

THIAGO CHAGAS DA COSTA

**INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL
BRASILEIRO À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO**

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

Orientador: Prof. José Carlos Veloso Filho

**BRASÍLIA
2010**

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	10
1.1 Sistema inquisitivo	11
1.2 Sistema acusatório	13
1.2.1 <i>Adversarial e Inquisitorial System</i>	16
1.3 Sistema misto.....	20
1.4 Identificação do núcleo fundante	23
2 INICIATIVA INSTRUTÓRIA, PROVA E DEVIDO PROCESSO PENAL	27
2.1 Concepção de prova	27
2.2 Verdade e prova no processo.....	29
2.3 “Verdade” a Ser Buscada no Processo	32
2.4 Princípios relacionados.....	33
2.4.1 <i>Princípio da publicidade e sua função social</i>	34
2.4.2 <i>Princípio da igualdade</i>	36
2.4.3 <i>Princípio do juiz imparcial</i>	38
2.4.4 <i>Princípio do contraditório</i>	41
2.4.5 <i>Princípio da motivação das decisões ou da persecução racional</i>	44
2.4.6 <i>Princípio da vedação das provas ilícitas</i>	45
2.4.7 <i>Princípio da presunção de inocência e o in dubio pro reo</i>	46
3 INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	53
3.1 Sistema adotado pelo processo penal brasileiro e suas divergências.....	53
3.2 Eleição constitucional do sistema acusatório	61

3.3 Fundamento normativo à iniciativa instrutória do juiz e sua	
constitucionalidade	65
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	75

Agradeço, primeiramente, à Deus, motivo de minha existência e sobrevivência, meu fundamento e fonte de inspiração, cuja graça me capacita a vencer todos os obstáculos. Agradeço aos meus pais, Paulo e Eidi, por serem meu alicerce, fonte de amor e por me presentear com dois irmãos, André e Marcos, que me apóiam com tanto carinho e dedicação. Minha gratidão se estende também a todos aqueles que, pela amizade, se fazem presentes em minha vida, incentivando, compartilhando amor e experiências de vida.

RESUMO

Este trabalho de monografia tem por escopo analisar a divergência doutrinária em torno da iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro. Inicialmente, busca-se esclarecer os elementos característicos dos sistemas acusatório, inquisitório e misto, para que, a partir disso, seja possível alcançar o elemento essencial e diferenciador dos referidos sistemas. Neste momento também é apontando as formas *adversarial system* e *inquisitorial system* como desdobramentos do sistema acusatório, o que, juntamente com a descoberta do núcleo fundante, facilita a desmistificação da idéia de que a iniciativa instrutória do juiz é elemento constitutivo do sistema inquisitório, que, para alguns, isoladamente, tem como característica essencial a gestão da prova. A segunda parte do trabalho tem como objetivo explicar o conceito de prova, esclarecendo qual verdade deve ser buscada no processo, e elucidar a delimitação da iniciativa instrutória do juiz, que consiste na observância das garantias constitucionais penais, sempre analisadas por um ângulo publicista. Por último, objetiva-se apontar a divergência doutrinária quanto ao sistema processual adotado pelo Brasil, revelando ao final a eleição constitucional do sistema acusatório. Importa demonstrar ainda, a compatibilidade da iniciativa instrutória do juiz com o sistema acusatório e sua conseqüente constitucionalidade em razão da eleição constitucional desse sistema.

PALAVRAS-CHAVE: sistemas processuais penais, sistema acusatório, *adversarial system*, *inquisitorial system*, separação das funções, iniciativa instrutória do juiz, atividade supletiva, função publicista do processo, função social do direito processual, limitações, compatibilidade, constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto de estudo a análise da iniciativa instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz das características e princípios reitores do sistema acusatório. Sistema este que foi eleito pela Constituição Federal de 1988. Buscaremos responder se esta iniciativa do juiz é compatível com o sistema acusatório, ou se externa a necessária adoção do princípio inquisitivo, o que leva, conseqüentemente, a inconstitucionalidade da previsão legal do art. 209 e, sobretudo, do art. 156, ambos do Código de Processo Penal.

Atualmente, o fenômeno da globalização tem encontrado efeitos até mesmo sobre o mundo jurídico. Isso fica nítido com a crescente preocupação dos Estados em estabelecer ordenamentos jurídicos com características garantistas e democráticas, o que, no âmbito do processo penal, significa a eleição de um sistema acusatório.

Representando esse ideal globalizante e tentando estimular um profundo movimento de reformas em todos os países da comunidade hispano-luso-americana que, em grande parte, ainda estão atrelados ao processo penal inquisitório, Ada Pellegrini Grinover procurou elaborar um Código Modelo de Processo Penal Ibero-Americano.

Nessa obra, é nítida a implementação do sistema acusatório como modelo ideal de procedimento penal, pois nesse sistema, passando a entender melhor os direitos do indivíduo e da sociedade, o acusado deixa de ser apenas objeto de investigação e passa a ter os seus direitos e garantias observados pelo Estado. Atendendo, outrossim, a moderna publicização e função social do direito processual.

Contudo, essa globalização a que se fala, impulsionadora dos ordenamentos garantistas, deve ser analisada com toda cautela possível, pois com frequência inúmeras conceituações equivocadas são criadas. Tratando-se, às vezes, até mesmo de equívocos insanáveis.

Na justiça penal moderna, o problema crucial dos Estados submetidos ao império da lei, é a harmonização das garantias individuais do acusado com os modelos de investigação e busca da verdade, pois é preciso ter um procedimento suficientemente enérgico para evitar a impunidade dos criminosos e, por outro lado, bastante cauteloso para impedir a perseguição e condenação de inocentes.

Embora esse ideal de processamento penal seja difícil, senão impossível, de ser alcançado, devido às próprias limitações humanas, o que se deve atingir é um modelo mais próximo da equidade entre esses dois objetivos do direito penal, o da liberdade do indivíduo e o da proteção do corpo social frente aos crimes praticados.

Para dar solução a essa equação o processo penal pode assumir um procedimento inquisitivo, acusatório ou misto, porém, o último transparece ser o único capaz de democratizar e garantir a dignidade da pessoa humana no processo.

No direito brasileiro não tem sido diferente, a Constituição Federal de 1988, ao trazer um extenso rol de garantias fundamentais e ao consagrar em seu corpo o art. 129, concretizou a positivação desses ideais globalizantes e como consequência elegeu o sistema acusatório como sendo o sistema processual penal brasileiro. Isso também desencadeou numa obrigação de efetivar diversas reformas na legislação hierarquicamente inferior a Constituição.

No desenvolvimento do trabalho iremos ver que na doutrina nacional há divergência no tocante a delimitação daquilo que constitui o elemento diferenciador dos dois sistemas. Como assevera a maioria da doutrina, no sistema acusatório, a característica essencial, isto é, seu núcleo fundante, é a atribuição das funções de acusar, defender e julgar à órgãos distintos, enquanto no sistema inquisitório, essas funções estariam reunidas em um único órgão.

Esse conceito desconstitui a idéia da doutrina minoritária em dizer que o critério diferenciador dos sistemas é a gestão da prova, o que eleva a iniciativa instrutória do juiz a elemento constitutivo e caracterizador do sistema inquisitório.

Ao revés, justificando a opção pela corrente doutrinária que defende uma posição mais ativa do juiz na instrução do processo, se notará que a capacidade probatória do juiz é uma função apenas supletiva e complementar ao exercício das partes parciais, sendo utilizada somente quando o juiz vislumbra provas capazes de sanar dúvidas de pontos relevantes do caso concreto.

Assim, a separação das funções é mantida, não havendo de falar em supressão da função do Ministério Público, que continua sendo o único órgão capaz de exercer a pretensão punitiva do Estado e a elaboração da ação penal. Essa função supletiva e complementar do juiz constitui apenas uma forma de atender o princípio publicista e a função social do direito processual, não ferindo o padrão acusatório, a não ser que viole a separação das três funções, defesa, acusação e julgador.

No primeiro capítulo, busca-se apresentar todos os elementos característicos dos sistemas acusatório, inquisitório e misto, facilitando, assim, a identificação de seu núcleo fundante, ou seja, a característica essencial para a constituição de cada um dos sistemas. Essa

identificação, cuja discussão ainda é corrente na doutrina, também possibilita esclarecer qual é o elemento diferenciador de cada um dos sistemas.

O segundo capítulo trata da convivência entre a iniciativa instrutória do juiz e a concepção de prova e o devido processo penal. Nesse capítulo investiga-se qual é a verdade que deve ser buscada no processo e qual é o papel do juiz nessa busca. Deve ele ser inerte ou atuante? Se consistir em um papel ativo, quais são os seus limites?

O terceiro capítulo discute sobre o sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico interno, analisando-o sob o enfoque infra-legal e, sobretudo, constitucional. Notará que a discussão a respeito da eleição constitucional do sistema acusatório não é tão freqüente mais, todavia ainda se questiona muito a constitucionalidade de diversos dispositivos do Código de Processo Penal, que remota ao ano de 1941, cujo contexto político da época era o autoritarismo vivido durante a ditadura militar. Dentre esses dispositivos está o art. 156 que consagra a capacidade probatória do juiz no processo penal.

Com efeito, frente às diretrizes constitucionais e a uma análise sistemática do processo penal brasileiro, o problema a ser estudado é se existe ou não uma incompatibilidade entre a iniciativa instrutória do juiz e o sistema acusatório constitucionalmente eleito pela Constituição Federal de 1988.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Com o objetivo de concretizar na prática os preceitos e objetivos do direito material e processual penal, com a natural absolvição ou condenação do transgressor da lei, pode-se utilizar três diferentes sistemas do processo penal, sendo eles o inquisitivo, o acusatório e o misto. (NUCCI, 2008, p. 109)

E para melhor compreender esses sistemas, é de todo imprescindível que sejam dedicadas algumas considerações quanto à evolução histórica das formas pelas quais estruturou-se o modelo político-jurídico de resolução dos conflitos de interesses na esfera penal. (PRADO, 1999, p. 73)

Paulo Rangel ensina que os sistemas processuais penais são frutos do desenrolar histórico de cada Estado, podendo, entretanto, esse desenrolar histórico ensejar numa sociedade com garantias de liberdades individuais bem consolidadas, característico do Estado Democrático de Direito, ou em uma sociedade onde vigora um sistema de repressão a essas liberdades individuais, qualificando o autoritarismo ou totalitarismo. (RANGEL, 2003, p. 52)

Conforme preceitua Gustavo Badaró, nos Estados Democráticos de Direito predominam os sistemas acusatórios e, em contrapartida, nos Estados Autoritário e Totalitários prevalece o sistema inquisitivo. (BADARÓ, 2003, p. 107)

Por isso, Badaró afirma que a questão é muito mais política do que técnico-processual. Na verdade, a escolha do sistema processual decorre do próprio modelo de Estado que o instituiu e das relações deste Estado com os seus cidadãos. (BADARÓ, 2003, p. 106)

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. afirma que “os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época”. (LOPES JR., 2005, p.150)

Nota-se que “a história do processo penal é geralmente reconstruída como a história da alternância dos modelos acusatório e inquisitório, com destaque para o momento em que se buscou fundir ambos sistemas, criando um “sistema misto” por meio do Code d’instruction criminelle de 1808.” (BADARÓ, 2003, p.101)

Cronologicamente, em linhas gerais, o sistema acusatório predominou até meados do século XII, sendo posteriormente substituído, gradativamente, pelo modelo inquisitório que prevaleceu com plenitude até o final do século XVIII (em alguns países, até parte do século XIX), momento em que os movimentos sociais e políticos levaram a uma nova mudança de rumos. (LOPES JR., 2005, p. 151)

1.1 Sistema inquisitivo

O período em que prevaleceu o sistema inquisitivo (final do séc. XII até o final do séc. XVIII) ficou denominado como Idade das Trevas, pois sob a égide do absolutismo, o poder do rei era ilimitado e inexistia preocupação com o indivíduo como sujeito de direitos. (SOUZA NETO, 2003, p. 23/24)

O processo inquisitivo tem raízes na velha Roma. Na Idade Média, o sistema inquisitório passou a dominar toda ou quase toda a Europa Continental. Nasceu, na verdade, no seio da Igreja Católica, para evitar injustiças, mas os soberanos viram naquele tipo de processo, uma arma poderosa e, por isso, espalhou-se entre os tribunais seculares. Trata-se, sem dúvida, do

maior engenho jurídico que o mundo conheceu e conhece. Persistiu por mais de 700 anos, transformando-se num instrumento de opressão. (SOUZA NETO, 2003, p. 21)

O Estado posicionava o indivíduo, no que diz respeito ao Direito Penal e Processual Penal, apenas como objeto de investigação, valendo-se de meios cruéis e bárbaros para alcançar a provável “verdade dos fatos” e aplicar-lhes penas desproporcionais como resposta aos delitos praticados. (ANDRADE, 1997, p. 49)

Nesse período, como pregava Cesare Beccaria, havia um “código sem forma, produto monstruoso de séculos mais bárbaros (BECCARIA, 1983, p.7)

Quanto a isso, Vera Regina afirma que:

As penas, assentadas no duplo pilar da expiação moral e da intimidação coletiva, eram excessivamente arbitrárias e bárbaras, prodigando os castigos corporais e a pena de morte. Relativamente ao processo penal, todas estas características eram mais salientes. De caráter inquisitivo, era rigorosamente secreto, ignorado as mais elementares garantias dos direitos de defesa. A tirania da investigação da verdade a qualquer preço conduzia ao sistema de provas legais, à obrigação do acusado de prestar juramento e à obtenção por qualquer meio da confissão, considerada a rainha das provas. (ANDRADE, 1997, p.49) [grifo nosso]

Dentre essas características, é importante salientar ainda o caráter ostensivo das penas, cujo objetivo era reforçar o poder do príncipe e causar temor aos súditos de forma que eles não viessem incidir nos mesmos erros dos delinquentes.

Nesse contexto, para assegurar e fortalecer o poder do rei, materializou-se o sistema inquisitivo que se estabeleceu tendo como característica principal a concentração de todas as atividades de acusar, defender e julgar na figura única do juiz inquisidor (representante do rei). (TOURINHO FILHO, 2002, p. 81)

No sistema inquisitivo, o juiz tem a titularidade da ação penal, bem como capacidade probatória ex-officio, e não há presença de garantias de um legítimo Estado de Direito, como as garantias do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da publicidade etc. (BADARÓ, 2003, p. 104/105)

Garcia-Velascos assinalou os traços básicos do processo inquisitivo, da seguinte forma:

a) concentração das três funções, acusadora, defensora e julgadora, em mãos de uma só pessoa; b) sigilação; c) ausência de contraditório; d) procedimento escrito; e) os Juízes eram permanentes e irrecusáveis; f) as provas eram apreciadas de acordo com umas curiosas regras, mais aritméticas que processuais; g) a confissão era elemento suficiente para a condenação; h) admitia-se apelação contra a sentença. (Apud. TOURINHO FILHO, 2002, p. 89)

Verifica-se, portanto, que o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que um sujeito de direitos. (TÁVORA & ANTONNI, 2009, p. 38)

1.2 Sistema acusatório

Como salientado, o sistema acusatório começou a tomar lugar novamente a partir do final do século XVIII, período no qual, no bojo do iluminismo, se iniciou o desenrolar do vigoroso movimento europeu de reforma penal que buscava estabelecer as bases fundacionais do moderno Direito Penal e Processual Penal. Tentava restabelecer, assim, as liberdades individuais e a segurança jurídica que foram completamente suprimidas pelo Antigo Regime. (ANDRADE, 1997, p. 49)

Nesse sentido, Vera Regina, fazendo referência à obra que melhor representou o movimento europeu de reforma penal - “Dos delitos e das penas” de Beccaria (1764),

esclareceu que essa obra orientou-se pela exigência de segurança individual contra a arbitrariedade do Príncipe (poder punitivo), e sua preocupação central é a instauração de um regime estrito de legalidade (Penal e Processual Penal) que evite toda incerteza do poder punitivo, ao mesmo tempo em que promova a sua humanização e instrumentalização utilitária. (ANDRADE, 1997, p. 49/50)

Dessa forma, ao estabelecer o regime estrito de legalidade, bem como a separação de poderes pregada por Montesquieu, passou-se a delimitar o poder punitivo do Estado com vistas à segurança jurídica da sociedade. (ANDRADE, 1997, p. 50)

Então, o sistema acusatório passa novamente a encontrar espaço no território processual penal tendo como característica fundamental a separação das funções de acusar, defender e julgar, que são distribuídas a pessoas ou órgãos distintos, com o intuito de garantir a imparcialidade do julgador. (BADARÓ, 2003, p. 108)

Diferentemente do inquisitório, o sistema acusatório se caracteriza por sua essencial preocupação com os direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito, como as garantia constitucionais da publicidade, da oralidade, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da presunção de inocência, dentre outras. (BADARÓ, 2003, p. 171)

Nessa linha de raciocínio Aury Lopes Júnior elenca, na atualidade, as seguintes características do sistema acusatório: a) funções de acusar e julgar são distintas; b) iniciativa probatória atribuída às partes; c) juiz como terceiro imparcial; d) “tratamento igualitário das partes”; e) “procedimento em regra oral”; f) publicidade; g) contraditório e ampla defesa; h)

ausência de tarifa probatória; i) livre convencimento motivado; j) coisa julgada; l) duplo grau de jurisdição”. (LOPES JR., 2005, p.154)

Tal afirmativa, no entanto, deve ser analisada com cautela, haja vista que algumas dessas características, desde que não façam parte de suas características essenciais, podem ser suprimidas sem necessariamente descaracterizar o sistema.

Esse, inclusive, é o entendimento de Mauro Fonseca Andrade que leciona que ao lado dos elementos fundamentais, os sistemas processuais penais possuem outros elementos *secundários* ou *não-essenciais*, destinados somente a permitir mobilidade e funcionamento dos sistemas processuais penais, não participando do *núcleo duro*, ou da *identidade* dos sistemas, de tal sorte que poderão estar presentes nos três sistemas sem que isso os descaracterize. Isso será melhor analisado no tópico 1.4 que diz respeito a identificação do núcleo fundante. (FONSECA ANDRADE, 2008, p. 35)

Nesse mesmo sentido, Salo de Carvalho sustenta que:

a característica dos sistemas, como a dos paradigmas (Khun) e dos tipos ideais (Weber), é sua identificação a partir de alguns rígidos princípios unificadores. Deles apenas se aproximam as tendências opostas, sendo impossível fusão sistemática ou paradigmática. Assim, um modelo jurídico é garantista ou antigarantista. O sistema processual é acusatório ou inquisitório. Claro que podemos ter, no interior de um modelo normativo garantista (acusatório), práticas ou alguns institutos ou regras antigarantistas (inquisitoriais). Todavia, estas não descaracterizam a matriz original; cremos inclusive que a reforçam. (CARVALHO, 2002, p. 493)

Outro aspecto a ser analisado, no sistema acusatório, é a não possibilidade de um dos agentes usurpar a função inerente ao outro, cabendo destacar, assim, que os elementos probatórios colhidos na fase pré-processual, servem tão-somente para a formação do

convencimento do órgão acusador, não podendo fazer parte do processo nem podendo ser utilizado como provas, exceto quando se tratar de produção de provas antecipadas consideradas urgentes e relevantes, ou quando a determinação de diligências tiver como finalidade dirimir dúvida sobre ponto relevante, nos termos do CPP, art. 156, incisos I e II. (GRINOVER, 1999, p. 314)

Além disso, o início do processo e da prestação jurisdicional depende de peça acusatória elaborada por pessoa ou órgão diverso do juiz, sendo que daí em diante o andamento do processo deverá se dar sob o crivo do contraditório. (GRINOVER, 1999, p. 03/04)¹

No que tange a titularidade da ação penal referida acima, assevera Tourinho

Filho:

A acusação, nos crimes de ação pública, está a cargo do Ministério Público. Excepcionalmente, nos delitos de ação privada, comete-se à própria vítima o *jus persecuendi in judicio*. Pode, também, a vítima, nos crimes de ação pública, exercer a acusação, se, porventura, o órgão do Ministério Público não intentar a ação penal no prazo previsto em lei. (TOURINHO FILHO, 2002, p. 90)

Por último, é necessário destacar que o sistema acusatório pode adotar duas formas distintas, o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*. (GRINOVER, 1999, p. 04)

1.2.1 Adversarial e Inquisitorial System

A dicotomia inquisitorial e ‘adversarial’, largamente difundida entre os membros da família anglo-saxônica, leva em consideração, como critério distintivo, a

¹ Nesse sentido esclarece a autora: “decorrem desse conceito sintético (de sistema acusatório) diversos corolários: a) os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorizado como provas (salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita ao contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz; c) todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural”.

preponderante atuação do juiz no desenvolvimento da marcha do processo penal. (ZILLI, 2003, p. 42)

O *adversarial system* se caracteriza por ser um processo de partes, onde a atividade probatória é deferida a elas de forma exclusiva, devendo o juiz preservar uma posição passiva, agindo tão-somente como um árbitro em posição neutra entre as partes. Já no *inquisitorial system* o juiz tem papel de destaque, pois, com amplos poderes, lhe compete a condução do processo, podendo, inclusive, determinar a produção de provas de ofício. (BADARÓ, 2003, p. 127/129 e 135)

Nesse sentido, Ada Pellegrine conceitua-os da seguinte maneira: “denomina-se *adversarial system* o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. No *inquisitorial system*, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz, podendo se traduzir este por *processo de desenvolvimento oficial*”. (GRINOVER, 1999, p. 4)

No *adversarial system* compete às partes a produção de provas, não tendo o juiz, em regra, iniciativa probatória. Conseqüentemente, se as provas produzidas não forem suficientes, o juiz não determinará a produção de nenhuma outra prova (BADARÓ, 2003, p. 128). Pouco importando, assim, a qualidade das provas produzidas ou quão mais próximas elas estão da verdade dos fatos, pois quem triunfa é “a parte mais hábil ou mais esperta, não necessariamente a parte que tem o direito”. (BADARÓ, 2003, p. 131)

Com relação ao *inquisitorial system*, é importante retomar algumas considerações quanto ao sistema inquisitório, para assim não confundi-los e tomá-los como sinônimos. (TUCCI, 2004, p. 44/45)

Gustavo Badaró ensina que a expressão processo inquisitório pode ser entendida em um duplo sentido, vejamos:

Um primeiro significado, voltado principalmente para as origens históricas de tal sistema, seu conteúdo se identifica com um processo no qual não há separação entre as funções de julgar, acusar e defender, que são todas exercidas por uma mesma pessoa, o inquisidor. Neste sentido, o processo inquisitório se opõe ao processo acusatório, em que funções de julgar, acusar e defender são confiadas a sujeitos distintos. Numa segunda acepção, a expressa processo inquisitivo pode ser entendida como antônimo de processo “dispositivo”, que neste caso é identificado, principalmente, com o monopólio das partes quanto à iniciativa probatória, com a conseqüente ausência de poderes do juiz em determinar a produção de provas *ex officio*. Somente neste último significado, o *inquisitorial system* pode ser identificado com o “processo inquisitório”. Isto é, um processo no qual o juiz possui poderes instrutórios, sendo-lhe dado produzir provas de ofício, independentemente da iniciativa das partes, mas não é um inquisidor. (BADARÓ, 2003, p. 135)

Portanto, para Badaró, o significado de *inquisitorial system* se aproxima somente da segunda acepção de sistema inquisitório, que diz respeito à capacidade probatória do juiz no processo penal. Contudo, segundo ele, apenas essa acepção não transforma o juiz em um inquisidor, pois além da capacidade probatória, este possui alguns poderes indispensáveis ao sistema inquisitivo, como as funções de acusar, defender e julgar.

Assim, um juiz que tem iniciativa instrutória, não é necessariamente um juiz inquisidor, porque, para assim o ser, ele deve deter, indispensavelmente, todas as outras funções contidas no já mencionado núcleo duro do sistema.

É importante observar que tanto no *adversarial system*, como no *inquisitorial system*, a característica central do sistema acusatório (funções de julgar, acusar e defender distribuídas a órgãos distintos) permanecem, variando somente algumas características não essenciais (secundárias) para a caracterização do sistema.

Destarte, Ada Pellegrini explica que o conceito de processo acusatório e de processo de partes (no sentido de acusação e a defesa serem sujeitos da relação jurídica processual, juntamente com o juiz) nada tem a ver com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal. A autora diz que o que tem a ver com o poder instrutório do juiz no processo penal são os presentes *adversarial system* e *inquisitorial system*, formas que o sistema acusatório pode adotar. (GRINOVER, vol. 347 – 1999, p. 04)

Partindo desse pressuposto, desde logo, pode-se desfazer alguns equívocos que são criados acerca do conceito de sistema acusatório e sua relação com a iniciativa instrutória do juiz, tendo em vista que muitos doutrinadores defendem as teses de que o juiz jamais poderá ter poderes instrutórios no processo acusatório, sob pena de ferir o próprio conceito desse sistema.

Ora, se o sistema acusatório pode ser dividido em *adversarial system* ou *inquisitorial system*, sendo que esse último permite a iniciativa instrutória do juiz, não é possível combater tal capacidade concedida ao juiz com base no conceito de sistema acusatório, como sendo tão-somente um processo de partes.

Assim, existindo duas espécies cujo sistema acusatório pode adotar e, sendo que uma delas permite a iniciativa instrutória do juiz, não há que se falar em agressão ao conceito de sistema acusatório.

Por isso, Gustavo Badaró diz que “é preciso reconhecer que o modelo acusatório não é unívoco ou universal. Assim, cada país adota um determinado processo acusatório, agregando aos seus elementos essenciais as peculiaridades e as características próprias, necessárias para adaptá-lo a sua realidade.” (BADARÓ, 2003, p. 108)

Todavia, como o sistema acusatório é sinônimo de garantismo e defesa a liberdade do imputado e o sistema inquisitório tem conotação negativa por suprimir os direitos individuais para garantir a força do Príncipe, reforçando o *jus puniendi* do Estado, é obvio que a maioria dos Estados têm feito reformas no sentido de adotar o sistema acusatório. Porém, como dito, essa adaptação é realizada na medida de sua adequação com a realidade social que o compreende. (BADARÓ, 2003, p. 108)

É a partir dessa adequação, inclusive, que se iniciam as discussões para escolha por uma das duas formas, quais sejam, *adversarial system* ou *inquisitorial system*.

1.3 Sistema misto

Como dito introdutoriamente, o sistema processual penal misto, ou sistema acusatório formal, foi consagrado com o Code d’Instruction Criminale de 1808 – o Código de Instrução Criminal francês de 1808, concebido sob o Império de Napoleão Bonaparte -, embora as primeiras regras desse processo tivessem sido introduzidas com as reformas da Ordenança Criminal de Luiz XIX (1830). (MIRABETE, 2004, p. 44)

Esse sistema nasce a partir da renovação intelectual que permeou o século XVIII, fruto dos postulados de valorização do homem propagados pelo iluminismo, que trouxe consigo severas críticas ao modelo processual penal até então predominante, notadamente em

face da desumanidade do procedimento utilizado, culminando, em 1789, na eclosão da Revolução Francesa. (THUMS, 2006, p. 210)

Assim, esclarece Guilherme de Souza Nucci: “surgido após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores (acusatório e inquisitório), caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório. (NUCCI, 2008, pgs. 109/110)

Num primeiro estágio, há procedimento secreto, escrito e sem contraditório, enquanto, no segundo, presente se fazem a oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas. (NUCCI, 2008, p. 110)

É importante, contudo, notar que no desenrolar da persecução penal, há o concurso de juízes diversos, vale dizer, um é o juiz de instrução (aquele que apura a notícia da prática de um ilícito penal) e outro é o juiz da ação (aquele que conduzirá eventual ação penal e se manifestará sobre o mérito da acusação). (BASTOS, 2009, Aula 13)

O processo de tipo misto, tal como surgira, e que, atualmente, à semelhança do que ocorre na França, domina várias legislações da Europa e até mesmo da América Latina. Exemplo disso é o Código de Enjuiciamiento Criminal da Venezuela. (TOURINHO FILHO, 2002, p. 90)

Ainda que considerado um avanço ao seu antecessor (sistema inquisitivo), o sistema misto tem sido alvo de inúmeras críticas doutrinárias no que diz respeito, principalmente, à impossibilidade de classificação de tal estrutura como um verdadeiro sistema, tendo em vista que “atualmente não existem mais sistemas acusatório ou inquisitórios puros”. “Ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais”. (BADARÓ, 2003, p. 103)

Nesse mesmo sentido, Aury Lopes Jr. acentua que “afirmar que o ‘sistema é misto’ é absolutamente insuficiente porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos”, razão pela qual se faz necessário “identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório”. (LOPES JR., 2005, p. 151)

Assim, é relevante destacar os dizeres de Jacinto Coutinho: “ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (secundários), que de um sistema são emprestados ao outro” (COUTINHO, 2001, p. 26)

Reconhecida a inexistência de “sistemas puros” na atualidade, bem como a inviabilidade de configuração de um princípio misto, calha analisar os princípios informadores dos sistemas acusatório e inquisitório, a fim de identificar o seu núcleo fundante, o que é de suma relevância para a análise da atuação instrutória do juiz no processo penal. (LOPES JR., 2005, p. 163/164)

1.4 Identificação do núcleo fundante

Embora os elementos característicos dos sistemas processuais penais são praticamente assentes na doutrina nacional e estrangeira, não se pode dizer o mesmo da identificação de seu núcleo fundante, que se apresenta por muito espinhoso, devido a infundável controvérsia no que tange a delimitação de seu alcance.

Através de um estudo minucioso da matéria foi possível observar que a minoria da doutrina sustenta que o núcleo fundante dos sistemas é o critério da gestão de provas, ao passo que a maioria da doutrina entende que a essência dos sistemas processuais penais está na existência ou não da separação das funções de acusar, defender e julgar.

Aqueles que se filiam à primeira posição doutrinária entendem que o fundamental não é constatar que não basta a mera separação inicial das atividades de acusar e julgar para se configurar o sistema acusatório. Eles entendem, efetivamente, que é a gestão da prova que se afigura o núcleo fundante dos sistemas processuais, levando em consideração que a principal finalidade do processo é permitir “a reconstituição de um fato pretérito (o crime) mormente através da instrução probatória”. (COUTINHO, 2001, p. 28)

Assim, no sistema acusatório, “considerando que a *gestão da prova* está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto”, sendo que de outro lado, o sistema inquisitório “tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador”, sendo informado pelo *princípio inquisitivo*. (COUTINHO, 2001, p. 28)

Aury Lpes Jr. chega a dizer que a separação de atividades é um “elemento acessório” e que sendo a gestão de provas “o núcleo fundante”, o sistema brasileiro é “claramente inquisitório na sua essência, ainda que com alguns ‘acessórios’ que normalmente ajudam a vestir o sistema acusatório (mas que por si só não o transforma em acusatório)”. (LOPES JR., 2005, p. 168/169)

O autor assevera ainda que “nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156 do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que **funda um sistema inquisitório**, pois representa um quebra da igualdade, do contraditório, da própria dialética do processo”. (LOPES JR., 2005, p. 170) [grifo do autor]

Todavia, como assinalado por Marcos Alexandre Coelho Zilli, essa é uma concepção equivocada. O autor explica que “uma globalização jurídica exige cautelas redobradas”, o que, “lamentavelmente, não têm sido adotadas” em nossa doutrina pátria, dando “margem a equívocos, não só terminológicos, mas especialmente na obtenção de conclusões distorcidas, razão pela qual não raro é assinalado que a maior ou menor, senão inexistente, iniciativa instrutória do juiz repousaria na distinção entre sistemas acusatórios e inquisitórios”. (ZILLI, 2003, p. 25)

Segundo este autor, esse equivoco é fruto, como já destrinchado no tópico 1.2.1, “de confusão largamente difundida entre os termos processo acusatório e processo inquisitório, de um lado, e processo inquisitorial e ‘adversarial’, de outro, os quais são tratados como se expressões equivalentes fossem, hábeis a ponto de gerar classificações fundadas na existência ou não de uma iniciativa instrutória do juiz no processo penal”. (ZILLI, 2003, p. 25)

Zilli continua sua fala dizendo que “há certo consenso de que no modelo acusatório, as funções processuais de acusar, defender e julgar estariam atribuídas a órgãos distintos, enquanto no inquisitório, seriam reunidas em um único órgão, comumente qualificado de inquisidor, que procederia de forma espontânea”. (ZILLI, 2003, p. 25)

Por isso, assim como Marcos Zilli, filiando-se a segunda corrente, Gustavo Badaró afirma que “a característica insuprimível do modelo acusatório, sua *conditio sine qua non*, é a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender”. (BADARÓ, 2003, p. 108)

Sendo esse também o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, que com o objetivo de dirimir qualquer dúvida a respeito do binômio “acusatório-inquisitório”, esclarece que:

a ambigüidade e indeterminação do binômio ‘acusatório-inquisitório’ são conhecidas, sendo polivalente seu sentido. Por isso nos preocupamos, em diversos escritos, em salientar aquilo que distingue, sistematicamente, o modelo acusatório e inquisitório. No primeiro, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto no segundo as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente. (GRINOVER, 1999, p. 03)²

Ada Pellegrini leciona ainda que o processo acusatório não se caracteriza, fundamentalmente, pela capacidade instrutória do juiz no processo penal, pois, na sua opinião, tal capacidade diz respeito ao “denominado *adversarial system*, próprio do sistema anglo-saxão, em contraposição ao *inquisitorial system*, da Europa continental e dos países por ela influenciados”. (GRINOVER, 1999, p. 04)

² Este também é o posicionamento de Geraldo Prado que, ao diferenciar o sistema acusatório do princípio acusatório, explica que este último é “o núcleo básico de um tipo característico de processo, isto é, aquele alicerçado na idéia da divisão, entre três diferentes sujeitos, das tarefas de acusar, defender e julgar”. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 114.

Assim como defendido por Zilli, a doutrinadora explica que o fato de alguns teóricos associarem sistema acusatório à ausência de poderes de investigação do juiz decorreria da confusão entre os termos *acusatório-inquisitório*, de um lado, e *adversarial-inquisitorial*, de outro, aduzindo que “um sistema acusatório pode adotar o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*, expressão que se poderia traduzir por ‘processo de desenvolvimento oficial’. Ou seja, firme estando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial”. (GRINOVER, 1999, p. 04)

Destarte, “a se admitir tais premissas como verdadeiras, não haveria qualquer incompatibilidade no estabelecimento de poderes instrutórios ao juiz em uma forma processual penal que se adequasse ao padrão acusatório, desde que as atividades de acusar e julgar permanecessem em mãos distintas”. Muito embora acreditemos que tais poderes concedidos ao juiz devem ser limitados, como será melhor explanado futuramente nesse trabalho. (ZILLI, 2003, p. 26)

2 INICIATIVA INSTRUTÓRIA, PROVA E DEVIDO PROCESSO PENAL

2.1 Concepção de prova

A versão dos fatos alegados pelas partes é verificada mediante uma operação cujos instrumentos são as provas (CORDEIRO, 1971, p. 606). E as provas, segundo conceito de Enchandía, disposto na obra de Gustavo Badaró “é todo motivo ou razão levado ao processo pelos meios e procedimentos aceitos pela lei, para levar ao juiz o convencimento ou a certeza sobre os fatos”. (Apud, ECHANDÍA, 1972, p. 34)

Guilherme de Souza Nucci leciona que:

há, fundamentalmente, três sentidos para o termo *prova*: a) *ato de provar*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo; b) *meio*: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo; c) *resultado da ação de provar*: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. (NUCCI, 2008, p. 375)

No mesmo diapasão, Gustavo Badaró explica que no primeiro sentido “a prova se identifica com a atividade probatória, isto é, com a produção dos meios e atos praticados no processo visando a convencer o juiz sobre a veracidade ou falsidade de uma alegação sobre um fato. Nesse sentido fala-se que a prova da alegação incube a quem a fizer (CPP, art. 156).” (BADARÓ, 2003, p. 158)

Já a segunda acepção é a identificação da “prova com o meio de prova em si mesmo”, e o terceiro sentido, “é o resultado da atividade probatória. É a convicção sobre os fatos alegados em juízo”. (BADARÓ, 2003, p. 158/159)

Relevante são as palavras de Gustavo Badaró a respeito do assunto:

o objeto da prova é sempre a *alegação de um fato* e não o *fato em si* mesmo. Os fatos em si mesmos, são acontecimentos que têm existência no mundo real. O fato ocorreu ou não, existe ou não, não comportando adjetivações ou valorações. Aquilo que existe na realidade não pode ser verdadeiro ou falso; simplesmente existe. Verdadeiros ou falsos só podem ser nossos conhecimentos, nossas percepções, nossas opiniões, nossos conceitos ou nossos juízos a respeito de um objeto. Em consequência, o objeto da prova não é o próprio fato. O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamentos da acusação e da defesa. O que pode ser verdadeiro ou falso, verídico ou inverídico, ou probado, são as alegações sobre o fato. (BADARÓ, 2003, p. 159/160)

Por isso, na doutrina processual penal o conceito de prova freqüentemente aparece acompanhado dos termos *verdade, certeza e convencimento*, pois, afinal de contas, “a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso” (NUCCI, 2008, p. 375). E segundo Malatesta, a verdade nada mais é do que “a conformidade da noção ideológica com a realidade, enquanto a *certeza* é a crença nessa conformidade, provocando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, ainda que essa crença não corresponda à verdade objetiva”. (Apud. NUCCI, 2008, p 375)

Por tal motivo Badaró explica que as várias discussões jurídicas sobre a prova não está limitada ao direito processual nem ao mundo jurídico. A noção de prova está presente em outros campos, como a lógica, a epistemologia e a psicologia. (BADARÓ, 2003, p. 19)

Portanto, na maioria dos casos, o resultado da prova é um fator imprescindível para a conclusão última do processo, haja vista que sem uma demonstração suficiente e segura dos fatos não é possível alcançar um convencimento mais próximo da certeza dos fatos. (GRINOVER, 1999, p. 05)

2.2 Verdade e prova no processo

A maioria da doutrina aponta o processo como um instrumento que possibilita o juiz conhecer a verdade sobre os fatos, enquanto a parte minoritária, ora entende que a verdade é irrelevante para a decisão processual, ora nega completamente a possibilidade de o processo atingir a verdade. (BADARÓ, 2003, p. 20)

O fundamento para aqueles que negam a impossibilidade absoluta de descoberta da verdade, é dizer que todo processo deverá “ser decidido com base nas regras sobre o ônus da prova”. Já para aqueles que entendem que a verdade é irrelevante para a decisão processual encontram fundamento “não na impossibilidade de conhecimento verdadeiro, mas no próprio escopo do processo”, porque “ao se conceber o processo essencialmente como um instrumento de resolução de conflitos que assumam a forma de controvérsia jurídica entre as partes, a finalidade da descoberta da verdade torna-se desnecessária”. (BADARÓ, 2003, p. 21/22)

Essa última postura “seria um reflexo típico dos processos civis que, fundados em uma valorização exacerbada da liberdade, da autonomia e da iniciativa individual das partes, adotam um princípio dispositivo, no qual o juiz fica vinculado às provas produzidas pelas partes e aos fatos por elas alegados”. (BADARÓ, 2003, p. 22)

Acontece que isso não se torna suficiente, pois o processo não é um jogo, no qual vence o mais poderoso ou o mais astucioso, mas sim um instrumento de justiça, cujo fim é encontrar o verdadeiro titular do direito, o que “não é garantido pelo *adversarial system*, em que a plena disponibilidade das provas pelas partes é reflexo de um superado liberal-individualismo, que não mais satisfaz à sociedade”. (GRINOVER, 1999, p. 05/06).

Posto isso, se descobre o motivo pelo qual ainda é ensinada nos bancos acadêmicos a distinção entre a *verdade material* ou *real* e a *verdade formal*, entendendo a primeira típica do processo penal e a segunda própria do processo civil.

Tal teoria é defendida, entre outros, por Tourinho Filho, para quem, nas causas cíveis, o juiz deve tomar por satisfeito com a verdade formal ou convencional que surja das revelações trazidas pelas partes, circunscrevendo suas indagações aos fatos debatidos nos autos, ao passo que, no processo penal, o magistrado tem a obrigação de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração penal e em que condições a perpetrou, sempre objetivando a melhor justiça. (TOURINHO, 2002, p. 37)

Todavia, não é necessário grande esforço de raciocínio para compreender que a prova processual, cujo objetivo é reconstruir um determinado fato histórico, não é hábil a revelar a verdade real dos acontecimentos, levando em conta que, em todos os fatos “que dependem do domínio da verdade histórica, jamais se deixa atingir a verdade absoluta”. (MITTERMAIER, 1997, p. 66)

No mesmo sentido, Luigi Ferrajoli sustenta que “a verdade ‘certa’, ‘objetiva’ ou ‘absoluta’ representa sempre a expressão de um ideal inalcançável”, deduzindo que a idéia “de que se pode conseguir e asseverar uma verdade objetiva ou absolutamente certa é, na realidade, uma ingenuidade epistemológica”. (FERRAJOLI, 2002, p. 42.)

Marcos Zilli salienta que “a obtenção da ‘verdade plena’ configura, pois, um mito que não se sustenta diante da realidade imposta pela obediência aos métodos de acerto regrados por um Estado de Direito”. (ZILLI, 2003, p. 114)

Entretanto, ainda que se aceite a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade. “Tal renúncia significaria abdicar de uma decisão justa, reduzindo o processo a um método de resolução de conflitos de partes”. (BADARÓ, 2003, p. 24/25)

É por esses motivos que é comum o discurso comparativo entre a atividade desempenhada pelo juiz e pelo historiador, porquanto ambos seriam chamados a examinar e estudar fatos pretéritos com vistas ao acerto da verdade (ZILLI, 2003, p. 113). Diria uma verdade relativa, pois, “por ter que trabalhar com uma reconstrução histórica, o juiz – assim como o historiador – jamais terá certeza de a alegação sobre o determinado fato é verdadeira ou falsa” (BADARÓ, 2003, p. 30/31).

Muito embora seja aceitável a idéia de que é impossível chegar à certeza absoluta do fato, por ser o conhecimento humano, por natureza e definição, incompleto, o que deve ser buscado no processo é a maior ou menor aproximação da certeza dos fatos (certeza possível) e não conceito absoluto de verdade e certeza que são dificilmente atingíveis. (BADARÓ, 2003, p. 30/31)

Por isso, para Badaró, “as expressões verdade material e verdade formal serviriam, no máximo, para distinguir graus distintos de aproximação daquela ‘verdade absoluta’ e inatingível”, tendo em vista que “o conceito de verdade é uno, não comportando adjetivações”. Portanto, não é mais possível conceber a dicotomia entre verdade real e verdade formal, pois a “verdade” que se buscará no processo é uma só. (BADARÓ, 2003, p. 34)

2.3 “Verdade” a Ser Buscada no Processo

Não adianta apenas afirmar que, “no processo, civil ou penal, a verdade sobre a afirmação de um fato, assim como a certeza de sua ocorrência, é inatingível em termos absolutos”, pois se mostra imprescindível determinar qual “a ‘*certeza*’ – na realidade um sucedâneo de certeza - que se exige do juiz, para que se possa condenar ou absolver o acusado”. (BADARÓ, 2003, p. 36)

Ada Pellegrini, seguindo a mesma linha de raciocínio, ensina que “no processo, penal ou civil que seja, o juiz só pode buscar uma verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza”. (GRINOVER, 1999, p. 07)

Assim sendo, a autora instrui que:

o princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida. Isso para os dois tipos de processo, penal ou não penal. E ainda, agora exclusivamente para o processo penal tradicional, indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade de o juiz aplicar a norma de direito material aos fatos realmente ocorridos, para poder pacificar com justiça. (GRINOVER, 1999, p. 07/08)

Trata-se de uma tendência em tornar os princípios da busca da verdade real e da verdade formal relativos, assim como defendido por Gustavo Badaró: “a impossibilidade de atingir uma verdade absoluta não significa a impossibilidade de um acerto verdadeiro no processo, implicando, apenas, o reconhecimento de que somente se pode falar em *verdade das afirmações sobre os fatos* ou *certeza* em termos *relativos*”. (BADARÓ, 2003, p. 36)

Esta idéia, como exposto por Marcos Antônio de Barros, “revela, mais uma vez, a tendência publicista do Direito processual moderno, que se destina a produzir a efetivação da justiça, em cujo contexto inclui-se a providencial intervenção do juiz durante a instrução do processo, realizada com o propósito de garantir a paz social”. (Apud, NUCCI, 2008, p. 99)

Entretanto, como já destacado no tópico anterior, há doutrinadores que preferem manter a distinção entre verdade real e verdade formal. Além de Tourinho Filho, é interessante apresentar a opinião de Guilherme de Souza Nucci a respeito do assunto.

Nucci delinea sua idéia da seguinte forma:

Não questionamos que a verdade é uma e sempre relativa, consistindo busca inviável, no processo, encontrar a *realidade* dos fatos tal como ocorreram. O que a distinção almeja atingir é a demonstração de finalidades diversas existentes nos âmbitos civil e penal do processo. Enquanto na esfera cível o magistrado é mais um espectador da produção da prova, no contexto criminal, deve atuar como autêntico co-partícipe na busca dos elementos probatórios. (NUCCI, 2008, p. 99)

Nessa esteira, Benedito Roberto Garcia Pozzer explica que no processo penal, diferentemente, devido à indisponibilidade dos direitos em confronto, deve-se buscar a verdade dos fatos o mais próximo do que realmente aconteceu. O juiz não deve se contentar com a verdade apresentada pelas partes, mas sim buscar incansavelmente os verdadeiros fatos, limitando-se somente pela moral e legalidade das provas. (Apud, NUCCI, 2008, p. 100)

2.4 Princípios relacionados

Assim como todo o processo penal deve vir estruturado de forma regular e justa, natural que a iniciativa instrutória a cargo do julgador também seja informada por regras

orientadoras e limitadoras, todas tendentes à concretização do ideal do Estado Democrático de Direito. (ZILLI, 2003, p. 133)

Devendo, assim, respeitar os princípios do juiz imparcial, princípio da motivação das decisões e da persecução racional, princípio da publicidade, da presunção de inocência, da vedação das provas ilícitas, do contraditório e da ampla defesa, bem como da duração razoável do processo, sob o risco de violação do devido processo penal e, em última análise, o próprio Estado Democrático de Direito. (ZILLI, 2003, p. 133/134)

2.4.1 Princípio da publicidade e sua função social

A garantia da publicidade “encontra previsão constitucional nos arts. 5.º, LX, XXXIII, e 93, IX, da Constituição Federal. Quer dizer que os atos processuais devem ser realizados publicamente, à vista de quem queira acompanhá-lo, sem segredos e sem sigilo”. (NUCCI, 2008, p. 79/80)

Trata-se de garantia relevante e que assegura a transparência da atividade jurisdicional, permitindo ser fiscalizada pelas partes e pela própria comunidade. (FERNANDES, 2007, p. 74)

Nesse sentido Marcos Zilli lembra que “a publicidade atende à dupla função: processual e política”. Isto é, “de um lado, permite que os sujeitos parciais tenham melhor controle sobre o processo no qual atuam como diretamente interessados e, autoriza, por outro, que o exercício do poder jurisdicional também venha a ser controlado, por quem é na verdade, o titular originário de todo e qualquer poder: o povo”. (ZILLI, 2003, p. 162)

Ada Pellegrini Grinover ensina que “à raiz do modelo que confia ao juiz a condução do processo, inclusive no que diz respeito à iniciativa instrutória, está uma escolha política que diz respeito à concepção publicista do processo e à percepção de sua função social”. (GRINOVER, 1999, p. 05)

A doutrinadora, de forma brilhante, exemplifica essa concepção da seguinte forma:

O direito procesual é regido por princípios publicitas e tem fins que se confundem com os objetivos do Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e do processo não se colocam com vistas às partes e aos seus interesses, mas em função do Estado e de seus objetivos. Pacificar com justiça é a finalidade social da jurisdição e quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da paz social. (GRINOVER, 1999, p. 05)

Compartilhando esse entendimento, Gustavo Badaró faz essa ligação ao relacionar os “poderes instrutórios do juiz com a ampliação da intervenção do poder público no *Welfare State*”, que com a inegável “superação do Estado Liberal ou absenteísta, no qual prevalecia o *laissezfaire*, e o surgimento do Estado Social, com sua política de promoção da igualdade social, o processo também sentiu estes reflexos.” (BADARÓ, 2003, p. 150)

Indo além, o autor aponta essa função publicista ou socializadora do processo como sendo um fundamento ideológico para a iniciativa instrutória do juiz, que muitas vezes é apontada por alguns doutrinadores como sendo uma expressão típica dos Estados ditatoriais, o que não é uma verdade, pois em inúmeros países sabidamente liberais como Suíça, França, entre outros, os juízes são dotados de tais atividades. (BADARÓ, 2003, p. 150)

No processo publicista, o papel do juiz é necessariamente ativo, não podendo limitar-se a análise dos elementos fornecidos pelas partes. O juiz deve estimular o contraditório, suprir as deficiências dos litigantes para superar as desigualdades e favorecer a *par condicion*. (GRINOVER, 1999, p. 08)

2.4.2 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade está previsto no *caput* do art. 5º. Da Constituição Federal de 1988: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

A concepção de igualdade é variável, sendo externada por cada Estado e por cada ideologia de forma diversa. Segundo Antonio Scarance, apesar dessa variabilidade, é possível a sistematização das teorias a respeito da noção de igualdade em duas vertentes principais, quais sejam: a) a que atribui à igualdade uma idéia formal, estática; e b) que a conceitua de forma positiva e dinâmica. (FERNANDES, 2007, p. 49)

Nesse sentido, Ada Pellegrini acentua que:

na dimensão estática, o axioma de que *todos são iguais perante a lei* parece configurar (...) mera ficção jurídica, no sentido de que é evidente que todos são desiguais, mas essa patente desigualdade é recusada pelo legislador. Na dimensão dinâmica, porém, verifica-se caber ao Estado suprimir as desigualdades para transformá-las em igualdade real. (Apud FERNANDES, 2003, p. 49)

Antonio Scarance Fernandes ensina ainda que ao transpor essas noções para o processo penal, a igualdade processual pode se manifestar em dois sentidos. O primeiro é a exigência de tratamento idêntico aos que se encontrem na mesma posição jurídica no processo,

como exemplo autor, réu e testemunha. E o segundo é exigência de igualdade de armas no processo para as partes, ou *par condicio*, garantindo as partes igualdade de forças, isto é, equidade entre o Ministério Público, ou querelante, e o acusado. (FERNANDES, 2007, p. 50)

Destarte, o autor e o réu deverão ter os mesmos direitos, mesmos ônus e mesmos deveres. Trata-se de uma garantia de paridade de armas às partes no processo penal. Essa paridade, no entanto, não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, dar a uma das partes um tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprimindo-se, assim, o desnível da parte inferiorizada. (FERNANDES, 2007, p. 53)

Por isso, Marco Zilli enobrece o entendimento de que “sempre que se vislumbrar desequilíbrio entre os sujeitos parciais, caberá ao juiz afastá-lo ou atenuá-lo, o que, por si só, exige um comportamento mais atuante ao longo da marcha processual, incompatível com qualquer postura estática, neutra e complementemente distanciada”, que são características intrínsecas ao sistema *adversarial system*. (ZILLI, 2003, p. 129)

No mesmo sentido, Ada Pellegrini esclarece que o juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo, devendo suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. (GRINOVER, 1999, p. 05)

Nesse contexto, buscando um fundamento ideológico à iniciativa instrutória do juiz, nota-se como sendo o principal deles, a denominada socialização ou publicização do processo, no qual o juiz aparece como um participante ativo do processo na tentativa de superar a mera igualdade formal e atingir a igualdade substancial (real). (BADARÓ, 2003, p. 150)

Os adeptos desse entendimento não buscam somente uma igualdade substancial como ultimato de uma justiça social, mas também procuram suprimir a discriminação econômica. (BADARÓ, 2003, p. 152)

Discriminação econômica no sentido de que nem todos os acusados, ou melhor dizendo, a sua grande maioria, não têm condições de contratar um advogado para promover sua defesa, motivo que o leva a recorrer à assistência jurídica gratuita, promovida pela Defensoria Pública (art. 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal). Acontece que esses serviços de assistência judiciária gratuita, infelizmente, são insuficientes, precisando de uma melhor adequação. (FERNANDES, 2007, p. 51)

Ainda, exemplificando essa patente desigualdade entre o Estado e o acusado na relação processual, Antonio Scarance Fernandes lembra o desfavorecimento do acusado no processo penal, uma vez que a acusação tem todo o aparato estatal para ampará-lo e o acusado conta apenas consigo mesmo e seu advogado. Situação essa que justifica o tratamento diferenciado no processo penal, no qual a consagração dos princípios do *indubio pro reo* e do *favor rei* estão presentes. (FERNANDES, 2007, p. 53)

Por outro lado, adverte ainda o referido autor que na fase pré-processual é necessário que o Estado tenha alguma vantagem nos primeiros momentos, apenas para recolher os vestígios do crime e os indícios de culpabilidade do seu autor, pois desde que surge na mente do criminoso a idéia do crime, este estuda cautelosamente inúmeras precauções para desvencilhar-se do poder punitivo do Estado. (FERNANDES, 2007, p. 54)

2.4.3 Princípio do juiz imparcial

Segundo Aury Lopes Jr., a imparcialidade do órgão jurisdicional é um princípio supremo do processo e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto jurisdicional justo. (LOPES JR., 2005, p. 83)

A imparcialidade é entendida como característica necessária do perfil do juiz, consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de molde a lhe tirar a neutralidade necessária para conduzi-lo com isenção. (TÁVORA E ANTONNI, 2009, p. 50)

Quanto ao princípio do juiz imparcial e sua relação com a iniciativa instrutória do juiz no processo, existem duas posições doutrinárias divergentes. A primeira defende que a atuação ativa do juiz no processo coloca em risco a imparcialidade do juiz, e a segunda, em contrapartida, defende o contrário, dizendo que a iniciativa instrutória do juiz no processo não prejudica a imparcialidade do julgador. (BADARÓ, 2003, p. 82/83)

Dentre os doutrinadores que defendem a primeira posição, está André Luis Callegaro Gomes que diz que a passividade judicial é precisamente o elemento diferenciador do sistema acusatório e inquisitivo, afirmando-se que a imparcialidade do julgador ficaria maculada se ele pudesse buscar outros elementos de prova ou argumentos para julgar. (GOMES, 2006, v. 14 n. 164 jul.)

No mesmo sentido, com relação ao processo civil, Afrânio Silva Jardim entende que “se não deve o juiz suprimir as deficiências das partes para não vincular-se psicologicamente aos interesses postos em juízo, comprometendo a sua indispensável imparcialidade e neutralidade, deve caber ao Ministério Público essa árdua função no processo civil”. (Apud, BADARÓ, 2003, p. 83)

Os adeptos dessa linha de raciocínio entendem que ao juiz não cabe a missão de procurar a verdade dos fatos alegados pelas partes, pois, se assim o fizer, comprometerá a sua “imparcialidade”, agindo como um “juiz acusador”, uma vez que, havendo dúvida sobre os fatos, diante do material probatório produzidos pelas partes, o juiz deve absolver, seguindo o princípio do *in dubio pro reo*. (MARTINS, p.07)

Entretanto, José Carlos Barbosa Moreira, ao abordar a alegação de que a iniciativa probatória do juiz compromete sua imparcialidade, pois beneficiaria o acusador, obtempera que o magistrado não é dotado de poderes sobrenaturais de previdência, portanto não pode prever o resultado da prova que será produzida nem quem ela beneficiará, no exato momento em que determina a sua produção. (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 180)

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover instrui que “a iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaraça a imparcialidade do juiz” (GRINOVER, 1999, p. 06), pois “ao determinar a produção de uma prova, o juiz não sabe, de antemão, o que dela resultará e, em conseqüência, a qual parte vai beneficiar”. (BADARÓ, 2003, p. 83)

Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. (GRINOVER, 1999, p. 06)

Gustavo Badaró ainda diz que “é equivocado confundir *neutralidade* ou *passividade* com *imparcialidade*. Um juiz ativo não é parcial, mas apenas um juiz atento aos fins sociais do processo, e que busca exercer sua função de forma a dar ao jurisdicionado a melhor prestação jurisdicional possível”. (BADARÓ, 2003, p. 84)

Todavia, Ada Pellegrini lembra que “a atuação do juiz na atividade instrutória não é ilimitada”, existindo “balizas intransponíveis à iniciativa oficial, que se desdobram em três parâmetros: a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela ilicitude (material) e legitimidade (processual) das provas”. (GRINOVER, 1999, p. 06)

2.4.4 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório está constitucionalmente previstos no art. 5.º, LV da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.”

O respectivo princípio ordena que o processo penal se desenrole de maneira a garantir que as partes possam livremente deduzir suas alegações, apresentar as provas que dispuserem e criticar as atividades exercidas pelos outros atores nele envolvidos (juiz e partes). Atenção para a inclusão da figura do juiz. (BASTOS, 2009, aula 02 – p. 01)

Antonio Scarance Fernandes fala em contraditório pleno e efetivo. “Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até o seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal, sendo imprescindível proporcionar-lhes os meios para que tenha condições reais de contraditá-los” (FERNANDES, 2007, p. 63)

É nesse sentido, portanto, que o conceito de contraditório se confunde com o princípio da paridade de armas, isto é, as partes do processo munidas de forças similares. (FERNANDES, 2007, p. 63)

Partindo desse conceito que começamos a encontrar a ligação entre o princípio do contraditório e a iniciativa instrutória do juiz. Vejamos o que diz Ada Pellegrini Grinover:

o contraditório, entendido como participação das partes e do juiz na colheita da prova, constitui o primeiro parâmetro para a atividade instrutória oficial(...). A participação das partes e do juiz na atividade instrutória é condição de validade das provas e não podem ser consideradas provas aquelas que não forem produzidas com a concomitante presença do juiz e das partes. A melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas – as produzidas pelas partes e as determinadas *ex officio* pelo juiz – ao contraditório. (GRINOVER, 1999, p. 06)

Assim, a autora destaca a importância de não se confundir a atividade instrutória com a parcialidade do juiz, pois a melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz não é desprovê-lo de iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas ao contraditório. Revelando, dessa forma, o caráter limitador do princípio do contraditório à iniciativa instrutória do juiz.

Charles Emil Machado Martins, promotor de justiça, exemplifica que na verdade a atividade probatória cabe, primordialmente, às partes, porém se o juiz vislumbrar alguma prova relevante que por elas não foi explorada deve ter a possibilidade de, modo supletivo e fundamental, trazê-la ao processo para que seja submetida ao contraditório e valorada em sentença. Isso porque a missão do juiz no processo penal é, dentro da legalidade, absolver os inocentes e condenar os culpados, pois como pondera Barbosa Moreira: “Ao juiz, como órgão do

Estado, interessa, e diria que ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão”. (MARTINS, [s.d.], p. 08)

Por isso, outrossim, que Ada Pellegrini destaca com maestria, que esse limite do contraditório à iniciativa oficial, assim como a obrigação de motivar as decisões e a exclusão das provas ilícitas e ilegítimas, não tem nada a ver com o sistema acusatório, nem com o processo civil dispositivo, tem a ver sim, exclusivamente, com a visão publicista do processo e com a preocupação com a função social. (GRINOVER, 1999, p. 06)

Isto é, se a função do juiz é garantir a devida aplicação do direito, buscando com essa aplicação, sobretudo, a paz social, não há de se admitir um juiz inerte e passivo a determinação das partes, pois o que está em jogo é um dos maiores bens jurídicos do indivíduo, o direito à liberdade.

Por isso, a autora ensina que o modelo acusatório do processo penal não interfere com os poderes instrutórios do juiz, na medida em que suas características fundamentais são bem diversas. E a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar não demandam um juiz inerte e passivo. (GRINOVER, 1999, p. 06)

Portanto, diferente do que se possa imaginar, “não é incompatível com a garantia do contraditório a iniciativa do próprio juiz”, tendo em vista que “as partes hão de ser cientificadas da realização de quaisquer atos instrutórios, e deles poderão igualmente participar”, de forma que “peças insertas nos autos em consequência da iniciativa oficial terão de se submeter à crítica dos litigantes.” (ZILLI, 2003, p. 167)

2.4.5 Princípio da motivação das decisões ou da persecução racional

A garantia da motivação tem status constitucional, vejamos art. 93, IX, da Constituição de 1988, que exige a motivação de todas as decisões do Judiciário: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”

Trata-se de autêntica garantia fundamental, pois é da fundamentação da decisão judicial que decorre o alicerce necessário para a segurança jurídica do caso submetido ao Poder Judiciário. (TÁVORA e ANTONNI, 2009, p. 53)

Com relação à amplitude da garantia constitucional, Antonio Scarance ilustra que não há dúvida de que o dever de motivação abarca todas as decisões relevantes do processo, definitivas ou interlocutórias, principalmente quando estas afetem direitos individuais. Existindo, assim, apenas uma exceção conforme inteligência do art. 5.º, XXXVIII, b, da Constituição Federal, a decisão sem motivação dos jurados.

O referido autor, ao conceituar tal garantia, destacou o termo “garantia da ordem política”, como sendo aquela que visa como destinatário não somente as partes e o juiz de segundo grau de jurisdição, mas também a comunidade que, com a motivação, tem condições de analisar se o juiz, e conseqüentemente a própria Justiça, decidiu com imparcialidade e com conhecimento de causa ou não. Tratando-se, dessa forma, a motivação, de um meio de avaliação do exercício jurisdicional do Estado. (FERNANDES, 2007, p. 139)

Nesse contexto, quando o juiz for determinar a produção de uma prova ou valorá-la, a sua decisão deverá sempre ser motivada, permitindo, assim, que os sujeitos

processuais parciais tenham conhecimento das justificativas invocadas para uma postura mais ativa do juiz, de maneira que se assim não for, o juiz terá sua atitude como suspeita e, conseqüentemente, prejudicando sua imagem de juiz imparcial. (ZILLI, 2003, p. 156)

Visto isso, busca-se interpretar a iniciativa oficial do juiz não como um instrumento prejudicial à garantia da motivação das decisões, como fazem alguns doutrinadores, mas sim, conforme salienta Ada Pellegrini, como uma baliza em que deve conter-se a iniciativa oficial do juiz. (GRINOVER, 1999, p. 06)

2.4.6 Princípio da vedação das provas ilícitas

O princípio da vedação das provas ilícitas é um princípio constitucionalmente estabelecido. Dispõe o art. 5º, LVI, da Constituição de 1988 que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

No que diz respeito a esse princípio, o primeiro ponto a ser destacado é a distinção feita pela doutrina entre provas ilícitas, provas ilegais e provas ilegítimas.

Conforme lição de Alexandre de Moraes as provas ilegais são o gênero, que inclui as espécies provas ilícitas e provas ilegítimas, sendo que a primeira é aquela obtida com infringência ao direito material, e a segunda, a que se obtém em afronta ao direito processual. (MORAES, 2000, p.117)

Assim, reconhecendo a iniciativa instrutória do juiz como decorrência natural do poder jurisdicional para o melhor acerto fático possível, nota-se que tal iniciativa oficial

jamais poderá recair ou fundar-se em provas inseridas no processo em desconformidade com o direito, seja ele material ou formal. (ZILLI, 2003, p. 156)

Levando em consideração o raciocínio de Ada Pellegrini, o princípio da vedação das provas ilícitas e ilegítimas é a última baliza limitadora à iniciativa oficial do julgador, tratando-se de provas que não podem ser ingressadas no processo nem, evidentemente, ser determinadas de ofício pelo juiz, haja vista que a certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida. (GRINOVER, 1999, p. 06)

Portanto, como salienta Marcos Zilli, “nada mais lógico e natural que o julgador não viole o ordenamento jurídico que ele próprio pretende aplicar no exercício do poder jurisdicional que lhe foi outorgado”. (ZILLI, 2003, p. 157)

2.4.7 Princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*

O princípio da presunção de inocência – ou, como prefere alguns, da não-culpabilidade - remota ao Direito Romano, sob a expressão *innocens praesumitur cujus nocentia non probatur*; vindo mais tarde revelar-se como princípio do *in dubio pro reo* e do *favor rei*. Este princípio, contudo, ganhou maior relevo com a Revolução Liberal do século XVIII, que, como resposta aos arbítrios dos sistemas inquisitórios, passou a tratar tal princípio como indispensável ao direito e à democracia. (SOUZA NETTO, 2003, p. 150)

A essa época, um dos mais importantes autores que se preocupou em meditar o princípio da presunção de inocência como resposta às arbitrariedades do Estado foi Beccaria, que contribuiu com o assunto dizendo que “um homem não pode ser chamado *culpado* antes da

sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada.” (BECCARIA, 2006, p. 50)

No plano internacional, esse princípio apareceu pela primeira vez, talhado pelo pensamento iluminista, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798, sendo posteriormente incorporado por vários ordenamentos jurídicos nacionais e por diversos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, como por exemplo, dentre outros tratados, a sua reafirmação pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948. (ZILLI, 2003, p. 146)

Atualmente, o princípio da presunção de inocência é protegido por todos os Estados Democrático. (SOUZA NETTO, 2003, p. 152)

No Brasil, esse princípio só foi consagrado expressamente pela constituição nacional de 1988, pois até então, só era visto por parte da doutrina como um princípio implícito ao ordenamento processual penal brasileiro, não havendo nenhuma previsão explícita. (BADARÓ, 2003, p; 287)

Determina o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, bem como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, integrados ao ordenamento jurídico interno, também prevêm a presunção de inocência, conforme art. 14.2 e art. 8.2, respectivamente. Inclusive, como afirma Gustavo Badaró, essa previsão trazida pelos referidos tratados internacionais, é um dos motivos que levou a discussão acerca da terminologia “presunção de

inocência” e “não-culpabilidade”, perder força na doutrina nacional, tratando ambos como sinônimos. (BADARÓ, 2003, p. 281/ 283 e 286/288)

Tal princípio trata-se, portanto, de considerar todo acusado, tenha ele maus antecedentes ou não, presumidamente inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado.

A doutrina brasileira tem analisado o princípio da presunção de inocência sobre diferentes enfoques, sendo que uns pregam a existência de apenas dois enfoques e outros falam em três formas de aplicação.

Dentre aqueles que defendem a existência de dois enfoques, está Marcos Alexandre Coelho Zilli, que assim divide o princípio da presunção de inocência: primeiro, relacionando-o ao tratamento processual e social a ser dispensado ao réu que, para todos os efeitos e perante todos, deve ser considerado inocente até que o trânsito em julgado de sentença condenatória autorize o contrário. Sendo, também, nesse sentido, exigido do juiz tal postura. (ZILLI, 2003, p. 147)

A segunda acepção está diretamente ligada “ao âmbito probatório que se relaciona com a fixação do ônus de provar imposto à acusação, cabendo a esta demonstrar a presença de requisitos objetivos e subjetivos ensejadores do reconhecimento da prática de uma infração penal, e não ao réu, o encargo de provar a sua inocência”. (ZILLI, 2003, p. 147)

Por outro lado, entre aqueles que defendem a existência de três enfoques está Gustavo Badaró, que ao invés de inserir a postura do juiz no primeiro enfoque, o trata como sendo independente, isto é, uma terceira acepção; senão vejamos:

Atualmente, a doutrina analisa a presunção de inocência sobre vários enfoques: a) como garantia política do estado de inocência; b) como regra de julgamento no caso de dúvida: *in dubio pro reo*; c) como regra de tratamento do acusado ao longo do processo. (BADARÓ, 2003, p. 280)

Para Gustavo Badaró, a primeira acepção “é como garantia política do cidadão”. Nesse sentido, a presunção de inocência defende a qualquer acusado um prévio estado de inocência que só lhe será suprimido quando houver plena prova de que ele é o autor do delito; sendo, portanto, uma presunção política, que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal. (BADARÓ, 2003, p. 284)

Já na segunda acepção, a presunção de inocência é vista “sob a ótica técnico-jurídica, como regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo”. Trata-se de uma idéia, cuja imposição de uma sentença condenatória e, conseqüentemente, sua aplicação ao criminoso só se dará quando houver prova suficiente de que o delito de fato ocorreu, e que ele foi praticado pelo acusado. Assim, não pode haver nenhuma dúvida a respeito do delito, exigindo-se do juiz seu total convencimento, isto é, sua certeza. “Nesta acepção, presunção de inocência confunde-se com o *in dubio pro reo*”. (BADARÓ, 2003, p. 285)

Por fim, a presunção de inocência trabalha como preceito de tratamento de todos os acusados no decorrer do processo, não sendo admitida sua equiparação ao culpado. “São manifestações claras deste último sentido, a vedação de prisões processuais automáticas ou

obrigatórias e a impossibilidade de execução provisória ou antecipada da sentença penal.” (BADARÓ, 2003, p. 285/286)

Para fins do presente estudo, interessa considerar a segunda acepção da presunção de inocência, que, impondo a necessidade de eliminação de qualquer dúvida razoável à prolação de uma sentença penal condenatória, vincula-se intimamente ao princípio *in dubio pro reo*, expressando que, na dúvida, deve o juiz absolver o acusado.

Como ensina Aury Lopes Jr., o fato de o imputado ser presumidamente inocente faz com que ele seja desincumbido da obrigação de provar, uma vez que a referida presunção “deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução”. (LOPES JR., 2007, p. 495)

Destarte, no processo penal, “é ao Ministério Público que cabe o ônus substancial da prova, no sentido de que deve provar a presença de todos os elementos de fato sobre os quais se funda a pretensão punitiva e também a inexistência de qualquer elemento que obste o surgimento dessa mesma pretensão” (FERRAJOLI, 2002, p. 84), não havendo falar, necessariamente, numa repartição do ônus da prova, haja vista que tal ônus está inteiramente incumbido ao Ministério Público. (BADARÓ, 2003, p.295/296)

Nesse contexto, Aury Lopes Jr. argumenta que a presunção de inocência deveria ter maior relevância quando analisada sob a perspectiva do julgador, principalmente no tratamento que o juiz deve dar ao acusado. O autor defende a observância de quatro pontos quando da atuação do juiz:

a) predetermina a adoção da verdade processual, relativa, mas dotada de um bom nível de certeza prática, eis que obtida segundo determinadas condições; b) como consequência, a obtenção de tal verdade determina um tipo de processo, orientado pelo sistema acusatório, que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (rechaço à figura do juiz-inquisidor – com poderes investigatórios/instrutórios – e consagração do juiz de garantias ou garantidor); c) dentro do processo, se traduz em regras para o julgamento, orientando a decisão judicial sobre os fatos (carga da prova); d) traduz-se, por último, em regras de tratamento do acusado, posto que a intervenção do processo penal se dá sobre um inocente. (LOPES JR., 2005, p. 176)

Assim, nestes termos, em específico o segundo ponto, se a prova for insuficiente para convencer o magistrado sobre a procedência da hipótese acusatória, caberá a ele absolver o acusado, e não diligenciar na obtenção de novas provas (THUMS, 2006, p. 240), pois nesse contexto, os poderes instrutórios do juiz só podem se destinar a favorecer a acusação, haja vista que, para a absolvição, não há a necessidade de qualquer prova.

Acontece que, como já discutido nesse trabalho, a iniciativa instrutória do juiz não descaracteriza o sistema acusatório, tendo em vista que no referido sistema pode haver, ou não, a presença de tal iniciativa oficial do juiz, como visto no tópico 1.2.1 acerca da discussão conceitual entre *adversarial system* e *inquisitorial system*, que são formas que o sistema acusatório pode adotar.

Nesse diapasão, Marcos Zilli esclarece que “o ônus probatório da acusação não é, por si só, incompatível com o reconhecimento de um “poder-dever” instrutório do juiz.” Ora, falando-se em estado relativo de dúvida com reais possibilidades de obtenção de novas provas, desde que lícitas e legítimas, não é possível conceber em um Estado de Direito, onde existe patente preocupação com o interesse publicístico do processo, “um estado inafastável de dúvida ensejador da aplicação automática da máxima do *in dubio pro reo*.” (ZILLI, 2003, p. 150)

Por isso, rigorosamente, Gustavo Badaró lembra que “somando-se, de um lado, a impossibilidade de se atingir uma ‘verdade objetiva’, ante a irreduzível margem de incerteza que os meios processuais de reconstrução dos fatos não conseguem eliminar, e, de outro, uma interpretação extremada do princípio *in dubio pro reo*”, afastando toda e qualquer possibilidade do juiz que vislumbrando oportunidade viável e factível de obter novas provas capazes de dirimir dúvidas relevantes, “o resultado seria a impossibilidade de toda e qualquer condenação penal.” (BADARÓ, 2003, p. 37)

Não há mais espaço, portanto, para qualquer alegação de que tendo o juiz papel ativo no processo, estaria ele entrelaçando as mãos com o órgão acusador, pois na realidade quando o juiz determina a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes do caso, ele desconhece o possível resultado que essa prova trará ao processo. Ao contrário do que se pensa, essa iniciativa do juiz revela-se de maior importância, haja vista que essa determinação pode apontar tanto para condenação do acusado, como para sua absolvição devido a demonstração de impertinência da acusação. (ZILLI, 2003, p. 151)

Estamos diante de dois valores indispensáveis ao interesse do cidadão e da sociedade, quais sejam, o da observância do poder-dever punitivo do Estado e o respeito à liberdade jurídica. Sendo assim, não podemos permitir critérios de solução de conflitos tão próximos da pura comodidade, deixando germinar, nessa esteira, o desequilíbrio entre interesses de irrefutável relevância ao corpo social. (ZILLI, 2003, p. 152)

3 INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1 Sistema adotado pelo processo penal brasileiro e suas divergências

O Código de Processo Penal Brasileiro foi publicado mediante o Decreto-Lei nº 3.689 de três de outubro de 1941. Nesse período estávamos sob a égide da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 que foi outorgada por Getúlio Vargas, em meio a um contexto fortemente marcado pela centralização política e pelo triunfo dos ideais autoritários em nosso país, que ficou conhecido como Estado Novo. (SILVA, 2000, p. 85)

Como consequência, nosso Código de Processo Penal foi concebido dentro de uma lógica autoritária, inspirado no modelo fascista italiano de 1930, o Código Rocco. (SOUZA NETTO, 2003, p. 29)

Porém, com o advento da nova ordem jurídica trazida pela Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988, inúmeros dispositivos do Código de Processo Penal foram revogados ou derogados, por não terem sido recepcionados pela nova Constituição Federal, dando características democráticas ao processo penal brasileiro. (SOUZA NETTO, 2003, p. 29)

Meio a essas duas previsões legislativas concebidas em momentos completamente distintos de nossa sociedade e de nossa política nacional, é que germinou a divergência doutrinária quanto ao sistema adotado pelo Processo Penal Brasileiro. São três os principais entendimentos sobre o assunto.

Inicialmente, há aqueles que entendem que, ao prever dispositivos com características, segundo eles, inquisitórias, como exemplo, os arts. 5º, 311, 333, 156 todos do CPP, o processo penal brasileiro adotou o sistema inquisitivo. Um dos principais adeptos a esse

pensamento está Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que diz que “o sistema processual penal brasileiro é na sua essência, inquisitório, porque é regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão de prova está, primordialmente, nas mãos do juiz”. (COUTINHO, 2001, p. 31)

Aury Lopes Jr., no mesmo sentido, leciona que a previsão pontual do art. 156 do CPP externa a adoção do princípio inquisitivo, uma vez que, segundo ele, o critério diferenciador entre os sistemas acusatório e inquisitório é a gestão da prova, representada pelo referido artigo. (LOPES JR., 2005, p. 170)

Mas para nós e para a maioria da doutrina pátria, conforme anteriormente demonstrado nesse trabalho, esse entendimento é isolado, haja vista que o verdadeiro critério diferenciador dos sistemas é a distribuição das funções de acusar, defender e julgar à órgãos distinto e não a gestão de provas.

Assim, a ligação entre iniciativa instrutória do juiz, prevista no art. 156 do CPP, e o sistema acusatório ou inquisitório é completamente isolada, pois na verdade tal atividade está ligada a busca da verdade processual e ao equilíbrio dos interesses que decorrem da prestação jurisdicional.

Além dos doutrinadores que defendem a adoção do sistema inquisitório pelo nosso processo penal brasileiro, existem, também, aqueles que pregam a adoção do sistema acusatório. Dentre os adeptos desse entendimento estão: Tourinho Filho, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos de Araújo Cunha, Cândido Rangel, Frederico Marques, Magalhães Noronha, dentre outros. (SOUZA NETTO, 2003, p. 29/31)

Frederico Marques explica que apenas o sistema acusatório poderia ser acolhido, tendo em vista que aos acusados é garantida constitucionalmente a ampla defesa, com todos os meios e recursos, e a instrução criminal contraditória, conforme previsto nos incisos LXI, LXLL, LXIII e LXIV, do art. 5º da Constituição Federal. (MARQUES, 2001, p. 17)

No mesmo sentido, Julio Fabbrini Mirabete salienta:

No Brasil, a Constituição Federal assegura o sistema acusatório no processo penal. Estabelece “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV); a ação penal pública é promovida, privativamente, pelo Ministério Público (art. 5º 129, I), embora se assegure ao ofendido o direito à ação penal privada subsidiária (art. 5º, LIX; a autoridade julgadora é a autoridade competente – juiz constitucional ou juiz natural (arts. 5º, LIII, 92 a 126); há publicidade dos atos processuais, podendo a lei restringi-la apenas quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX) (MIRABETE, 2004, p. 44)

Dessa forma, é importante dar destaque as palavras do professor Marcus Vinícius Reis Bastos, que instrui que nosso processo penal, ao filiar-se ao modelo acusatório, é possível extrair três conseqüências principais: a) os elementos probatórios colhidos na fase investigativa, prévia ao processo, destina-se exclusivamente à formação da *opinio delecti* b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão ou pessoa diversa do juiz; e c) todo o processo desenvolve-se sob o pálio do contraditório, perante o juiz natural. (BASTOS, 2009, aula 13, p. 01)

Por último, Távora e Anntoni, também, reforçando o anseio da maioria da doutrina e comprovando a primeira conseqüência descrita acima, explanam que “a existência do inquérito policial não descaracteriza o sistema acusatório, pois se trata de uma fase pré-processual, que visa dar embasamento à formação da **opinio delecti** pelo titular da ação penal,

onde não há partes, contraditório ou ampla defesa”. Trata-se de um procedimento administrativo. (TÁVORA & ANTONNI, 2009, p. 38)

Em nosso sistema processual brasileiro, além daqueles que entendem pela adoção do sistema inquisitório ou acusatório, há também os que acodem a adoção de um sistema misto. Entre os principais adeptos a essa concepção estão Rogério Lauria Tucci e Guilherme de Souza Nucci.

Embora tenhamos visto no tópico 1.3 a insuficiência da afirmação de sistema misto, esses autores trazem inúmeras críticas construtivas a respeito do sistema acusatório.

Nucci entende que o sistema adotado pelo Brasil é o misto, tendo em vista a existência de dois enfoques, quais sejam, o constitucional e o processual. Senão vejamos:

O sistema adotado pelo Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que o nosso sistema é acusatório (no texto encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas etc.) é regido por código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo). Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. (NUCCI, 2008, p. 110)

Assim, explica Nucci, “por tal razão seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição Federal à prática forense”. (NUCCI, 2008, p. 110)

A primeira crítica de Nucci aponta para o fato de “muitos dos processualistas sustentarem que o nosso sistema é acusatório”, exclusivamente, com base “nos princípios constitucionais vigentes, olvidando-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo Penal, que

prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, com todos os requisitos do sistema inquisitivo” (NUCCI, 2008, p. 110).

Esse, também, é o entendimento do renomado doutrinador Rogério Lauria Tucci que enxerga duas fases no processo penal brasileiro, uma de caráter inquisitivo, que, inclusive, se faz presente na persecução criminal, na sua totalidade, e outra de caráter acusatório, que fica explícito pela segunda fase, com a presença de todas as garantias constitucionais. (TUCCI, 2004, p. 42/43)

A segunda crítica, com objetivo de combater o argumento de que o inquérito policial constitui-se apenas em uma fase pré-processual, isto é, somente como formador da **opinio delecti** do titular da ação penal, Nucci argumenta:

Ora, fosse verdadeiro e genuinamente acusatório, não se levaria em conta, para qualquer efeito, as provas colhidas na fase inquisitiva, o que não ocorre em nosso processo na esfera criminal. O juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação, como a prova técnica (aliás, produzida uma só vez durante o inquérito e tornando à defesa extremamente difícil a sua contestação e/ou renovação, sob o crivo do contraditório, os depoimentos colhidos e, sobretudo – e lamentavelmente – a confissão extraída do indiciado. (NUCCI, 2008, p. 111)

Assim se fazem úteis as palavras de Antônio Scarance Fernandes:

Embora a utilização dos informes do inquérito para a condenação represente ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, na prática forense os elementos colhidos durante a investigação têm influído na condenação do acusado. Além de haver orientações dos tribunais no sentido de que os dados obtidos no inquérito, se confirmados por outros elementos ou se não informados pela defesa, podem ser considerados pelo juiz, o fato de os autos de inquérito permanecerem junto aos autos do processo faz com que o julgador tome conhecimento do que foi apurado pela polícia. Assumiu, assim, o inquérito a função anômala, não condizente com os citados princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência. (Apud NUCCI, 2008, p. 111)

Ora, se o inquérito objetivasse tão-somente a formação do convencimento do titular da ação penal, que segundo preceitos do art. 129, inciso I, da CF/88, é o Ministério Público, não haveria notório motivo para fazer parte dos autos do processo, permitindo, dessa forma, o magistrado valer-se dele para a condenação de algum denunciado.

A esse respeito, fazendo uso das palavras de Geraldo Prado, Guilherme de Souza Nucci, em sua obra, finaliza escrevendo que “se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as disposições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a *teoria da aparência acusatória*.” (apud NUCCI, 2008, p. 111)

Acontece que, como resposta a essas críticas, cabe a nos advertir que a inobservância de alguns magistrados à legislação e aos princípios do processo penal, não pode deconstituir o sistema acusatório. O magistrado ao ser guiado pelo processual penal, não pode fundamentar sua decisão, exclusivamente, em provas do inquérito policial não reproduzidas em juízo, exceto as provas cautelares, repetíveis e antecipadas, conforme dispõe o art. 155 do CPP.

Essa necessidade de repetição, em juízo, das provas obtidas na fase pré-processual, como pregado no art. 155 do CPP, é consequência do princípio do contraditório não se estender ao inquérito policial, por se tratar de procedimento inquisitivo. Porém, aquelas provas cuja repetição não seja possível, como as provas técnicas – perícia no local do crime – serão submetidas ao contraditório na presença das partes e do juiz, conforme preceitua o art. 159, § 3º do CPP, com redação acrescentada pela Lei n. 11690 de 9 de julho de 2008. (BASTOS, 2009, aula 2, p. 05-04)

Adotando tal entendimento, decidiu o Supremo Tribunal Federal, verbis:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA CRIMINAL - INTERROGATÓRIO POLICIAL SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR - ILICITUDE DA PROVA - INOCORRÊNCIA - NATUREZA DO INQUÉRITO POLICIAL - DISCIPLINA DA PROVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA CF/88 - INVIABILIDADE - INOCORRÊNCIA DE LESÃO À ORDEM CONSTITUCIONAL (CF/88, ART. 5, XL, LVI E LXIII E ART. 133) - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.

- O inquérito policial constitui mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do Ministério Público. Trata-se de peça informativa cujos elementos instrutórios - precipuamente destinados ao órgão da acusação pública - habilita-lo-ão a instaurar a *persecutio criminis in judicio*.

- A unilateralidade das investigações desenvolvidas pela polícia judiciária na fase preliminar da persecução penal (*informatio delicti*) e o caráter inquisitivo que assinala a atuação da autoridade policial não autorizam, sob pena de grave ofensa à garantia constitucional do contraditório e da plenitude de defesa, a formulação de decisão condenatória cujo único suporte seja a prova, não reproduzida em juízo, consubstanciada nas peças do inquérito.

- A investigação policial - que tem no inquérito o instrumento de sua concretização - não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo.

- Nenhuma acusação penal se presume provada. Esta afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do ministério público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia.

- A regra constitucional superveniente - tal como a inscrita no art. 5, LXIII, e no art. 133 da carta política - não se reveste de retroprojeção normativa, eis que os preceitos de uma nova constituição aplicam-se imediatamente, com eficácia *ex nunc*, ressalvadas as situações excepcionais, expressamente definidas no texto da lei fundamental. O princípio da imediata incidência das regras jurídico-constitucionais somente pode ser excepcionado, inclusive para efeito de sua aplicação retroativa, quando expressamente o dispuser a Carta Política, pois 'as constituições não têm de ordinário, retroeficácia; para as constituições, o passado só importa naquilo que elas apontam ou mencionam. Fora daí, não' (PONTES DE MIRANDA).

- A nova Constituição do Brasil não impõe à autoridade policial o dever de nomear defensor técnico ao indiciado, especialmente quando da realização de seu interrogatório na fase inquisitiva do procedimento de investigação. A Lei Fundamental da República simplesmente assegurou ao indiciado a possibilidade de fazer-se assistir, especialmente quando preso, por defensor técnico. A Constituição não determinou, em consequência, que a autoridade policial

providenciasse assistência profissional, ministrada por advogado legalmente habilitado, ao indiciado preso.

- Nada justifica a assertiva de que a realização de interrogatório policial, sem que ao ato esteja presente o defensor técnico do indiciado, caracterize comportamento ilícito do órgão incumbido, na fase pré-processual, da persecução e da investigação penais. A confissão policial feita por indiciado desassistido de defensor não ostenta, por si mesma, natureza ilícita. (RECr nº 136239/SP, 1º Turma, rel. Min. Celso de Mello, unânime, DJU, Seção I, de 14.08.92, p. 12.227, RTJ 143/306)

Esse entendimento decorre do já mencionado art. 155 do CPP, cuja redação foi dada pela Lei nº 11.690 de 09.06.2008 que modificou diversos dispositivos do Código de Processo Penal.

Dessa forma, procurando sanar alguns problemas de contraditório nas provas técnicas, que foi fruto de críticas por Nucci, o art. 159, § 3º do CPP prevê a possibilidade de, nas hipóteses de exame de corpo de delito e outras perícias, isto é, provas cuja repetição em juízo não é possível, ser facultadas ao Ministério Público, ao assistente e *ao acusado* a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico, mesmo não sendo devido a observância do contraditório na fase do inquérito policial.

Por isso, fazendo uso das sábias palavras de Paulo Rangel, pensamos que o certo “seria oferecer a denúncia e extrair dos autos do processo o procedimento administrativo pré-processual”. Devendo, assim, o Ministério Público provar toda a acusação feita na denúncia, com as provas que propôs, permanecendo nos autos somente as provas não repetíveis. Isso acabaria de vez com a inadmissível condenação com fundamento em provas apenas do inquérito policial. (RANGEL, 2003, p. 53)

Assim, é importante notar que a discussão acerca dessa divergência quanto ao sistema penal adotado pelo Brasil tem se estendido em nossa doutrina, porque, apesar de

estabelecer inúmeros princípios constitucionais que se aproximam do sistema acusatório, a Constituição Federal de 1988 não se posicionou expressamente quanto ao sistema a ser aplicado em nosso processo penal.

3.2 Eleição constitucional do sistema acusatório

Depois do advento do Código de Processo Penal, sobrevieram as Cartas de 1946, de 1967 e a nova ordem instituída pela Emenda Constitucional nº. 1 de 1969, até que, em cinco de outubro de 1988, foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil, reconhecida por trazer em seu corpo vasto elenco de direitos e garantias fundamentais e por disciplinar minuciosamente a competência dos poderes e relações entre eles, protegendo, assim, o indivíduo frente ao poder estatal. (SILVA, 2000, p. 85-92)

A nova ordem jurídica traçada pela Constituição de 1988, portanto, passou a exigir que o processo não fosse mais conduzido, prioritariamente, como veículo de aplicação da lei penal, mas, além e mais que isso, que se transformasse em um instrumento de garantia do indivíduo. (OLIVEIRA, 2005, p. 7-8)

Apesar de bastante detalhada, a Constituição não declarou, explicitamente, sua opção por um dos sistemas processuais penais e, também, não inseriu qualquer regra expressa capaz de infirmar o disposto no art. 156 do CPP.

Essa ausência de enunciado específico, contudo, não impediu que parcela considerável da doutrina sustentasse que houve uma adoção implícita do sistema acusatório, fundamentando tal entendimento nos dispositivos constitucionais que asseguram a *privatividade do exercício da ação penal pública ao Ministério Público* (art. 129, I), a *tutela jurisdicional* (art.

5º, XXXV), o *devido processo legal* (art. 5º, LIV), o *acesso à justiça* (art. 5º, LXXIV), o *tratamento paritário das partes* (art. 5º, caput e inc. I), o *contraditório* e a *ampla defesa* (art. 5º, LV), a *publicidade dos atos processuais* e a *motivação dos atos decisórios* (art. 93, IX) e a *presunção de inocência* (art. 5º, LVII). (HAMILTON, 2000, p. 191)

Com efeito, a Lei Maior também se destina “a alcançar situações que não foram expressamente contempladas ou detalhadas no texto”, por isso a omissão do constituinte não configura óbice ao reconhecimento do *status* constitucional do sistema acusatório. (BARROSO, 2003, p. 104)

Nesse contexto, é imprescindível considerar a necessidade de *interpretação sistemática* do ordenamento vigente, pois “o intérprete deve sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios”. (CANOTILHO, 2003, p. 1224)

Por isso, fazendo alusão aos dizeres de João Mendes Júnior, Frederico Marques lembra que sendo o processo penal nada mais do que a aplicação dos princípios constitucionais, é indiscutível que as leis ordinárias do direito penal brasileiro devem consagrar, em face das garantias constitucionais, o sistema acusatório. (MARQUES, 2001, p. 21)

Dentre os princípios e garantias fundamentais tutelados pela Constituição de 1988, três deles merecem maior destaque com relação à eleição constitucional do sistema acusatório.

A primeira delas é a adoção constitucional do *regime democrático*, presente desde logo no 1º artigo da Carta Política. A eleição do sistema acusatório, como salienta Geraldo

Prado, é uma natural decorrência da adoção constitucional do *regime democrático*, tendo em vista que “a idéia de democracia atravessa o ambiente estrutural do processo”, devendo-se à “a concepção ideológica de um processo penal democrático a assertiva comum de que a sua estrutura há de respeitar, sempre, o modelo dialético, reservando ao juiz a função de julgar, mas com a colaboração das partes, despidendo-se, contudo, da iniciativa da persecução penal”.

Entretanto, discordando do mestre apenas quanto à necessidade de despir o juiz da iniciativa persecução penal, fazemos uso das palavras de Marcos Alexandre Zilli:

Tal iniciativa “não se trata...de uma aventura irresponsável e sufocadora da atuação dos sujeitos parciais. Em um processo penal democrático, cujos contornos acusatórios foram reforçados pela constituição federal de 1988, cabe aos sujeitos processuais parciais, originariamente, porém não exclusivamente, a condução do caminhar pela trilha instrutória. Afinal a marcha processual, como mencionado, realiza-se de maneira cooperatória. A dialética e o confronto, naturais que são, principalmente entre os sujeitos parciais, não impedem um caminhar rumo a um destino. Isto porque a síntese das energias antagônicas é gerenciada por um sujeito imparcial que não mais pode ser galgado àquela posição comumente referida como superior, distante e intangível.

[...]

É nesses precisos termos que a iniciativa instrutória do juiz, longe de ser antecipada ou prematura, deve ser suplementar ou complementar. Não se cuida, por outro lado, de inviolabilização ou enfraquecimento do exercício do poder-dever jurisdicional. Ao contrário, apenas se lhe confere contornos mais consentâneos com um Estado que se pretende Democrático de Direito, ou seja, um Estado no qual toda e qualquer parcela de poder é regida pelo direito e exercida democraticamente. (ZILLI, 2003, p. 181)

Outro fator que corrobora a eleição do sistema acusatório é a consagração do *princípio da presunção de inocência*, previsto no art. 5º, inc. LVII da Constituição de 1988, uma vez que a presunção de inocência, em sua acepção técnico-jurídica, como sendo regra de julgamento a ser utilizada sempre que houver dúvida (Capítulo 2, item 2.4.7), consubstanciada no princípio do *in dubio pro reo*, impõe exclusivamente ao sujeito ativo do processo penal o ônus da prova, de sorte que, em caso de dúvida, deve o juiz se valer, supletivamente, de sua capacidade

instrutória para formar seu convencimento mais próximo possível da certeza, para, então, absolver ou condenar o acusado.

Além da adoção do regime democrático e da previsão do princípio da presunção de inocência, outro fator que corrobora a eleição constitucional do sistema acusatório é a consagração do *princípio da dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil, art. 1º, inciso III da CF/88.

Assim, a Constituição de 1988 ao edificar a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, revela sua opção pelo modelo acusatório, haja vista ser este o único sistema processual penal em que o imputado é respeitado como sujeito de direitos, fazendo jus às garantias da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa e da imparcialidade do julgador.

Nota-se, portanto, que diante da adoção constitucional do regime democrático e dos princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, bem como da necessidade de interpretar a Constituição de maneira sistemática, urge reconhecer que a Constituição Federal de 1988 consagrou o sistema acusatório, assumido, assim, *status* constitucional no ordenamento jurídico pátrio. Isto é, toda previsão infraconstitucional deverá respeitar os princípio do sistema acusatório.

Esse é o entendimento que tem prevalecido nos Tribunais de nosso país; vejamos o teor de uma dessas decisões jurisprudenciais:

EMENTA: "HABEAS CORPUS" - CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - RESPONSABILIDADE PENAL DOS CONTROLADORES E ADMINISTRADORES DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LEI Nº 7.492/86 (ART. 17) - DENÚNCIA QUE NÃO

ATRIBUI COMPORTAMENTO ESPECÍFICO E INDIVIDUALIZADO AOS DIRETORES DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - INEXISTÊNCIA, OUTROSSIM, DE DADOS PROBATÓRIOS MÍNIMOS QUE VINCULEM OS PACIENTES AO EVENTO DELITUOSO - INÉPCIA DA DENÚNCIA - PEDIDO DEFERIDO. PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE O MINISTÉRIO PÚBLICO FORMULAR DENÚNCIA JURIDICAMENTE APTA. - O sistema jurídico vigente no Brasil - tendo presente a natureza dialógica do processo penal acusatório, hoje impregnado, em sua estrutura formal, de caráter essencialmente democrático - impõe, ao Ministério Público, notadamente no denominado "reato societario", a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa (...). (HC 84580, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-02 PP-00222 RT v. 98, n. 890, 2009, p. 500-513) [grifo nosso]

Ademais, corroborando tal entendimento, Paulo Rangel, acertadamente e de maneira inovadora, explica que a possibilidade de o juiz determinar, supletivamente, a realização de provas prevista no art. 156 do CPP está ligada ao princípio da verdade real – que para nós significa verdade una, isto é, certeza mais próxima da verdade judicial – e não ao sistema acusatório. (RANGEL, 2003, p. 53)

3.3 Fundamento normativo à iniciativa instrutória do juiz e sua constitucionalidade

O principal fundamento à iniciativa instrutória do juiz, na legislação processual penal pátria, em caráter geral, é o art. 156, incisos I e II do Código de Processo Penal. Porém, apesar do art. 156 ser o fundamento principal à iniciativa instrutória do juiz, o art. 209, também do CPP, apresenta-se no mesmo sentido ao estatuir que: “o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.”

O art. 156 do CPP dispõe:

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 dúvidas sobre ponto relevante. [grifo nosso]

Observa-se da inteligência deste artigo que embora o ônus da prova recaia, quase que exclusivamente, ao sujeito parcial responsável pela acusação, o legislador processual abriu espaço para que o juiz buscasse, no curso da instrução criminal, ou mesmo antes de proferir sentença, maiores esclarecimentos para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes; não sendo mais, o juiz, mero espectador das alegações das partes, podendo ele fazer parte da dialética do processo, o que dá características democráticas ao processo. (ZILLI, 2003, p. 180-181)

Dessa forma, mais uma vez fica demonstrado o equívoco de alguns doutrinadores em afirmar que os arts. 156 e 209, ambos do CPP, são incompatíveis com o sistema acusatório, pois, se assim o fosse, mencionado artigo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o que não ocorreu.

Nesse sentido, o Egrégio Superior Tribunal Federal, órgão responsável pelo controle constitucional das leis infraconstitucionais, revelou sua aceitação à iniciativa instrutória do julgador, consubstanciada no art. 156 e 209 do CPP, senão vejamos:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. REPRODUÇÃO SIMULADA DO FATO. INDEFERIMENTO. JUIZ DE CONVENIÊNCIA A PROPÓSITO DA IMPORTÂNCIA DA DILIGÊNCIA. 1. O artigo 7º do CPP confere à autoridade policial a faculdade de proceder à reconstituição do crime ou reprodução simulada dos fatos. Nada impede que o juiz, no exercício dos poderes instrutórios, a determine se achar relevante para dirimir dúvidas (CPP, art. 156). 2. Por seu turno, o artigo 184 do CPP dispõe que [s]salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade". Tem-se aí

juízo de conveniência tanto da autoridade policial, quanto do magistrado, no que tange à relevância, ou não, da prova resultante da diligência requerida. O Supremo Tribunal Federal não pode, em lugar do juiz, aferir a importância da prova para o caso concreto. (Precedentes). 3. A decisão que indeferiu a diligência está amplamente fundamentada no sentido de sua desnecessidade, não havendo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (RHC 88320, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 25/04/2006, DJ 26-05-2006 PP-00039 EMENT VOL-02234-02 PP-00390 RTJ VOL-00200-03 PP-01333 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 505-510 RT v. 95, n. 853, 2006, p. 513-515). [grifo nosso]

É formidável lembra ainda que o artigo em tela foi recentemente alterado pela Lei nº 11.690 de 9 de julho de 2008, que além de permitir a atuação de ofício durante a instrução, passou também a admitir a iniciativa instrutória do juiz em momento precedente à formalização da pretensão acusatória pelo Ministério Público, o que nos permite reafirmar sua compatibilidade (art. 156 e incisos) face à Constituição Federal de 1988 e, conseqüentemente, ao sistema acusatório. (TÁVORA & ANTONNI, 2009, p. 317)

Nesse contexto, é importante “que não se confunda o exercício da jurisdição com a atividade punitiva e repressora do Estado, estabelecendo, como postulou Binding, a perfeita separação entre o direito de punir e o direito ao pronunciamento da sentença pena”, pois a titularidade da primeira pertence ao Estado, como órgão de defesa social contra o crime, enquanto na segunda, o juiz, para resguardar sua imparcialidade, fica longe dessa pretensão, estando em suas mãos apenas a função pública firmada à jurisdição, aplicando o direito objetivo. (MARQUES, 2001, p. 20)

A previsão do art. 156 do CPP, ainda segundo Frederico Marques, trata na realidade de uma sábia preocupação do legislador do código de 1941 em obter o equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, por isso com a criação do Ministério Público, a acusação estatal encontrou o órgão apropriado ao exercício da pretensão punitiva e da ação penal, ficando o

juiz investido da incumbência exclusiva de decidir imparcialmente o conflito entre o direito de punir e o direito de liberdade do acusado; fazendo vigorar, assim, na forma processual acusatória, perfeita separação entre acusação e a jurisdição. (MARQUE, 2001, p. 25)

Nesse sentido, Souza Netto leciona que separadas estão as funções de julgar e acusar, cabendo a iniciativa do processo ao Ministério Público ou ao particular, e que embora seja o juiz responsável pelo impulso oficial do processo, e que o Código de Processo Penal autorize o juiz investigar *ex-officio* (art. 156 do CPP), esses elementos não desvirtuam a natureza acusatória, pois a função de investigar é exercida apenas de maneira subsidiária, cabendo, essencialmente, ao Ministério Público e a defesa trazer aos autos elementos que comprovem as teses levantadas. (SOUZA NETTO, 2003, p. 30)

Todavia, não sem razão, para aqueles que defendem o sistema acusatório, torna-se inevitável e evidente a discussão acerca da constitucionalidade de diversos dispositivos do Código de Processo Penal, que ainda carrega inúmeras hipóteses com características inquisitivas, como as disposições que permitem que 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). (BASTOS, 2009, aula 08, p. 03)

Entretanto, contrariando tal entendimento, José Frederico Marques defende tais previsões do código, sob a alegação de que esses atos são exceções que “representam uma concessão necessária aos requisitos da justiça prática que não afetam realmente a universalidade do princípio contraditório”. Tratando-se na realidade “de restrição exigida pela rapidez necessária a certas medidas cautelares, e que, ademais, se encontram tacitamente admitidas pela Constituição”. (MARQUES, 2001, p. 23)

Ainda com relação ao art. 156 do CPP, Marcus Vinicius Reis Bastos exterioriza a preocupação de que a possibilidade do magistrado determinar, de ofício, a produção antecipada de provas antes de ajuizada a ação penal deve ser exercida cautelosamente, tendo em vista que o órgão judiciário não pode assumir papel de investigador. Segundo ele, tal medida cautelar há de ser sempre precedida de provocação dos legítimos autores da ação penal, pois o papel assumido pelo juiz no processo penal de índole acusatória é incompatível com a sua atuação como ator principal da investigação criminal. (BASTOS, 2009, aula 13, p. 04)

Nesse sentido, o Superior Tribunal Federal decidiu Ação Direta de Constitucionalidade nos seguintes termos:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (ADI 1570, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838)

Em nosso modo de ver, é necessário exigir, no processo, para garantir a equidistância do juiz que faz a análise antecipada do mérito, presença de juiz diverso daquele que

ordenou a produção antecipada de provas, assim como é exigido na prisão preventiva, cuja apreciação do recurso para soltura é realizada por magistrado diferente daquele que ordenou a prisão. Pois salienta Parmerlee, que se o juiz inicia suas investigações “com um prejuízo em determinado sentido, há de afinal descobrir a verdade nesse mesmo sentido, ignorando as demais, segundo todas as probabilidades”. (MARQUES, 2001, p. 19)

Por isso, no mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover “ensina que não se confundia a iniciativa instrutória do juiz no processo com a atribuição de poderes de busca da prova na fase de investigação”, pois, “durante esta, o juiz só pode ter os poderes de determinar medidas cautelares, sob pena de voltar-se à figura do juiz inquisidor do processo antigo.” (GRINOVER, 1999, p. 09)

Com efeito, convém anotar novamente que a iniciativa instrutória do juiz, acolhida pelo art. 156 do CPP, deve observar algumas limitações, uma vez que a decisão judicial que determina a produção de prova deve ser fundamentada, produzida com observância do contraditório e a prova perseguida há de ser lícita e legítima. (BEDAQUE, 2001, p. 154-155)

Calha lembra ainda, a respeito do modelo acusatório e da produção de provas pelo julgador, os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover. A autora ensina que o sistema acusatório pode adotar duas formas, o *adversarial system*, que exige uma posição passiva do juiz, ficando a produção de provas a cargo apenas das partes, ou, o *inquisitorial system*, que preceitua um papel ativo do juiz na produção de provas, devendo, porém, ser observada sua imparcialidade e equidistância. (GRINOVER, 1999, p. 04)

No processo penal brasileiro, diante da consagração do art. 156 do CPP com redação dada pela Lei nº 11.690, de 09.06.2008, que ampliou os poderes instrutórios do juiz,

permitindo-o determinar a produção de provas para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes, é inevitável a afirmação pela escolha do último regime, o *inquisitorial system*. (BASTOS, 2009, “aula 13” p. 02)

É que o referido artigo, como já mencionado, pretende alcançar o equilíbrio entre os dois objetivos do processo penal, asseverados por Rogério Lauria Tucci: a) a tutela da liberdade jurídica do indivíduo; e b) a garantia da sociedade contra a prática de atos penalmente relevantes. Isto é, uma prestação jurisdicional justa que pretenda a paz social punindo o causador de seu desequilíbrio, mas sem arbitrariamente ferir a liberdade do indivíduo. (TUCCI, 2004, p. 34)

Portanto, não há que falar em inconstitucionalidade dos arts. 156 e 209 do Código de Processo Penal, haja vista que a iniciativa instrutória do juiz, como já analisado, é uma característica inerente ao sistema acusatório adotado pelo ordenamento jurídico interno, qual seja o sistema acusatório na forma *inquisitorial system*.

Além disso, a consagração destes artigos não representa a adoção do princípio inquisitivo, haja vista que a atuação ativa do juiz não diz respeito às características dos sistemas processuais penais, mas sim a construção do convencimento do julgador por meio da verdade atingível no processo.

CONCLUSÃO

Como se afirmou no início, a finalidade deste estudo é analisar a iniciativa instrutória do juiz, consagrada principalmente pelo art. 156 do Código de Processo Penal, à luz do sistema acusatório, que, como visto, foi eleito pela Constituição Federal de 1988.

Na primeira parte do trabalho foi realizado um exame dos sistemas processuais penais intitulados inquisitório, acusatório e misto, constatando que este último não é apto a ser considerado um verdadeiro sistema. Procurou-se esclarecer quais são os elementos constitutivos de cada um desses sistemas, visando ao final alcançar o elemento essencial que consubstancia o núcleo fundante de cada um deles.

Após esse estudo foi possível constatar que o elemento diferenciador dos sistemas é a distribuição das funções de acusar, defender e julgar. No sistema inquisitivo essas funções estão concentradas em uma única pessoa, ou seja, nas mãos do inquisidor. Já no sistema acusatório essas funções são distribuídas a órgãos ou pessoas distintas, não podendo nenhuma dessas figuras suprimir a função da outra sob o risco de ferir o princípio do acusatório.

Essa diferenciação foi de extrema importância para desmistificar a idéia da doutrina minoritária que apresenta a gestão das provas como elemento diferenciador dos sistemas processuais. Segundo eles, uma vez sendo a iniciativa instrutória do juiz um princípio inquisitivo, a consagração do art. 156 do CPP pelo ordenamento jurídico interno, externa, em nosso processo penal, a adoção do sistema inquisitivo.

Acontece que, como estudado no presente trabalho e asseverado por Paulo Rangel, tal iniciativa instrutória do juiz não tem nada a ver com os sistemas processuais penais,

mas sim com a busca da verdade. Quando o juiz demonstra papel ativo no processo ele não está investigando, acusando ou defendendo, o que ele está fazendo na realidade é usando uma capacidade probatória supletiva e complementar para alcançar a verdade mais próxima do que realmente aconteceu. Portanto, o juiz não está quebrando a separação das respectivas funções.

Ademais, verificamos que os termos sistema acusatório e sistema inquisitório não são sinônimos das expressões *adversarial system* e *inquisitorial system*, pois estes dois últimos são formas que o sistema acusatório pode adotar.

O sistema acusatório que adota o modelo *inquisitorial system*, prevê a presença de um juiz necessariamente ativo, isto é, um juiz que não esteja apenas submisso à iniciativa das partes, o que demonstra o equívoco que a doutrina minoritária faz em relacionar a iniciativa instrutória do juiz com o sistema inquisitório, pois diferentemente do que eles pensam, o sistema inquisitório nada tem haver com o *inquisitorial system*.

Este modelo, consagrado pelo Brasil conforme inteligência do art. 156 do Código de Processo Penal, as funções de acusar, defender e julgar são distribuídas a órgãos ou pessoas distintas, diferenciando do *adversarial system* somente no que diz respeito à marcha do processo e a produção de provas, uma vez que no primeiro as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz, enquanto no segundo essas atividades recaem, exclusivamente, sobre as partes parciais.

No segundo momento deste trabalho, percebemos, entretanto, que essa iniciativa instrutória do juiz deve observar o devido processo legal. Ou seja, assim como toda atuação do juiz, essa atividade probatória do julgador, pregada, principalmente, pelo art. 156 do CPP, deve observar limitações e cuidados à princípios constitucionalmente estabelecidos.

Falamos em limitações porque essa atuação do juiz deve obedecer aos limites impostos pela licitude e legitimidade das provas, possibilitando o contraditório, e nunca se esquecendo de obrigatoriamente motivar suas decisões.

Quanto aos cuidados, referimos às garantias constitucionais estabelecidas no art. 5º, e incisos, da Constituição Federal de 1988, que assegura a todo cidadão a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

Além também de garantir ao acusado de prática de infração penal a ampla defesa, o contraditório, a publicidade, a igualdade, a presunção de inocência, a dignidade da pessoa humana e, sobretudo, no condizente à gestão de provas, a equidistância e a imparcialidade do juiz, que não fica prejudicada pela sua determinação probatória, tendo em vista que o mesmo não sabe o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual parte será favorecida por sua produção.

Assim, a eleição constitucional do sistema acusatório, que tem como característica principal a separação das funções de acusar, defender e julgar à órgãos distintos, e a preferência do Código de Processo Penal pelo modelo *inquisitorial system* (art. 156 do CPP), autoriza ao juiz, em sua prestação jurisdicional, uma atuação legitimamente ativa.

Ademais, estando diante de um ordenamento jurídico constitucionalmente fundado, com características democráticas e publicísticas, a dialética é estritamente necessária para alcançar uma verdade mais próxima do que realmente aconteceu, de forma que o juiz construa seu convencimento e atinja a certeza necessária para condenar o réu, ou absolvê-lo devido à fragilidade das provas e à aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Dessa forma, na medida em que o exercício eficaz do poder jurisdicional supõe a realização do melhor acerto fático possível, é preciso conceber um juiz necessariamente ativo.

Por outro lado, com o desenvolvimento do direito moderno, que necessariamente tem acompanhado a consistente busca pela dignidade da pessoa humana e interesse da coletividade, não há mais de admitir um direito submisso a disponibilidade das partes - caracterizando um completo individualismo - nem mesmo um direito com características autoritárias, de maneira a provocar a supressão do diálogo entre as partes e o juiz.

Outrossim, analisando as garantias constitucionais do processo penal sob o ponto de vista da concepção publicista do processo e da função social do mesmo, favorece a conclusão de que a opção correta é seguir a corrente doutrinária que defende o posicionamento ativo do juiz na instrução do processo.

Portanto, diante do estudo realizado, conclui-se que a iniciativa instrutória do juiz é completamente compatível com os princípios constitutivos do sistema acusatório, o que, em razão da eleição constitucional desse sistema, também demonstra a inteira constitucionalidade do art. 156 do Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FONSECA ANDRADE, Mauro. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juiz e a prova**. In: Revista de Processo, nº 35. São Paulo: RT, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5º ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Marcus Vinícius Reis. “Aula 02” ministrada pelo professor e juiz federal: **“modelo acusatório e processo penal brasileiro”**. Material disponível nos arquivos do espaço aluno do Uniceub: <<http://www.espacoaluno.uniceub.br/View.aspx?Nr9U8Dd6s51RiTB3%2beJUpZfm7DA0zR9cwYaGKocgTLY%3d>> Acessado em: 03/10/2009 às 11h40min.

_____. “Aula 13” ministrada pelo professor e juiz federal: **“modelo acusatório e processo penal brasileiro”**. Material disponível nos arquivos do espaço aluno do Uniceub: <<http://www.espacoaluno.uniceub.br/View.aspx?Nr9U8Dd6s51RiTB3%2beJUpZfm7DA0zR9cwYaGKocgTLY%3d>> Acessado em: 03/10/2009 às 11h40min.

_____. “Aula 08” ministrada pelo professor e juiz federal: **“Fontes históricas do processo penal brasileiro”**. Material disponível nos arquivos do espaço aluno do Uniceub: <<http://www.espacoaluno.uniceub.br/View.aspx?Nr9U8Dd6s51RiTB3%2beJUpZfm7DA0zR9cwYaGKocgTLY%3d>>, acessado em 03/10/2009 às 11h40min.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella – 3. Ed. ver. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almeida, 2003.

CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à Execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CORDEIRO, Franco. **Procedura penal**. 2. ed. Milão: Giuffrè, 1971.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro**. Revista de estudos criminais, Porto Alegre, Notadez, v. 1, n. 1, 2001.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. Ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. **REVISTA FORENSE**, Rio de Janeiro, vol. 347 - 1999 (julho/agosto/setembro).

HAMILTON, Sergio Demoro. **A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 12, p. 191-206, 2000.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal e sua conformidade constitucional (fundamento da instrumentalidade garantista)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARTINS, Charles Emil Machado. **A reforma e o “poder instrutório do juiz” será que somos medievais?** Disponível em: <www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/charlesemi.pdf>
Acesso em: 22 mar. 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. – 16. ed. ver. e atual. até janeiro de 2004 – São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MITTERMAIER, C.J. A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 4. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pachelli. **Curso de processo penal**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUPERIO TRIBUNAL FEDERAL. 1º Turma. RECr nº 136.239/SP. Ementa: [...] Relator: Min. Celso de Mello, unânime, DJU, Seção I, de 14.08.92, p. 12.227, RTJ 143/306.

_____. 2º Turma. HC nº 84.580. Ementa: [...] Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 25/08/2009, DJe-176 Divulg. 17-09-2009 Public. 18-09-2009 EMENT VOL-02374-02 PP-00222 RT v. 98, n. 890, 2009, p. 500-513.

_____. 2º Turma. RHC nº 88.320. Ementa: [...] Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 25/04/2006, DJ 26-05-2006 PP-00039 EMENT VOL-02234-02 PP-00390 RTJ VOL-00200-03 PP-01333 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 505-510 RT v. 95, n. 853, 2006, p. 513-515.

_____. ADI nº 1.570. Ementa: [...] Relator(a): Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838.

TÁVORA, Nestor; Rosmar Antonni. **curso de direito processual penal**. Salvador - Bahia: Editora JusPODIVM, 2ª ed., rev. e ampl., 2009.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais: tempo, tecnologia, dromologia e garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1 – 24. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. - 2. ed.rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.