Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), disponível em: <http://www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.

⁴⁹ <http://www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.

⁵⁰ <http://www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.

⁵¹ <http://www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.

cargo da polícia judiciária e se destina ao *US Attorney*. O controle judicial surge apenas nas hipóteses em que se acredita viáveis a acusação (*grand jury*).⁵²

Convém observar, por fim, o trabalho contido no denominado “Código – Modelo para Íbero-Américo”, o qual adota o modelo acusatório, cabendo a condução das investigações ao Ministério Público. Nos casos de ajuizamento da ação penal há a previsão de fase intermediária de feição jurisdicional, com o fito de verificar a admissibilidade persecução penal.⁵³

Dos conceitos de sistemas tratados acima, e, após fazer uma análise junto ao direito comparado, pode-se observar que os países que mais se aproximam do modelo brasileiro são: Alemanha, Áustria, Bélgica, Itália, Portugal e a Argentina/Província de Tucumã. Nesses países, como foi visto, a investigação é realizada pela polícia judiciária sob a direção do Ministério Público, modalidade que se coaduna com o sistema acusatório.

Segundo Aury Lopes,⁵⁴ pode-se constatar que predomina nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática o sistema acusatório. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

Compreendida a necessidade de buscar um núcleo fundante de um sistema a partir da gestão da prova, resta verificar a problemática (inquisitiva) atribuição de poderes instrutórios / investigatórios ao juiz, cujo núcleo está especificamente no que tange o artigo 156 do CPP, que sempre foi um grande problema, especialmente para aqueles comprometidos com o sistema acusatório – constitucional.⁵⁵

Passaremos agora a analisar a nova redação do artigo 156 do CPP que se operou com a reforma da lei 11.690/08, artigo este que alguns autores consideram

⁵² Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), disponível em: <http://www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.

⁵³ <http://www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 23 de outubro de 2010.

⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 58.

⁵⁵ LOPES JÚNIOR, Aury, 2010. p. 79.

inconstitucional por permitir que o juiz realize a colheita de provas e depois decida sobre o material que ele mesmo obteve.

O problema da pesquisa está situado na seguinte questão: Tendo o Brasil adotado o sistema acusatório, e sendo introduzido o novo art. 156 do código de processo penal, existe conflito entre o sistema penal constitucional vigente e o novo dispositivo!

CAPÍTULO II

2 - Análise do art. 156 do Código de Processo Penal

Como o tema da presente monografia é bem recente, objetiva-se examinar a constitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, verifica-se a redação anterior à Lei nº 11.690/2008, que entrou em vigor no dia 11 de agosto de 2008, lei esta que inseriu o inciso I ao presente artigo, e o posicionamento dos autores no que concerne aos poderes instrutórios do juiz, no âmbito do sistema jurídico nacional, que modificou dispositivos relativos à prova, especificamente no que tange o artigo 156 do CPP que sempre foi um grande problema, especialmente para aqueles comprometidos com o sistema acusatório - constitucional.

ART. 156 A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: [Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/2008]

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; [Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/2008]

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (NR) [Redação dada pela Lei nº 11.690, de 09/06/2008]

A faculdade probatória do juiz sofre sérias críticas dos autores de linha garantista, a exemplo de Aury Lopes. Segundo o autor, o ônus da prova cabe a quem alega. Se há dúvida sob ponto relevante, isto é suficiente para absolver, não lhe cabendo estender a instrução para encontrar fundamento condenatório. Porém a dúvida já autoriza a absolvição. Para a produção antecipada de provas, devem ser demonstradas a relevância e urgência, porém, o ônus de requerer deve ser da acusação.⁵⁶

⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. pp. 521 - 538

A antiga redação do art. 156: **“A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”**

Como se vê, boa parte da nova redação repete a anterior. O que de "novo" há é apenas o texto da redação do inciso I, eis que o inciso II é idêntico ao que já dispunha a cabeça do artigo com a redação antiga.

O presente capítulo tem por objetivo estudar/analisar o inciso I do art. 156 do código de processo penal e sua conformidade constitucional. A nova redação conferida a este dispositivo pela Lei nº 11.690, de 09.06.2008. Quanto o trabalho, em essência, visa analisar a incompatibilidade do inciso I do art. 156 do Código de Processo Penal com a constituição brasileira e o estado democrático de direito instituído por ela, bem como a posição adotada sobre o assunto, que ampliou os poderes instrutórios do juiz, pois contém a possibilidade de o magistrado determinar, de ofício, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida ainda antes de ajuizada a ação penal (inciso I), e, determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (inciso II), e, finalmente, se há violação da inserção do referido dispositivo ao sistema acusatório, escolhido pelo ordenamento pátrio. Pretende-se, com isso, trazer informações sobre como à Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal) e o Superior Tribunal de Justiça têm decidido acerca da problemática da inconstitucionalidade do referido artigo.

Inspirado na legislação processual italiana produzido na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias de origem. É preciso registrar, porém, que na década de 1970, mais precisamente nos anos de 1973 e 1977, houve grandes alterações no CPP, iniciada, aliás, com a Lei nº 5.349/67, por meio da qual foi flexibilizada inúmeras regras restritivas de direito à liberdade como cita o artigo 310, parágrafo único do CPP que trata da liberdade provisória e da prisão preventiva. Mais recentemente, então, com as leis 11.689, 11.690 e 11.719, todas de junho de 2008, a legislação processual penal sofreu novos ajustes.⁵⁷

⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008. pp. 5-7.

O devido processo penal constitucional busca, então, realizar uma justiça penal submetida à exigência de igualdade efetiva entre os litigantes. O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.⁵⁸

A nova ordem passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como mero veículo de aplicação da lei penal, mas além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.⁵⁹

Para Aury Lopes, a problemática figura do juiz com poderes instrutórios/investigatórios do art. 156 agrava ainda mais a situação da imparcialidade do julgador, gerando um problema para aqueles comprometidos com o sistema acusatório – constitucional.

Nesse contexto, segundo o autor em questão, o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, pois representa uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo, portanto, a observância desses requisitos é indispensável ao resguardo da imparcialidade do magistrado, que não pode antecipar juízo acerca da efetiva utilidade da prova cuja produção determinou, e de qual das partes será beneficiada com a diligência.⁶⁰

Desse modo, para Aury Lopes, a possibilidade de o magistrado gerir a prova de ofício, certamente traz inquietações, pois pode ferir princípios fundamentais, como o contraditório, o devido processo legal e principalmente a imparcialidade do julgador.⁶¹

Ainda segundo Aury Lopes, a posição do juiz no processo penal é a de garante da cláusula do devido processo legal, assegurando, a um só tempo, a estrita

⁵⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 08.

⁵⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. 2008. p. 08.

⁶⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 133.

⁶¹ LOPES JÚNIOR, Aury. 2010. pp. 189-190.

observância dos preceitos constitucionais que tutelam a liberdade e o regular exercício do direito de acusar.⁶²

Diante do exposto, acrescenta o autor que é importante destacar, que o problema não está apenas nas decisões que profere, mas sim no fato de ir atrás da prova (e assim permite o art. 156 do CPP), especialmente o problemático é o inciso I, que permite decidir sobre o material que ele mesmo colheu. Essa é a duplicidade perigosa e que deve ser analisada, cuidadosamente, no caso concreto.⁶³

É com base nestes pressupostos que se passará em revista, ao longo deste trabalho, às questões que envolvem a definição dos poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro. Sem dúvida, chegou o momento de repensar com cautela também a relação juiz/inquérito, pois, em vez de caminhar em direção à figura do juiz garante ou de garantias, alheio à investigação e verdadeiro órgão supraparte, está sendo tomado o caminho que vai ao encontro do juiz instrutor, segundo entendimento do Aury Lopes.⁶⁴ Tanto o juiz de garantias quanto o juiz instrutor trabalham na fase de investigação criminal (fase de apuração do ilícito penal), presidindo-a. Nestes casos, não poderão, posteriormente, atuar como juiz da ação penal proposta com base na dita investigação criminal.

Dentre as normas que se encontram em vigor, diversas preconizam soluções incompatíveis com o sistema acusatório. As disposições que permitem, possa o Juiz requisitar a instauração de inquérito policial (art. 5º, II), determinar de ofício o seqüestro de bens do indiciado (art. 127), a busca e apreensão (art. 242) e a prisão preventiva (art. 311) podem ser apontadas como exemplo de tal realidade.⁶⁵

A atuação do juiz na fase pré – processual (seja ela inquérito policial, investigação pelo MP etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos

⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 190.

⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury. 2010. pp. 138-139.

⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. 2010. p. 139.

⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. 2010. p. 133.

direitos fundamentais do sujeito passivo. É também a posição mais adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo penal.⁶⁶

Segundo Aury Lopes, o juiz, no processo penal brasileiro, deve - se manter afastado da investigação preliminar, mantendo papel de garantidor, e com o controle formal do processo. Este episódio garante o cumprimento do princípio da imparcialidade.⁶⁷

Com a alteração do texto da lei processual penal, que atribui ao juiz de ofício: “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”. Para Aury Lopes, não haveria nenhum problema desde que o juiz não atue como julgador e mediante prévia e fundamentada invocação do Ministério Público, e não como simples juiz inquisidor produzindo sua própria prova.⁶⁸

Para Eugênio Pacelli, a superação de um sistema processual de feição inquisitiva trouxe, como consequência mais importante, com o advento do sistema acusatório e do sistema *adversary* (sistema de partes, do direito anglo – americano), a preocupação com a imparcialidade do juiz.⁶⁹

Ainda segundo o autor, a questão que se coloca não parece ser o da gestão da prova, mas sim, o fato de se atribuir a iniciativa probatória ao juiz, conforme vem disposto no art. 156 do CPP, agora modificado e para pior, pela lei 11.690/08, que comete nova inconstitucionalidade ao deferir ao magistrado a possibilidade de determinação, de ofício, de prova na fase de investigação.⁷⁰

Acrescenta ainda que tudo parece girar em torno da busca da verdade real, sendo este o principal argumento pela constitucionalidade do artigo e também responsável por inúmeros abusos e violações de direitos individuais.⁷¹ O chamado princípio da verdade real,

⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. pp. 261-262.

⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. 2010. p. 262.

⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. 2010. p. 262.

⁶⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 426.

⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. 2008. pp. 431- 432.

⁷¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. 2008. p. 432.

tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal.⁷²

Para Eugênio Pacelli, embora se reconheça a amplitude da iniciativa probatória deferida ao juiz no Código de Processo Penal, reforçada ainda mais pela Lei 11.690/08, não se pode esquecer que esta atividade probatória deve se desenvolver a partir da existência de dúvida razoável sobre o ponto relevante do processo, não sendo aceitável, porém, em nenhuma hipótese, a adoção de posição supletiva ou subsidiária da atuação do órgão de acusação.⁷³

Ainda segundo o autor, iniciativa probatória do juiz, quando utilizada para esclarecimento 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.).⁷⁴

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.⁷⁵

2.1 - Argumentos Contrários ao Inciso I do artigo 156 do CPP

O novo artigo 156 do Código de Processo Penal, originado pela lei nº 11.690/2008, ao que nos parece, na verdade nada de novo trouxe ao processo penal brasileiro, ao contrário, regrediu historicamente e democraticamente.

Inicialmente, cabe transcrever a nova redação do dispositivo mencionado e também a anterior:

⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed., Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 432.

⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. 2008. p. 432.

⁷⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. 2008. p. 432.

⁷⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. 2008. p. 432.

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. Nova redação pela lei n. 11.690/2008.

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

Esse texto legal provocou embates doutrinários e jurisprudenciais, sempre a partir de posicionamentos a favor ou contra uma posição mais ativa do juiz na produção antecipada da prova penal.

Verdade é que vemos na prática do foro muitos magistrados que atuam de forma a suprir a deficiência probatória das partes. Isso provoca na doutrina diferentes reações, que variam desde a proposta de inconstitucionalidade do dispositivo, na parte em que autoriza tais diligências pelo juízo, até a essencialidade do texto para que se assegure um julgamento justo ao acusado.

Há, no entanto quem entenda não ser possível que o juiz aja de ofício, nem mesmo durante o processo, só podendo determinar a mencionada produção antecipada, se isto for requerido pela parte interessada, como por exemplo, Eugênio Pacelli de Oliveira. Em entrevista à revista OAB in Foco, o autor defende que o art. 156 da Lei 11.690 permite que o juiz produza provas contra o acusado violando assim o sistema acusatório, já que o ônus da prova para condenar seria do Ministério Público.⁷⁶

Não só viola o sistema acusatório, como incentiva uma cultura que deve ser superada no Brasil. O juiz criminal não deve ocupar função de proeminência na persecução penal. Existe um órgão específico para cuidar disso (o MP), no que é auxiliado suficientemente pela Polícia, indevidamente denominada "Judiciária". A Polícia atua com o Ministério Público e não com o Judiciário. O juiz deve ser o juiz das liberdades públicas, isto é, deve atuar preservando as garantias individuais, antes da decisão final, e aplicando o Direito Penal, quando for o caso, no exercício, então, de função tipicamente jurisdicional. Questões relativas à qualidade da prova, para fins de condenação e de acusação, não dizem respeito ao juiz, ao menos no que se refere à produção dela (prova). Jurisdição não é investigação e não é acusação. Tampouco é

⁷⁶ <http://www.oabuberlandia.org.br/oab10.qps/Ref/QUIS-7G4RXB>, Acesso em 17 de março de 2011.

defesa, mas, sim, o julgamento de uma questão penal segundo o Direito válido.

Entende-se, portanto, que a expressão "*mesmo antes de iniciada a ação penal*", contida no inciso I do art. 156 do CPP é flagrantemente inconstitucional, sendo certo que ao juiz não abrirá a possibilidade de produzir prova que considere urgente antes de iniciado o processo penal. Apenas a requerimento das partes é que o juiz poderá produzir a prova antecipada ao início do processo penal.⁷⁷

Para o Professor Luiz Flavio Gomes, é inconstitucional a interpretação literal do dispositivo supracitado, pois o juiz não poderá determinar a produção de provas de ofício, sobretudo antes de iniciada a ação penal, sob pena de ofensa ao sistema acusatório previsto na Constituição Federal/88.⁷⁸

Desse modo, ao determinar a produção de provas sem prévio requerimento, estaria o juiz atuando como verdadeiro inquisidor, o que comprometeria o princípio da imparcialidade e culminaria em violação ao devido processo legal.⁷⁹

A introdução do inciso I do artigo 156 do CPP, afronta de forma brutal as garantias constitucionais, na medida em que persegue não só o reconhecimento dos direitos e garantias constitucionalmente previstos, mas, e principalmente, sua efetivação. Ou seja, comprometendo, de forma irremediável sua realização. A qual afeta ainda, a proteção da liberdade a que todo cidadão tem direito.

2.2 - Argumentos Favoráveis ao Inciso I do artigo 156 do CPP

⁷⁷ AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. *O novo art. 156 do Código de Processo Penal. Um museu com grandes novidades*. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1960, 12 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11955>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

⁷⁸ *O juiz pode produzir provas de ofício, conforme o novo texto do art. 156, I do CPP?* Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080703115617182&query=156. Acesso em 18 de abril de 2011.

⁷⁹ *O juiz pode produzir provas de ofício, conforme o novo texto do art. 156, I do CPP?* Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080703115617182&query=156. Acesso em 18 de abril de 2011.

Há, contudo, quem defenda a constitucionalidade do inciso I do artigo 156 do CPP, por considerar que a nova redação retrata a nova função assumida pelo juiz no moderno direito processual, que deixa de ser um mero espectador na produção de provas e passa a ter um importante papel no sentido de estimular o contraditório e a ampla defesa na busca da verdade real. Além disso, a atuação do juiz na produção de provas é meramente supletiva ou complementar, motivo pelo qual não há que esse falar em ofensa ao sistema acusatório.

Parcela considerável da doutrina nacional entendia com base no disposto da antiga redação sua total recepção pela constituição brasileira, sendo a atividade probatória levada a efeito pelo julgador reflexo da regra segundo a qual o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, não restando infração a nenhuma garantia constitucional, uma vez baseada em norma de interesse público, sendo, por isso, indisponível.

Como por exemplo, Guilherme de Souza Nucci, menciona, a atuação de ofício pelo juiz "*trata-se de decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial*". Não deve o magistrado, segundo o autor, "*ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão-somente atingir a verdade*".⁸⁰

O compromisso do juiz é com o julgamento justo. Logicamente que a atividade probatória deve, em primeiro lugar, ser desenvolvida pelas partes. Todavia, após o final da produção probatória das partes, se o juiz ainda permanecer em dúvida e de outra prova tiver notícia, ele tem o dever, e não o poder, de determinar que aquela prova seja trazida aos autos para ser submetida ao contraditório e valorada em sua sentença.

Ada Pellegrine Grinover, umas das autoras dos projetos de lei da reforma processual penal, afirma que a atuação do magistrado na produção de provas, mesmo que subsidiariamente, não compromete a sua imparcialidade, uma vez que o juiz, não poderia adivinhar o resultado da prova que eventualmente mandou produzir.⁸¹

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁸¹ ANNA KARINA Lopes de Castro: *A (in) constitucionalidade do art. 156, I, do CPP*. dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22453> Acesso em 18 de abril de 2011.

Exposto os dois entendimentos sobre o assunto, e considerando que o artigo em discussão entrou em vigor recentemente, nos resta aguardar a manifestação da jurisprudência para saber qual deles irá prevalecer.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito da inconstitucionalidade de artigo similar (artigo 3º da lei 9.034/95) ao artigo 156 do CPP, através de ação direta de inconstitucionalidade, e logo deverá se pronunciar a respeito do mesmo, como veremos no tópico a seguir.

2.3 - Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Alguns doutrinadores consideram inconstitucional a produção probatória antes da ação penal, determinada de ofício, pelo juiz. Atuaria o magistrado como juiz inquisidor, quebrando a sua inércia e comprometendo a sua imparcialidade. As críticas são severas com relação a esta inovação legislativa. Já há precedente do **Supremo Tribunal Federal** através da **ADin 1.570-2**, onde se julgou inconstitucional o art. 3º da Lei 9.034/95, da qual previa atividade inquisitorial.

Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso sigilo de justiça.

§ 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

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

§ 3º O auto de diligência será conservado fora dos autos do processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos caso de divulgação.

§ 4º Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da

diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.

§ 5º Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça.

Como visto acima, o artigo 3º da lei 9.034/95 cuidava de apurar a prática dos crimes resultantes de organização criminosa, e em que permitia ao juiz realizar investigações pessoais na coleta e formação do material probatório na fase de investigação.

Do mesmo modo, parece-nos que a Suprema Corte não hesitará em afirmar a inconstitucionalidade e, assim, extirpar da ordem processual penal o dispositivo previsto no art. 156, I, do CPP, originado pela Lei 11.690/08.⁸² Entretanto, ainda não há ADIN que declare a inconstitucionalidade do artigo em questão, mas alguns doutrinadores prevêm uma possível declaração de inconstitucionalidade por ser o artigo 156 do CPP similar ao artigo 3º da lei 9.034/95 que já foi declarado inconstitucional.

Quando se atribui poderes investigatórios a um juiz, cria-se a figura do juiz – ator, característica de sistema processual inquisitório. Por outro lado, quando a gestão das provas está nas mãos das partes, o juiz assume seu verdadeiro papel de espectador, essencial para assegurar a imparcialidade, devido processo legal e a estrutura do sistema processual acusatório.⁸³

Nesse contexto, a fase de investigação deve ser cuidada pela autoridade policial, que, precipuamente, por ela é responsável, e também, o Ministério Público, a quem compete em sede de ação penal pública.⁸⁴

Bem evidenciado fica a existência do exercício de uma atividade investigativa, a qual é coerente com a função do órgão encarregado de formular a acusação – o Ministério Público – o *dominis litis* da ação penal pública.⁸⁵

⁸² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 432.

⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 531.

⁸⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, 2008. pp. 432-433.

⁸⁵ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 48.

Feita essa ressalva, pensa-se que o incidente de produção antecipada da prova somente pode ser admitido em casos extremos (mas nunca de ofício pelo juiz), em que se demonstra a fundada probabilidade de ser inviável a posterior repetição na fase processual da prova.

Para Aury Lopes, os poderes instrutórios do juiz, na forma como concebidos no Código de Processo Penal brasileiro, devem exercer sob a tutela dos princípios do devido processo legal (CF art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º, LV), da vedação da prova ilícita (CF art. 5º, LVI), da busca da verdade real e da livre convicção ou persuasão racional. Portanto, essas lições são fundamentais quando se trata de analisar o art. 156 do CPP, que absurdamente atribui poderes instrutórios ao juiz, antes mesmo de haver processo. Esse ativismo judicial fere de morte o sistema acusatório e a garantia da imparcialidade do juiz, fundando assim um sistema inquisitório substancialmente inconstitucional.⁸⁶

Conclui Aury Lopes, que a produção antecipada da prova deve ser considerada uma medida excepcional, justificada por sua relevância e impossibilidade de repetição em juízo, na qual sua eficácia estará condicionada aos requisitos mínimos de jurisdicionalidade, contraditório, possibilidade de defesa e fiel reprodução na fase processual.⁸⁷

Para ratificar a incompatibilidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, frente ao Estado Democrático de Direito, tem-se o anteprojeto do código em tela que pretende resolver em definitivo a questão dos poderes instrutórios/investigatórios do juiz e por um fim ao tema de qual sistema processual penal o Brasil adotou.

⁸⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2010. pp.430-530.

⁸⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. 2010. pp. 601-602.

2.4 - Análise do Anteprojeto do Novo Código Processo Penal

As considerações feitas a partir deste ponto tomam como referência o texto do anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal formulado por uma comissão de juristas designada pelos atos da presidência do Senado Federal nº 11, 17 e 18 de 2008.⁸⁸

O texto do novo Código de Processo Penal, foi aprovado no Plenário do Senado Federal em 07 de dezembro de 2010. Proveniente do anteprojeto formulado por uma comissão especial de juristas, presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Hamilton Carvalhido, o texto (PLS nº 156/2009) teve como relator o senador Renato Casagrande (PSB/ES). Agora, o anteprojeto segue para votação na Câmara dos Deputados.⁸⁹

No dia 07 de abril do corrente ano, a Câmara dos Deputados alterou os dispositivos do Decreto – lei 3.689/41 relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, que ainda aguardam sanção da presidente Dilma Rousseff. Porém, ainda se espera pelas demais alterações que o anteprojeto prevê.

O Carvalhido destacou que o projeto elaborado pela comissão de juristas foi a raiz do projeto de lei aprovado pelo Senado. Segundo o ministro, este se ajusta às exigências do Estado Democrático de Direito do Século XXI, pois o outro já não atende às necessidades da sociedade moderna.⁹⁰

Para o relator do projeto, o Senado está dando uma grande contribuição para a sociedade brasileira com a reformulação de uma lei antiga, desatualizada e que não atende mais às demandas, aos meios tecnológicos e à cultura da sociedade brasileira.⁹¹

Ao proceder na leitura do anteprojeto em questão, o objetivo é cotejar o sistema proposto e apresentar opinião sobre tudo o que for versado. Além disso, a doutrina

⁸⁸ Integraram a Comissão: Hamilton Carvalhido (Coordenador), Eugênio Pacelli de Oliveira (Relator), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Sousa do Amaral. O texto básico foi ao Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, em 22 de abril de 2009.

⁸⁹ Superior Tribunal de Justiça, www.stj.jus.br/portal_stj/publicação: Acesso em 17 de março de 2011.

⁹⁰ Superior Tribunal de Justiça, www.stj.jus.br/portal_stj/publicação: Acesso em 17 de março de 2011.

⁹¹ Superior Tribunal de Justiça, www.stj.jus.br/portal_stj/publicação: Acesso em 17 de março de 2011.

somente discorre sobre o Código de Processo Penal, mas não sobre o Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 que ainda é embrião e sequer virou lei. Por essa razão, a imersão em seu conteúdo foi verdadeira viagem de marinheiro solitário, ou seja, o intuito é fazer o referido estudo e refletir se a alteração proposta é ou não benéfica, bem como tecer as necessárias críticas ao sistema proposto, ou seja, se atende ou não a Constituição Federal.

O Código de Processo Penal já passou por pequenas alterações na sua vigência. Outras, além das quais que estão sendo questionado neste trabalho estão a caminho de ser transformadas em lei. Por outro lado, é fato que parte do CPP não mais se encaixa na realidade contemporânea. Há, inclusive, alguns textos que fazem uso de expressões e orientações de condutas embasadas em costumes que não mais se amoldam à época em que vivemos.

Diante disso, sabendo que boa parte do CPP já não serve mais à realidade dos fatos, é que as reformas seguem sendo feitas no sistema, ainda que à conta-gotas, e de forma burocrática e lenta. Mas surgem, especialmente, quando há clamor social por algum caso isolado e exaustivamente explorado pela imprensa, ao invés de serem feitas em sua totalidade, de uma vez.

Segundo Jacinto Coutinho, foram muitas as mudanças. A mais importante, sem dúvida, entre elas, é àquela que introduziu o sistema acusatório, superando, em definitivo, o sistema inquisitório vigente durante muito tempo.⁹²

A primeira consequência da constitucionalização da legislação proposta, como não poderia deixar de ser, foi à mudança de sistema. Hoje, ninguém – ou quase – mais, duvida que o sistema inquisitório se difere do sistema acusatório em face da gestão da prova. Naquele, o juiz é por excelência o gestor da prova, o que fica evidente nas regras do art. 156 do CPP, neste (acusatório), a opção política aponta na direção de retirar o juiz justamente da gestão da prova, dando tal função (como ônus) às partes. Este sistema atribui funções peculiares a cada órgão.

A titularidade da acusação é atribuída ao Ministério Público; a defesa, aos defensores; e a função de julgar, ao juiz, ou seja, colocando cada operador do direito em seu

⁹² Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 17 de março de 2011.

devido lugar. Estabelece, por exemplo, que juízes não podem participar de investigações, nem formular acusação no lugar do promotor. Então, a rígida separação entre juiz e acusador é uma das principais características desse sistema. Nesse ponto, o anteprojeto se diferencia radicalmente do texto em vigor, como menciona o art. 4º: “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”.⁹³

É fato que esse artigo revogará o inciso I do artigo 156 do CPP, caso até sua entrada em vigor, já não tenha sido declarada sua inconstitucionalidade. Dessa forma, vê-se que o ordenamento jurídico brasileiro está em desenvolvimento. A sociedade, apesar de alguns poucos, encontra-se em amadurecimento e reconhecimento dos valores inerentes à condição de simplesmente se ser humano antes de qualquer imputação.

As alterações propostas pelo PLS nº 156/2009 são, de certa forma, significativas. O espírito da comissão de juristas em tal intento é digno de elogios, conforme se percebe da exposição de motivos do anteprojeto, contudo fala a respeito da atividade jurisdicional, que começa por estabelecer a figura do juiz de garantias:⁹⁴ “Para a consolidação de um modelo orientado pelo sistema acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, fazia-se necessário. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais.”⁹⁵

O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional e; b) manter o distanciamento do juiz do processo,

⁹³ http://www.senado.gov.br/atividade/material/detalhes.asp?p_cod_mate=9645, Acesso em: 17 de março de 2011.

⁹⁴ Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>, Acesso em: 17 de março de 2011.

⁹⁵ http://www.direito2.com.br/cjf/2003/abr/25/jose_arnaldo_propoe_criacao_de_juizado_de_instrucao. Acesso em: 11 de novembro de 2010.

responsável pela decisão de mérito em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.⁹⁶

Este “juiz de garantias” distingue-se do juiz do processo, órgão judiciário responsável por deliberar sobre o mérito da acusação, apreciando livremente a prova produzida em juízo, sob o império da cláusula do devido processo legal.⁹⁷

Ao versar sobre o tema, Geraldo Prado afirma que ao lidar com os meios de prova, o juiz, para formar o seu convencimento a respeito dos fatos em litígio, não pode agir arbitrariamente. Faz-se necessária a valoração das provas com base num sistema ou método no qual o juiz deve ocupar uma posição equilibrada durante o processo, sobretudo no tocante à imparcialidade, cujas partes devem sentir segurança quanto ao fato de o magistrado não ter aderido, a priori, a uma das alternativas de explicação que acusado e vítima reciprocamente contrapõem-se durante o processo. Afetuosamente como, deve as partes se sentirem amparadas pela garantia de serem submetidas a um julgamento por um juiz que não teve contato com a fase investigatória, decretando prisões, deferindo pedido de interceptação telefônica, quebra de sigilo, etc.⁹⁸

Para Aury Lopes, é possível afirmar que a instrumentalidade do processo penal está diretamente ligada à proteção dos direitos e garantias individuais, além de estar a serviço da total eficácia das garantias constitucionais. A “instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas, com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais”.⁹⁹

Ao tratar da questão, Eugênio Pacelli defende que embora ainda não suficientemente entendida em determinados setores, a explicitação acerca do papel do juiz no processo penal, e, particularmente, na questão probatória, pode haver maior reprovação em relação a determinados comportamentos. É de se ver que a questão não tangencia a perda ou

⁹⁶ http://www.direito2.com.br/cjf/2003/abr/25/jose_arnaldo_propoe_criacao_de_juizado_de_instrucao. Acesso em: 11 de novembro de 2010.

⁹⁷ http://www.direito2.com.br/cjf/2003/abr/25/jose_arnaldo_propoe_criacao_de_juizado_de_instrucao. Acesso em: 11 de novembro de 2010.

⁹⁸ SCHNEIDER, Gabriela. *O Juiz das Garantias na reforma do CPP, uma análise frente ao sistema acusatório*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>, Acesso em 17 de março de 2011.

⁹⁹ SCHNEIDER, Gabriela. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>, Acesso em 17 de março de 2011.

diminuição de garantias individuais, onde a preferência e a celeridade estão intimamente relacionadas com a proteção das garantias.

E conforme se vê na exposição de motivos do anteprojeto, não se caminhou para a instituição de um juiz inerte, vedando-lhe tão somente uma atuação substitutiva das funções ministeriais. A proposta registre-se, não significa censura a quem quer que seja. Trata-se apenas de atribuir a responsabilidade pela acusação ao Parquet. O juiz, independentemente da fase da persecução, deve ser sempre o garante das liberdades públicas.¹⁰⁰

Em meio às avaliações apresentadas, o anteprojeto do novo Código de Processo Penal, espelha-se nas necessidades urgentes da sociedade brasileira que anseia por se fazer justiça aos casos mais absurdos, e que, muitas vezes, se percebe que pelos meandros extraordinários do processo não se faz a justiça devida. As alterações serão de certa forma, significativas para o chamado juiz das garantias, que terá como função precípua a de monitorar o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do acusado na primeira fase da persecução penal. Sem prejuízo de também preservar o direito do Estado de investigar o fato e apurar a sua autoria, visando à devida aplicação da norma penal violada. Todas as funções jurisdicionais constitucionalmente válidas e relacionadas com a primeira fase da persecução penal devem ser exercidas por esse juiz das garantias, que não poderá participar do processo na fase do contraditório.

Assim, o Juiz das Garantias, que seria o responsável pelo acompanhamento dos inquéritos policiais e medidas propostas antes do oferecimento da denúncia, deve ser informado da abertura de qualquer inquérito policial e da prisão em flagrante, competindo-lhe zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença como cita o artigo 15:

“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:

¹⁰⁰ <http://www.oabuberlandia.org.br/oab10.qps/Ref/QUIS-7G4RXB>, Acesso em 17 de março de 2011.

- I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República;
- II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543;
- III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;
- IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial;
- V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;
- VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;¹⁰¹

Desse tópico, ainda merece destaque a regra contida no referido artigo, parágrafo único: “se o investigado estiver preso, será possível uma única prorrogação de 10 (dez) dias do prazo para conclusão do inquérito policial de 15 (quinze) dias sob pena de automática revogação da prisão.”

Art. 15.

(...)

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada.

A proposta prevê, ainda, a desburocratização por meio da aproximação entre Ministério Público e Polícia Judiciária. Pelo texto, passaria a ser direto o diálogo entre procuradores, promotores e a polícia, o que hoje ocorre por meio do juiz. O anteprojeto prevê também que apenas um recurso seja feito em cada instância do Judiciário, o que deverá limitar esse instrumento a apenas três recursos.

Percebe-se, então, a drástica redução dos dispositivos que versam a respeito deste instituto processual penal, o que torna o tratamento da matéria simples, no sentido positivo do termo. Entretanto, merecem críticas construtivas, é claro, alguns pontos do anteprojeto.

Das lições acima apresentadas, podemos extrair que cada um deverá ocupar seu lugar constitucionalmente demarcado, e o juiz não mais fará o papel da acusação, ou seja, buscando provas contra os acusados, e, mantendo a sua imparcialidade até a decisão final.

¹⁰¹ Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>. Acesso em: 17 de março de 2011.

Ao juiz do processo é vedado, no dizer do art. 4º do anteprojeto, a substituição do órgão de acusação em matéria probatória. Dita vedação é apresentada como decorrência do sistema acusatório de processo penal.

Em oposição ao ora visto, a iniciativa instrutória do juiz não recebe tratamento uniforme no moderno processo penal. Ora se concede ao magistrado um papel ativo, permitindo que possa, supletivamente, exercer iniciativa em sede probatória, ora se defere ao julgador papel passivo, incumbindo-se as partes de diligenciar acerca da prova.¹⁰²

Adiante, em relação às provas, estipula as seguintes normas gerais:¹⁰³

Art. 162. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º.

Art. 163. O juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes ou irrelevantes.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Art. 164. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.

Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.

Art. 165. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados.

§1º A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes.

§2º As declarações do co-autor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova que atestem sua credibilidade.

Segundo Eugênio Pacelli, limitada a iniciativa probatória do juiz ao esclarecimento de dúvidas surgidas a partir de provas produzidas pelas partes no processo – e não na fase de investigação – e ressalvada a possibilidade de produção *ex officio* daquela (prova) para demonstração da inocência do acusado e, sobretudo, com a possibilidade de participação do acusado e de seu defensor no ato de interrogatório, ainda há como se

¹⁰² http://www.direito2.com.br/cjf/2003/abr/25/jose_arnaldo_propoe_criacao_de_juizado_de_instrucao. Acesso em: 11 de novembro de 2010.

¹⁰³ http://www.direito2.com.br/cjf/2003/abr/25/jose_arnaldo_propoe_criacao_de_juizado_de_instrucao. Acesso em: 11 de novembro de 2010.

reconhecer e admitir um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional.¹⁰⁴

Quanto à aplicação da presunção de inocência, que no processo penal se identifica como *in dubio pro reo*, Marcos Alexandre Coelho Zilli sustenta que: “A acepção probatória da presunção de inocência que toca profundamente a temática da iniciativa instrutória, [...] o discurso doutrinário é unísono ao reconhecer como imperativa a absolvição na hipótese de persistência de dúvida na mente do julgador”.¹⁰⁵

O princípio do *in dubio pro reo* restringe a atuação do juiz na busca de provas, pois, prevalece o *pro societate*, no caso de haver dúvida na mente do julgador. Daí, quando houver esses casos, não poderá o juiz realizar um poder instrutório probatório indefinidamente, *ad eterno*, sendo obrigado a respeitar e aplicar o princípio do *in dubio pro reo*.

O sistema adotado, por conseguinte, preserva a inércia do juiz em sede probatória, estabelecendo ser ônus da parte a apresentação das provas. A ressalva inserta no parágrafo único do art. 162, permitindo ao magistrado “esclarecer dúvida sobre a prova produzida” não traduz uma autorização a que possa, livremente, produzir prova. É que permanece de pé a regra do art. 4º que, “como visto, impede o juiz suprir a atuação probatória do acusador.”¹⁰⁶

A interpretação sistemática das disposições constantes do anteprojeto indica que o julgador somente terá iniciativa em sede probatória, desde que surja dúvida fundada sobre alguma prova carreada aos autos pelos litigantes, devendo ter sempre presente de que não pode, sob qualquer pretexto, substituir o acusador.¹⁰⁷

Adotou o anteprojeto, em sede de poderes instrutórios do juiz, o *adversarial system*. Às partes confere-se a prerrogativa de apresentar provas, não podendo o magistrado

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed., BH: Del Rey, 2008. p. 14.

¹⁰⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. pp. 148-149.

¹⁰⁶ http://www.direito2.com.br/cjf/2003/abr/25/jose_arnaldo_propoe_criacao_de_juizado_de_instrucao. Acesso em: 11 de novembro de 2010.

¹⁰⁷ http://www.direito2.com.br/cjf/2003/abr/25/jose_arnaldo_propoe_criacao_de_juizado_de_instrucao. Acesso em: 11 de novembro de 2010.

remediar eventual omissão dos litigantes. Entendeu-se ser esta posição passiva a única compatível com o processo penal de estrutura acusatória. O modelo acusatório, entretanto, convive com ambos os sistemas conhecidos em direito acerca da participação do juiz em matéria de prova (*inquisitorial* e *adversarial system*). No "*inquisitorial system*" o juiz pode produzir provas de ofício. As provas, neste sistema, são produzidas pelas partes e, subsidiariamente, pelo juiz. No "*adversarial system*" o juiz não pode produzir provas de ofício. As provas, neste sistema, são produzidas somente pelas partes. Na verdade, conforme se teve ocasião de demonstrar, sequer constitui um pressuposto do sistema acusatório a inércia do magistrado em sede probatória.¹⁰⁸

Eis o significado de juiz de garantias e juizado de instrução.

- A) **Juiz de Garantias:** novidade prevista no anteprojeto do CPP, é o juiz que deliberará sobre questões surgidas na fase de investigação criminal (inquérito policial). Exemplos: decidir pedido de busca e apreensão; dizer sobre pedido de quebra de sigilo bancário. O juiz de garantias não funcionará na ação penal que acaso vier a ser ajuizada com base no citado inquérito policial.
- B) **Juizado de Instrução:** é o sistema no qual a investigação criminal é conduzida diretamente por um juiz, assim chamado juiz de instrução. A diferença com o modelo do anteprojeto é que neste a investigação criminal continua a cargo da autoridade policial ou do Ministério Público.

No mesmo sentido, a criação do juiz das garantias possibilitará que dois façam, no âmbito das suas competências obviamente, o trabalho agora reservado a um só. Para isso, há a necessidade de mais juízes, necessidade esta reclamada há muito tempo. O mais importante de tudo isso, é o juiz do processo não se contaminar pelas decisões cautelares, algo comum nos dias atuais e não porque eles queiram (salvo as exceções de sempre), mas porque são humanos.¹⁰⁹

O novo CPP tende a se tornar mais célere e se pode chegar a quem hoje não se chega porque o sistema conspira contra. É por isso que só se muda o sistema caso se mude o princípio unificador, o que significa, na medida do possível, delimitar os espaços de cada

¹⁰⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008. disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 17 de março de 2011.

¹⁰⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008. disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 17 de março de 2011.

juiz, tanto na fase pré-processual, como na fase processual, excluindo o juiz que vai julgar a lide da gestão da prova. Nesta esteira, o ainda sistema processual penal brasileiro é, indubitavelmente, inquisitório, porque seu princípio unificador é o inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz.¹¹⁰

No sistema acusatório, por outro lado, o juiz tem, primordialmente, a função de garante das regras do jogo, cabendo às partes apresentarem suas provas, lícitamente obtidas, razão por que é imprescindível a paridade de armas.

A nova proposta aponta para a superação da estrutura inquisitória e, para tanto, há de se dar cabo do inquérito policial, não para se introduzir o chamado juizado de instrução, pelo contrário, mas para dar-lhe uma feição de caráter acusatória, aproximando-se, ao máximo, da matriz acusatória - constitucional.¹¹¹

Firmemente, e como ocorre em qualquer alteração na organização judiciária, é certo que os tribunais irão desempenhar um papel de essencial importância na afirmação do juiz das garantias, principalmente no que se refere às regras de substituição nas pequenas comarcas. No entanto, os proveitos que certamente serão alcançados justificarão os esforços no alcance desse objetivo.

Diante do exposto, uma vez analisados os pontos correlacionados com a matéria proposta pela presente monografia, cuida-se agora da conclusão do estudo e propor a (in) constitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal (originado pela Lei nº 11.690/2008). Ratificando assim a impossibilidade absoluta do juiz em presidir uma investigação criminal, que vai de encontro com a Constituição Federal/88 e o sistema acusatório, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio.

¹¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008. disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 17 de março de 2011.

¹¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008. disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 17 de março de 2011.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 156 do CPP tendo por base a análise do texto constitucional, principalmente nos seus princípios e no sistema acusatório adotado pela constituição. Para se conseguir expor o acima citado, buscou-se definir e classificar os sistemas acusatório, inquisitório e misto, trazendo as características dos mesmos e a sua evolução com o passar dos tempos.

Quando se fala dos sistemas processuais penais, vê-se que estes são intimamente interligados com o modelo político de Estado, pois quanto mais o Estado se aproxima de um modelo voltado ao autoritarismo (ditadura, monarquia), mais distantes do cidadão ficam as suas garantias, aproximando-se, destarte, do sistema inquisitório. O contrário também é verdadeiro: quanto mais o Estado se aproxime à democracia e ao Direito, mais próximas estarão do cidadão as garantias constitucionais e, por conseguinte, mais próximo se está do modelo acusatório puro. Ou seja, mais próximo ficará do padrão que a constituição elegeu e que a mesma traz consigo, no que diz respeito aos direitos e garantias individuais.

A Constituição da República do Brasil adotou o Sistema Acusatório quando descreve em seu texto que o poder de acusar processualmente um indivíduo é tarefa privativa do membro do Ministério Público (artigo 129, I da CF/88). Além do que, afastou do juiz essa prerrogativa de atuar no processo na fase pré-processual. Outra evidência de que a Carta Magna adotou esta forma acusatória de processo, encontra-se no fato de que esta assegura as garantias da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência do acusado.

O sistema acusatório se caracteriza pela separação das funções de acusar e julgar, ou seja, atribuindo a órgãos distintos o desempenho de tais funções. Outra característica é a publicidade dos atos processuais, possibilitando o controle da jurisdição pela sociedade.

Já o sistema inquisitório, traz como principal característica a possibilidade de o juiz investigar e acusar ao mesmo tempo. O mesmo órgão estaria reunindo em si mesmo as funções que no outro modelo (acusatório) estariam separadas. As demais características desse sistema consistem na não publicação dos atos processuais, que são secretos, não

havendo oralidade no procedimento, e não existindo o direito ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que o acusado é mero objeto de investigação. Em sendo assim, não há compatibilidade com as garantias constitucionais como visto no sistema acusatório.

E por fim, no sistema misto prevalece como principal característica a ligação dos sistemas acusatório e inquisitório, sendo que, na fase de investigação – inquérito – não existe a publicidade, não há o contraditório e os atos são escritos, características do modelo inquisitivo. Quanto à segunda fase – processual – há o contraditório, a publicidade, a oralidade e, por sua vez, o acusado participa de todo o procedimento. Aqui há a predominância do Sistema acusatório.

Apesar de ainda haver discussões entre os doutrinadores acerca de qual sistema prevalece no ordenamento jurídico brasileiro, está claro que o escolhido e adotado pela constituição brasileira aponta para o sistema acusatório.

Entretanto, como ficou evidenciado, existem alguns dispositivos infraconstitucionais que agridem os direitos fundamentais do acusado, assim como demais garantias asseguradas pela Carta Magna, como foi a inserção do inciso I ao artigo 156 do CPP, objeto de estudo deste trabalho, que consagra o juiz instrutor-inquisidor, com poderes para, na fase de investigação preliminar, produzir prova de ofício e, valorando-as, decidir motivando sua decisão em provas que ele mesmo colheu.

Desarrazoado, vez que compromete de morte a imparcialidade do magistrado. Evidente que atribuirá relevância àquele trabalho que ele mesmo realizou. Não seria de fácil compreensão desmerecer seus próprios esforços.

Em sentido oposto, afeta de forma cruel a situação do investigado. Terá que se submeter ao julgamento perante um juiz que também é investigador.

O dispositivo acima citado aborda a produção de provas de ofício por parte do juiz e fere claramente o princípio da inércia do magistrado, além de retirar a sua imparcialidade, haja vista que o mesmo já decidiu sobre questões processuais antes mesmo do processo existir.

Em verdade, os argumentos ora demonstrados tem por escopo evidenciar que o juiz, quando age na fase de investigação, conforme lhe outorga o inciso I do artigo 156 do CPP, afasta-se da sua posição imparcial, deixando de ser juiz para atuar como parte que tem o poder de dizer a verdade. Ao atuar dessa forma, ele fere também o princípio da inocência (art. 5º, LVII, CF/88), visto que a transferência do ônus da prova para a acusação (art.129, I, CF/88) proíbe o juiz, que não é parte parcial na relação processual, de buscar a prova na fase preliminar ao processo.

Portanto, dar ao Juiz o poder de gestão da prova, tal como menciona e permite o artigo 156 do CPP e, principalmente em seu inciso I, entendo como inconstitucional, pois viola o princípio da presunção de inocência e o devido processo legal, cujos princípios são retirados da própria constituição e do sistema acusatório.

Eis a versão nova do artigo 156:

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. Nova redação pela lei n. 11.690/2008.

Eis a versão antiga do artigo 156:

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

Como se observa, boa parte da nova redação repete à anterior. O que aparece como sendo uma novidade é apenas o texto da redação do inciso I, eis que o inciso II é idêntico ao que já transcreve o artigo da antiga redação.

Assim, com o objetivo de resolver a questão, está prevista a criação, no anteprojeto do novo CPP, a figura do juiz de garantias.

Tal figura é a principal característica do anteprojeto do processo penal brasileiro – CPP - aprovado no Senado e hoje na câmara dos deputados, assegurando garantias constitucionais de forma clara, ora arranhadas pelo inciso I do artigo 156 do CPP ainda

vigente. O juiz de garantias não se resume apenas a esta figura que decide sobre medidas cautelares, mas sim e principalmente, a zelar e defender de forma enfática todas as garantias constitucionais do processo e são próprias do sistema acusatório propriamente dito. Ou seja, tais garantias serão vistas como fim e não como meio para o desenrolar do processo.

O juiz de garantias evita assim, que o magistrado que decidiu sobre as medidas solicitadas e a produção de prova na parte inquisitória que antecede o processo, não seja o mesmo que decidirá sobre a validade de tais provas, e tão pouco seja o mesmo que definirá a condenação do acusado com base no que foi pré-julgado na fase pré-processual.

O juiz de garantias veio então como uma forma de tentar combater a vinculação do magistrado à inquisição. Desta constatação retira-se a conclusão de que ainda existem dispositivos e personagens jurídicos vinculados ao sistema inquisitorial. O espírito do anteprojeto, é a adoção de um sistema que se proclame protetor das garantias, não apenas do acusado, mas de toda a sociedade.

Justificável e necessário, portanto, o estabelecimento de limites à atividade instrutória do juiz, no âmbito do processo penal, conformando-se com aquilo que a Constituição Federal apontou para esse ramo da ciência jurídica. Essa limitação visa não apenas a preservar-lhe a imparcialidade, mas, notadamente, por imperativo do sistema acusatório adotado pela Carta Magna.

É nesse sentido que vem sendo tomada luta doutrinária incessante nos últimos anos em busca da atuação de um direito processual penal pautado pela conformidade constitucional e pela exigência de concretização do sistema acusatório que essa conformidade exige. As mudanças são urgentes e não podem mais esperar, apesar de sabermos que não existe sistema puro. Porém, diante disso, devem ser atingidas eficácias que busquem evitar os excessos lesivos – e ilegais – das práticas punitivas inquisitoriais.

Espera – se que o Supremo Tribunal Federal, através do controle difuso, anule os atos inquisitoriais praticados, eventualmente, por juízes de primeiro grau, ou ainda que declare a inconstitucionalidade parcial do artigo 156 do CPP. Assim como já decidiu a respeito da inconstitucionalidade de norma que dá aos juízes o poder de participar da investigação no processo, quando julgou inconstitucional o art. 3º da Lei n. 9.034/1995, lei do

crime organizado, com a ADin nº 1570-2. Essa lei dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. O artigo 3º coloca o juiz na função de colher elementos necessários ao esclarecimento da verdade real, ainda na fase persecutória, ou seja, quando ainda não existe uma ação penal.

O sistema penal em um Estado Democrático de Direito deve ser um sistema de garantias, onde a resposta penal somente deve surgir a partir da aplicação de um modelo que exclua a arbitrariedade tanto no momento de elaboração da norma quanto no de sua aplicação. Sem dúvida, uma jurisdição como direito fundamental e estruturada em torno do sistema acusatório.

No mesmo molde de raciocínio segue o anteprojeto do Código de Processo Penal que menciona em sua exposição de motivos a rejeição ao inciso I do artigo 156. Tal rejeição é em relação à atividade investigativa do juiz que buscou preservar o distanciamento do julgador dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes.

Desarrazoado, registre-se, o espírito do inciso I do artigo 156 do CPP, haja vista que, mesmo após 20 anos de vigência da nova ordem constitucional, ainda se pretenda regredir no aspecto relacionado às garantias constitucionais do processo penal brasileiro.

O legislador ao elaborar as leis, deve ter em mente que estamos em um Estado Democrático e Constitucional de Direitos, e que não há mais espaço para pretensões injustas ou manifestamente contrárias a esta Constitucionalização do Direito.

Ressalte-se que o anteprojeto do novo Código de Processo Penal é de excelente qualidade e que se amolda aos legítimos anseios da sociedade contemporânea. Esperamos que este anteprojeto venha a ser convertido em lei, e que, finalmente, após diversas tentativas, possamos ter um bom Código Processual Penal. E por um lado, possa sepultar um sistema processual penal que se encontra caduco, desconectado da realidade presente e insensível aos valores fundamentais consagrados constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ANNA KARINA Lopes de Castro: *A (in) constitucionalidade do art. 156, I, do CPP.* dezembro de 2008. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22453> Acesso em 18 de abril de 2011.

AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. O novo art. 156 do Código de Processo Penal. Um museu com grandes novidades. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1960, 12 nov. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11955>. Acesso em: 18 abr. 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo.* Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008. disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 17 de março de 2011.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis.* 5ª ed., Ed. Imperius. Rio de Janeiro, 2008.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *O Poder Constituinte do Estado Membro.* São Paulo:RT, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte.* 3ª ed., Ed. Saraiva. São Paulo. 1999.

http://www.direito2.com.br/cjf/2003/abr/25/jose_arnaldo_propoe_criacao_de_juizado_de_inst_ruca. acesso em: 11 de novembro de 2010.

<http://www.oabuberlandia.org.br/oab10.qps/Ref/QUIS-7G4RXB>, Acesso em 17 de março de 2011.

http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf. acesso em: 15 de novembro de 2010.

http://www.senado.gov.br/atividade/material/detalhes.asp?p_cod_mate=9645, Acesso em: 17 de março de 2011.

http://www.senado.gov.br/atividade/material/detalhes.asp?p_cod_mate=9645, Acesso em: 17 de março de 2011.

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), disponível em: <http://www.ibccrim.com.br> . Acesso em 23 de outubro de 2010.

LAGO, Cristiano Álvares Valadares do. *Sistemas Processuais Penais*. Juiz de Fora, http://www.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_30005.pdf - acesso em 30 de março de 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional*. Vol. I. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8ª ed., Ed. Atlas. São Paulo, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23ª ed., Ed. Atlas. São Paulo, 2008.

MOREIRA FILHO, Agnaldo Simões. *Estudos Sobre Os Sistemas Processuais Penais*. Salvador, publicado em Nov. 2007. Disponível: <http://www.webartigos.com/articles/2667/1/Estudos-Sobre-Os-Sistemas-Processuais-Penais/pagina1.html#ixzz1If4dgZ5d>: Acesso em 05 de abril de 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado* . 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

O juiz pode produzir provas de ofício, conforme o novo texto do art. 156, I do CPP? Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.156. Acesso em 18 de abril de 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12ª ed.. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 1999.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 5ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2000.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 7ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 17ª ed., Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar. v. 8, n. 1, Jan/jun. 2005.

SCHNEIDER, Gabriela. *O Juiz das Garantias na reforma do CPP, uma análise frente ao sistema acusatório*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>, Acesso em 17 de março de 2011.

Superior Tribunal de Justiça, www.stj.jus.br/portal_stj/publicação: Acesso em 17 de março de 2011.

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