

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Gustavo Noronha de Avila, Nestor Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-196-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade de Brasília (UnB) entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, consolidou-se a cisão entre os

Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, haja vista a diferença de objetos entre eles, malgrado a instrumentalidade deste para com aquele. Contudo, não se abandonou a visão constitucional, que deve ser o norte de ambos.

No dia dedicado à apresentação dos artigos no GT de Processo Penal e Constituição, compareceram os autores dos 19 trabalhos aprovados, e que ora fazem

parte dos presentes anais. A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. Aliás, o número relativamente pequeno de artigos aprovados, se comparados a outros eventos organizados pelo Conpedi, fez com que o debate fosse altamente incentivado e privilegiado, possibilitando o intercâmbio de pensamentos, de discussões e de oitiva de posicionamentos contrapostos, dentro do espírito livre que deve ser preservado na academia.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados manteve-se na seguinte ordem: processo penal constitucional (6 trabalhos); relações entre direito processual penal

direito processual civil (2 trabalhos); relações entre o direito penal e o direito processual penal (3 trabalhos); investigação criminal (3 trabalhos); e provas no processo penal (5 trabalhos). A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal e da imediata atualização do Código de Processo Penal. Entretanto, alguns poucos trabalhos flertaram perigosamente com a relativização de princípios processuais penais, bem como com o afastamento do sistema acusatório, o que não deixa de ser preocupante em um momento de total autoritarismo processual penal, com o qual a Universidade não pode compactuar.

É certo que o papel persecutório estatal deve ter como premissa a Constituição Federal e os documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, sem deixar de considerar o igual

protagonismo da tutela das liberdades individuais. O debate nacional que envolve a tensão entre segurança pública e liberdades individuais não pode deixar de ter seu foco no indivíduo e nos direitos e garantias consolidados no texto constitucional.

Aqui vale a lembrança do que foi exposto no prefácio da obra organizada neste GT, por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, realizado em Belo Horizonte em 2015: “Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construírem um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos”.

E vale acrescentar: nunca contra a Constituição Federal, nunca se esquecendo dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, mas sempre de braços dados

com ela.

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos de Resende (Universidade de Brasília – UnB)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (UNICESUMAR)

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza -

INCONSTITUCIONALIDADE DO PODER DE INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

UNCONSTITUTIONALITY OF THE POWER OF EVIDENTIARY JUDGE INITIATIVE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Danilo da Cunha Sousa ¹

Resumo

A Constituição Federal de 1988 tem sistema próprio de processo penal, caracterizado por ser acusatório e garantista, que se contrapõe ao sistema inquisitivo do Código de Processo Penal de 1941. O objetivo do trabalho consiste em analisar o poder de iniciativa instrutória do juiz à luz do modelo processual penal constitucional com abordagem crítica do tema. Aborda-se o tema na legislação vigente, no Projeto de Novo Código de Processo Penal e, enfim, sob o ponto de vista constitucional, valendo-se de doutrina e jurisprudência. Os métodos utilizados foram o analítico e o dedutivo.

Palavras-chave: Devido processo legal, Poder de iniciativa probatória do juiz, Inconstitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The Federal Constitution of 1988 has its own system of criminal procedure, characterized by being accusatory, which is opposed to the inquisitorial system of the Criminal Procedure Code of 1941. The objective is to analyze the power of instructory initiative of the judge in the light of constitutional criminal procedure model with critical approach to the subject. Addresses the issue in the current legislation, the draft of the New Code of Criminal Procedure and, finally, under the constitutional point of view, taking advantage of doctrine and jurisprudence. The methods used were analytical and deductive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Due process of law, Power probative judge initiative, Unconstitutionality

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Mestrando em Direito pela Unesp (Franca)

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Penal, editado sob a vigência da Constituição Federal de 1937, arcabouço jurídico da Ditadura de Vargas, adotou modelo de processo penal voltado a viabilizar a pretensão punitiva estatal, relegando os direitos do acusado a segundo plano.

Dentro da cultura enraizada pelo Código de Processo Penal, a iniciativa probatória por parte do juiz se justifica na necessidade de se buscar pretensa verdade real e, assim, concretizar-se a Justiça Penal.

A Constituição Federal de 1988, ao inaugurar Estado Democrático de Direito, centrado no respeito à dignidade da pessoa humana, enumerou diversos direitos e garantias fundamentais, não só em seu art. 5.º, como em outros espalhados ao longo do Texto Constitucional, sem prejuízo de outros reconhecidos pela República em tratados e convenções internacionais.

Entre os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, estão alguns de natureza processual penal, a ponto de se poder dizer que há sistema constitucional próprio de processo penal no nosso ordenamento jurídico.

Esse sistema constitucional se opõe ao modelo adotado pelo Código de Processo Penal, o que implica necessidade de se rever a concepção de diversos institutos processuais penais, entre os quais a possibilidade de iniciativa probatória pelo juiz.

O objetivo desse trabalho consiste em analisar se o poder instrutório do juiz é compatível com o modelo garantista da Constituição Federal de 1988, marcado pelo devido processo legal e seus corolários.

Para tanto, de início, analisa-se o modelo acusatório de processo penal adotado pela Constituição Federal de 1988, contrapondo-o em relação ao sistema inquisitivo do Código de Processo Penal de 1941. Ainda nesse primeiro tópico, disserta-se sobre o princípio do devido processo legal e seus corolários que interessam ao presente estudo: o contraditório e ampla defesa, a presunção de inocência, a vedação de provas obtidas por meio ilícito e a imparcialidade do juiz.

Em seguida, passa-se à análise do art. 156 do Código de Processo Penal, que regulamenta o poder de iniciativa probatória do juiz, fundado na busca da verdade real ou material, fazendo-se considerações acerca do dispositivo em sua redação original naquela

conferida pela Lei n. 11.690/2008. Nesse ponto, ainda se faz abordagem do tratamento dado à matéria pelo Projeto de Lei n. 8.045/2010, do Senado Federal, proposta de Novo Código de Processo Penal.

Ao depois, faz-se análise da iniciativa probatória por parte do juiz em face do sistema processual penal constitucional, em relação aos postulados que interessam à matéria, anteriormente destacados.

As fontes primárias do presente estudo são a Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal em vigência (Decreto-Lei n. 3.689/1941) e o Projeto de Novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei n. 8.045/2010).

O trabalho se desenvolveu por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, notadamente do Supremo Tribunal Federal, sobre o modelo constitucional e legal de processo penal, especificamente acerca da iniciativa probatória pelo juiz.

Dentre os métodos de abordagem existentes, foram utilizados, sobretudo, o analítico e o dedutivo, tendo em vista este permitir que se parta do geral (postulados constitucionais de natureza processual penal) em direção ao específico (poder instrutório do juiz à luz desses postulados), enquanto que aquele se fez necessário para que fosse feita uma análise ampla e profunda dos aspectos jurídicos relacionados à temática.

1. PROCESSO PENAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

De acordo com o ordenamento jurídico, há dois modelos de processo penal a serem seguidos pelo Estado: o utilitarista e o garantista.

Pelo modelo utilitarista, o processo penal é mero mecanismo útil para que o Estado exerça o *jus puniendi* em face daquele que supostamente cometera um crime. As regras processuais são voltadas para que se chegue a uma pretensa verdade real e, assim, se aplique a pena. O processo é tido como uma pretensão do Estado (persecutória), para, ao fim dele, satisfaça-se a pretensão punitiva. Os interesses do acusado são relegados a um segundo plano.

De outro lado, o modelo garantista parte do pressuposto de que o acusado é sujeito de direitos da relação jurídica processual. Mais do que isso: sujeito hipossuficiente da relação jurídica processual. As regras processuais devem ter como objetivo a efetividade dos direitos e garantias fundamentais do acusado com consequente restrição das ingerências estatais sobre o *status libertatis* do cidadão.

No Brasil, tradicionalmente, prevalece o processo penal utilitarista, adotado pelo Código de Processo Penal, editado sob a forma de Decreto-Lei em 1941, durante a vigência da Constituição Federal de 1937, arcabouço jurídico da Ditadura de Vargas.

Essa característica do Código de Processo Penal pode ser encontrada em vários de seus dispositivos ainda em vigor, como, por exemplo, a permissão de decretação de prisão preventiva para garantia da ordem pública (art. 312, CPP). Vê-se aqui conceito vaguíssimo – ordem pública – a autorizar a privação do direito fundamental à liberdade.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 adotou o modelo garantista de processo penal, ao inaugurar Estado Democrático de Direito, que ressalta valores da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais, enumerando vários deles exemplificativamente em seu art. 5.º, sem prejuízo de outros espalhados pelo Texto Constitucional e reconhecidos pela República em tratados e convenções internacionais.

A Constituição Federal de 1988 adotou o sistema acusatório de processo penal, que partilha da mesma base epistemológica da democracia, centrada na valorização da dignidade da pessoa humana (LOPES JÚNIOR, 2012, p. 233).

As origens do sistema acusatório se dão já na Antiguidade, na Grécia e, com maior nitidez, em Roma, no último século da República, em que, de forma inovadora, por meio de ação *delicta publica*, a acusação incumbia a um representante voluntário da coletividade, o *accusator*, órgão não pertencente ao Estado, distinto Juiz (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 138).

Na atualidade, pode-se estabelecer as seguintes características do autêntico sistema acusatório, segundo Aury Lopes Júnior:

a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição atendendo a critério de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 140-141).

O sistema processual penal constitucional de modelo acusatório centra-se no direito fundamental ao devido processo legal, cujo alcance foi definido pelo Min. Celso de Mello no julgamento do AgR/HC n. 111.567/AM.

A começar, estabeleceu-se que o *due process of law* representa o próprio estatuto constitucional do direito de defesa do acusado e, ao mesmo tempo, expressiva limitação à atividade persecutória do Estado (investigação penal e processual penal).

Além disso, no mesmo julgado, situou-se que, do devido processo legal, extraem-se elementos essenciais à ordem constitucional, entre os quais os seguintes destacados pela Suprema Corte:

(a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); (k) direito à prova; e (l) direito de presença e de “participação ativa” nos atos de interrogatório judicial dos demais litisconsortes penais passivos, quando existentes (BRASIL, 2014).

É certo que, no atual estágio do constitucionalismo, a observância das cláusulas do devido processo legal não se deve limitar à mera subsunção dos atos processuais ao procedimento previsto em lei (devido processo legal formal). Deve-se verificar se esse procedimento possibilita a efetiva concretização dessas cláusulas processuais (devido processo legal material).

Só haverá respeito ao devido processo legal, se e quando o procedimento previsto em lei possibilitar efetivamente o contraditório e a ampla defesa, a vedação ao uso de provas ilícitas, a presunção de inocência etc.

A instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação de caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao direito penal e à pena, mas, principalmente, um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias fundamentais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 67).

O objeto do processo penal constitucional, ao contrário do processo civil, não é o pedido, não é o “bem da vida”, mas a busca de um processo justo, em que os direitos e garantias individuais do acusado sejam respeitados. No processo penal, não se está em jogo ter aquele ou outro bem, mas um direito fundamental, qual seja a liberdade de locomoção do acusado.

Por processo penal justo, deve-se ter aquele em que são observados o devido processo legal e os seus corolários, como o contraditório e a ampla defesa, a presunção de inocência, a

vedação ao uso de provas ilícitas e a imparcialidade do julgador (art. 5.º, LIV a LVI, da Constituição Federal de 1988).

O contraditório pode ser visto sob dois primas: direito de participação na formação da convicção do juiz e *par conditio* ou paridade de armas, na busca de efetiva igualdade processual (OLIVEIRA, 2013, p. 43). É a possibilidade que se confere às partes de argumentar, rebater, produzir provas, debater as provas e, com isso, influir na formação do convencimento do juiz.

Em complementariedade, a ampla defesa surge como o direito do acusado à autodefesa e à defesa técnica pelos meios e recursos disponíveis a ela inerentes.

A autodefesa se divide em duas: em primeiro lugar, o direito de audiência, em que o acusado pode influir diretamente na formação da convicção do magistrado, como ocorre no interrogatório; em segundo lugar, o direito de presença, por meio do qual, ao réu, se permite tomar posição a todo momento sobre a prova produzida (ALENCAR; TÁVORA, 2012, p. 60).

A defesa técnica, que, no processo penal, é imprescindível, é a exercida por defensor devidamente habilitado, seja constituído, seja nomeado nas hipóteses em que o acusado não responde à citação ou não tem condições econômicas de constituir defensor. Nesse ponto, a ampla defesa é consectário lógico da garantia de acesso integral à Justiça aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5.º, LXXIV, Constituição Federal de 1988).

No que se refere ao Tribunal do Júri, o Texto Constitucional estabelece como garantia do réu a plenitude de defesa (art. 5.º XXXVIII, *a*). A doutrina distingue a plenitude de defesa da ampla defesa, já que, na segunda, o exercício está adstrito a argumentos técnicos-jurídicos, enquanto, na primeira, pode-se valer a defesa de teses técnicas, sentimentais, sociais, políticas, como a clemência.

O postulado da presunção de inocência ou estado de inocência é o ponto que torna o processo penal peculiar em relação aos demais ramos do direito processual. Presume-se que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Provar o contrário é ônus do Estado-acusação.

O princípio da presunção de inocência tem suas bases incipientes no direito romano. No entanto, foi com as ideias iluministas que ganhou substrato a ponto de ser considerado valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana.

O não reconhecimento do postulado da presunção de inocência é típico de estados totalitários, como os nazifascistas, de tal modo que a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948, resposta da humanidade aos terrores da Segunda Guerra Mundial, deu guarida a ele.

A presunção de inocência é inerente à concepção que se tem de Estado Democrático de Direito como o inaugurado pelo Texto Constitucional de 1988, porque impede restrições indevidas à esfera jurídica dos cidadãos (BRASIL, 2016).

A Constituição Federal de 1988 veda ainda o uso de provas obtidas por meio ilícito. Trata-se de postulado que limita a atuação persecutória do Estado. O princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas, a um só tempo, inibe e desestimula a adoção de práticas probatórias ilegais por parte do Estado e tutela direitos e garantias individuais, como da intimidade e da privacidade, enquanto valores reconhecidos pela ordem jurídica (OLIVEIRA, 2013, p. 343).

Como corolário do princípio que veda o uso de provas obtidas por meio ilícito, a jurisprudência norte-americana desenvolveu a teoria da árvore envenenada ou da ilicitude por derivação, acolhida pela ordem constitucional brasileira.

De acordo com essa teoria, “a prova ilícita produzida (árvore) tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos)” (ALENCAR; TÁVORA, 2012, p. 60). Por exemplo, da confissão obtida por meio de tortura, prova ilícita, convence-se o juiz a autorizar busca e apreensão domiciliar. Esta, a princípio seria lícita, mas, porque sua origem é ilícita, igualmente, se torna imprestável.

Embora não contemplada expressamente no Texto Constitucional, mas prevista em Tratados Internacionais adotados pela República, como o Pacto de San José da Costa Rica (art. 8.º), a imparcialidade do juiz está intrinsecamente relacionada ao sistema acusatório, em que há distinção entre os órgãos julgador e acusador.

O sistema processual penal constitucional exige mais do que isso ao impor que o órgão jurisdicional mantenha postura equidistante entre as partes, na busca de tratamento isonômico à iníqua relação jurídica processual, estabelecida entre o Estado-acusação e o acusado.

Não se pode descuidar que o juiz, enquanto humano, não é neutro, pois influenciado por suas condições ideológicas, políticas, sociais, econômicas etc. Porém, deve ser imparcial, principalmente se compreendermos que a imparcialidade é uma construção técnica artificial do direito processual (LOPES JÚNIOR, 2014), com o fim de se dar legitimidade democrática à prestação jurisdicional.

Do modelo acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, centrado no devido processo legal e seus corolários, é que se deve partir à interpretação dos institutos processuais penais, como a iniciativa de ofício do juiz na produção de prova.

2. A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A instrução probatória tem como objetivo a reconstrução da verdade dos fatos investigados. A Justiça só seria alcançada com a obtenção da realidade histórica, tal como efetivamente ocorridos os fatos no tempo e no espaço.

A busca da reconstrução fática dos fatos levados a Juízo conduz à verdade real ou material. É esse o ideal de Justiça, oposto à verdade formal, aquela obtida no interior dos Autos processuais.

De acordo com setores da doutrina, no processo civil, em que os interesses são disponíveis, basta a verdade formal. Tanto é assim que, em regra, um dos efeitos da revelia é a presunção de veracidade das alegações de fato formuladas pelo autor (art. 344, Código de Processo Civil de 2015).

Já, no processo penal, marcado pela indisponibilidade dos interesses em jogo, pretensão punitiva do Estado e direito de locomoção do acusado, a verdade material é meta imprescindível. Em contraponto ao processo civil, no sistema penal, a inércia do acusado jamais gera revelia, já que, nesse caso, há nomeação de defensor *ad hoc* e, principalmente, não se pode falar em presunção de veracidade dos fatos descritos na inicial acusatória.

Na busca da verdade material ou real, é que se encontra fundamento para se admitir a possibilidade de iniciativa probatória pelo juiz.

A verdade material

(...) contaria com a produtividade do órgão julgador, que de mero espectador passaria a atuar, inclusive, de ofício, no esforço conjunto de revelar o ocorrido. Em sede penal, portanto, onde os interesses em jogo são indisponíveis, caberia ao julgador ser intransigente com meras especulações ou ilações quanto aos fatos, para que se reconstrua nos autos o que realmente aconteceu quando da ocorrência do delito (ALENCAR; TÁVORA, 2012, p. 396).

O Código de Processo Penal sempre admitiu a iniciativa probatória do juiz, o que não poderia ser diferente, pois a verdade real sempre foi a meta de processos de modelo inquisitivo. De acordo com essa concepção, a atividade probatória do juiz seria meramente supletiva, o que não prejudicaria a inércia da jurisdição e se evitaria que não se alcançasse a verdade e, em consequência a Justiça, em decorrência da deficiente produção de provas pelas partes, principalmente, pela Defesa.

Antes da reforma de 2008, o art. 156 do Código de Processo Penal tratava da distribuição do ônus da prova, ao estabelecer que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer. E, em seguida, acrescentava que juiz, de ofício, poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Note-se que, na redação originária do art. 156 do Código de Processo Penal, a iniciativa probatória do juiz não era vista como uma faculdade, mas um dever em caso de dúvida sobre ponto relevante do processo. Dever porque a meta do processo, na concepção do legislador de 1941, era a verdade real, única forma de se promover Justiça.

A Lei n. 11.690/2008 reformulou o sistema probatório do Código de Processo Penal, cujo art. 156 passou a prever a possibilidade de o Juiz determinar de ofício a realização de provas em duas ocasiões: na fase de investigação, a produção de provas antecipadas, consideradas urgentes e relevantes; e, no curso da instrução, a produção de provas para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Na primeira hipótese, ainda antes de iniciada a investigação criminal, o juiz pode determinar de ofício a realização de provas antecipadamente com o fim de se evitar o perecimento do objeto probatório.

Mesmo que não representada pela Autoridade Policial ou requerida pelo Ministério Público, o órgão judicial pode determinar a realização de prova antecipada, desde que considere urgente e relevante.

Registre-se que o legislador de 2008, nesse ponto, regrediu em relação ao de 1941, pois, enquanto esse permitia a iniciativa probatória apenas no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, aquele já o permite na fase policial.

Trata-se de flagrante contrariedade ao sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, porque não cabe ao Judiciário a tutela da investigação criminal, quando ainda sequer se pode se falar em prestação jurisdicional criminal, que se inicia com a decisão de recebimento ou rejeição da peça inicial acusatória.

Na fase investigativa, a atuação judicial não tutela a investigação criminal, mas as liberdades públicas do investigado em face de eventual arbítrio por parte do Estado persecutório (OLIVEIRA, 2013, p. 334).

Na segunda hipótese, o juiz pode determinar a produção de provas de ofício, se, ao final da instrução, permanecer dúvida sobre fato relevante.

No processo penal, vige o princípio do *in dubio pro reo*, segundo o qual o juiz absolverá o réu ao final da instrução, caso não existir provas suficientes para a condenação, consoante art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Interpretação sistemática dos arts. 156, II, e 386, VII, do Código de Processo Penal faz chegar-se ao entendimento de que a absolvição por falta de provas só é possível se não há diligências que possam suprir a dúvida do magistrado.

Caso se vislumbre que a produção de algum meio de prova possa afastar a dúvida, o próprio juiz, com fundamento no art. 156, II, do Código de Processo Penal pode determinar de ofício a realização das provas.

Por sua vez, o Projeto de Lei n. 8.045/2010, já aprovado pelo Senado Federal e encaminhado à Câmara dos Deputados, em seu art. 4.º, veda a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

No art. 165 do Projeto, ficou estabelecido que as provas serão propostas pelas partes. O parágrafo único de mencionado artigo estabelece que o juiz tem a faculdade de esclarecer dúvidas sobre as provas, observado o citado art. 4.º.

De acordo com o Projeto de Novo Código de Processo Penal, ao adotar o sistema acusatório, é defeso ao juiz a iniciativa probatória, pois cabe às partes propor a produção de provas, conforme disposição dos arts. 4.º e 165, *caput*.

O parágrafo único do art. 165 do Projeto não pode ser interpretado como abertura à possibilidade de o juiz ter iniciativa probatória, já que expressamente remete ao art. 4.º. Ao juiz, concede-se a faculdade de requerer esclarecimentos sobre as provas já produzidas e não determinar de ofício a produção de novas.

3. A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ À LUZ DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 enumerou vários dispositivos que têm como objeto regras de natureza processual penal a ponto de se poder dizer que há sistema próprio de processo penal constitucional.

Se o Texto Constitucional, ao estabelecer Estado Democrático de Direito, em que o homem se encontra no centro do ordenamento jurídico, pode ser classificado como garantista, também o é o modelo de processo penal por ele adotado.

O sistema processual penal estabelecido pela Constituição Federal de 1988, por meio de suas normas que instituem direitos e garantias fundamentais do acusado, se caracteriza como limitação à atividade persecutória estatal.

Na ordem constitucional vigente, que adotou o sistema acusatório, as atividades de investigar, acusar e julgar estão perfeitamente delineadas e individualizadas entre instituições distintas do Estado, quais sejam, respectivamente, Polícia Judiciária, Ministério Público e Poder Judiciário.

O poder de iniciativa probatória por parte do juiz viola frontalmente o sistema acusatório desenhado pela Constituição Federal de 1988, pois representa invasão de atribuição da Polícia Judiciária e do Ministério Público.

Nesse sentido, acolhendo a tese de que, no sistema acusatório, o dever de colher provas incumbe à Polícia Federal ou à Polícia Civil e ao Ministério Público, e não ao Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 3.º da Lei n. 9.034/1995 (antiga Lei de Crime Organizado), que estabelecia a possibilidade de o juiz de realizar pessoalmente diligências de acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais do investigado.

Em seu voto, o Ministro Maurício Corrêa valeu-se de precisa lição de Ada Pelligrini Grinover, segundo a qual o dispositivo impugnado é inconstitucional, porque, no sistema acusatório, os ofícios de acusação e defesa são essenciais à função jurisdicional, cujo exercício é de atribuição dos juízes, que “têm competência para processar e julgar, mas não para investigar no âmbito extraprocessual” (BRASIL, 2004).

Interessante notar que o sistema acusatório da Antiguidade foi cedendo espaço para o sistema inquisitivo, dada a crítica que se fazia à inércia do juiz na produção de provas, que devia decidir com base no conjunto de provas, por vezes, defeituoso trazido pelas partes.

É nisso que se fundamentam os poderes instrutórios do juiz, típico do sistema inquisitivo e que teve o auge nos Tribunais da Inquisição, na Idade Média, em que as provas eram obtidas das formas mais cruéis e desumanas, por meio das mais variadas práticas de tortura, com o fim de se chegar à confissão, então tida como a rainha das provas. Tudo produzido por um único órgão, com competência para investigar, colher provas e julgar.

A possibilidade de iniciativa probatória pelo juiz, acolhida pelo Código de Processo Penal e admitida por larga parte da doutrina e da jurisprudência, se mostra como repetição desse erro gravíssimo à evolução da humanidade (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 140).

A iniciativa probatória por parte do juiz não respeita o contraditório e a ampla defesa, porque é patente a quebra da paridade de armas e da estrutura dialética do processo.

Ressalte-se que o acusado é sujeito hipossuficiente da relação jurídica processual, cabendo ao juiz estabelecer isonomia nessa iníqua relação. Ao ter iniciativa probatória de ofício,

ao invés de diminuir essa desigualdade, o juiz se aproxima da posição de órgão acusador, acentuando a condição de fragilidade do acusado frente o Estado persecutório.

Também, o princípio da presunção de inocência é desrespeitado pela possibilidade de iniciativa probatória pelo juiz. Isso porque referido princípio tem reflexos na distribuição do ônus probatório.

Em matéria processual penal, toda a carga probatória recai sobre a acusação (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 75), pois o acusado se presume constitucionalmente inocente. Afastar essa presunção incumbe ao órgão acusador, que, no sistema jurídico brasileiro, é o Ministério Público.

Ao Poder Judiciário, não cabe ir atrás da prova, mas zelar pelos direitos e garantias do acusado, entre os quais o de presunção de inocência.

A iniciativa probatória pelo órgão judicial fere igualmente o princípio da imparcialidade, outra marca característica do sistema acusatório.

Objetivamente, a imparcialidade impõe que o juiz permaneça em posição equidistante em relação às partes. A possibilidade de juiz ter iniciativa probatória se aproxima do sistema inquisitivo, porquanto o magistrado se afasta de posição suprapartes (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 234).

Além disso, a imparcialidade também é ferida no aspecto subjetivo, pois o juiz que produz prova se vê psicologicamente prejudicado.

Evidente que não há como evitar a relação de causa e efeito entre as provas coligidas contra o suposto autor do crime e a decisão a ser proferida pelo juiz. Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando a imparcialidade (BRASIL, 2004).

O juiz apaixonado pelo seu labor investigativo está propenso a cometimento de abusos a ponto de se afastar dos princípios básicos da justiça, pois tratou o acusado como condenado desde o início das investigações (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 141).

A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é no sentido de que o juiz com participação ativa na colheita de provas tem a sua imparcialidade violada, seja no aspecto subjetivo, seja no aspecto objetivo, pois se vê contaminado por pré-juízo e na sua relação com o objeto do processo (VEDANA, 2012, p. 50).

Uma vez que a iniciativa probatória pelo órgão julgador fere os mais elementares princípios do processo penal constitucional, a prova obtida por ela deve ser considerada ilícita, bem como aquelas delas derivadas.

Prova ilícita não é só aquela obtida sem observância do procedimento previsto em lei. Estende-se tal conceito às provas obtidas sem o respeito ao direito material, notadamente, o de nível constitucional.

Se a prova produzida pelo juiz de ofício ofende o devido processo legal e seus consectários, como o contraditório e a ampla defesa, a presunção de inocência e a imparcialidade do órgão julgador, é de se ter por ilícita por violação ao direito material constitucional naquilo que lhe é mais essencial: os direitos e garantias fundamentais.

Por evidente, em face da teoria da árvore envenenada ou da ilicitude por derivação, as provas obtidas em decorrência daquelas produzidas pelo juiz de ofício devem ser consideradas ilícitas.

Há de se considerar ainda que o fundamento para se permitir a iniciativa probatória por parte do juiz é a busca da verdade real ou material, que seria imprescindível em matéria processual penal, dada a indisponibilidade dos interesses em jogo.

Alcançar a verdade material é mito ou dogma, porque “toda a verdade judicial é sempre uma verdade *processual*” (OLIVEIRA, 2013, p. 331), ou seja, a verdade que se alcança é aquela revelada na via judicial, reproduzida pela atividade instrutória.

O mais relevante é que o alcance da pretensa verdade real já justificou as arbitrariedades do sistema inquisitivo desde os tempos sombrios da Idade Média, como acima já mencionado.

No modelo inquisitivo adotado pelo Código de Processo Penal, a possibilidade de iniciativa probatória pelo juiz é consequência desse sistema, porém, incompatível com o acusatório da Constituição Federal de 1988.

A cultura inquisitiva e a busca pela pretensa verdade material ou real se encontram tão enraizadas que, ao menos no que tange à iniciativa probatória pelo juiz, as reformas de 2008 se mostraram mais retrógradas, porque se passou a prever que o órgão judicial possa determinar a realização de ofício ainda na fase extraprocessual (art. 156, II, Código de Processo Penal).

De outro lado, o Projeto de Código de Processo Penal, já provado pelo Senado Federal, ao cumprir seu objetivo de ver o processo penal regido pelos princípios constitucionais, já em seu art. 4.º, veda a iniciativa probatória pelo juiz, vedação essa que ganha corpo de princípio fundamental expreso.

Essa nova sistemática prevista no Projeto de Lei em discussão sofre resistências. A Associação dos Juízes Federais manifestou-se no sentido de que a proposta, além de ir de encontro com a tradição legislativa e jurisprudencial brasileira, gera o risco de transformar o processo penal em mera disputa entre acusação e defesa, com a vitória do melhor profissional

e com prejuízos à descoberta da verdade e à correta aplicação da lei penal (MAGISTRADOS CRITICAM NOVO CPP).

Reconhece-se que suportar atividade probatória incompleta das partes é risco que se corre no sistema acusatório. Porém, não é com a destruição desse sistema, conferindo-se poder instrutório ao juiz que se resolve a questão.

O Estado já possui órgão público de acusação já estruturado, o Ministério Público. Incumbe-lhe, nesse momento, instituir e instrumentalizar a Defensoria Pública, órgão com incumbência constitucional de promover a defesa dos necessitados em Juízo. Com isso, garante-se a dialética imprescindível ao processo penal, com a possibilidade isonômica de se dar voz à acusação e à defesa.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, I e III). Além disso, o Texto Constitucional já em seu artigo 5.º estabelece rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais.

O sistema constitucional se caracteriza, portanto, como sendo garantista, porque coloca o ser humano no centro da ordem jurídica de modo a possibilitar que ele desenvolva os atributos de sua personalidade plenamente.

Nesse contexto de “Constituição Cidadã”, há vários dispositivos de natureza processual penal a ponto de se poder concluir que o Texto Constitucional adotou sistema próprio de processo penal.

O sistema processual constitucional se caracteriza por se acusatório, em que há nítida divisão de atribuições entre diversos órgãos do Estado. Investigar e produzir provas são atribuições da Polícia Judiciária e do Ministério Público, órgãos essenciais à Justiça, mas que não fazem parte de sua estrutura. Ao Judiciário, incumbe a função de julgar, não produzir provas.

O modelo garantista de processo penal, acolhido amplamente pela Constituição Federal de 1988, encontra no devido processo legal o verdadeiro estatuto constitucional de

defesa do acusado, do qual se emanam os demais direitos e garantias do acusado, enquanto sujeito de direitos hipossuficiente da relação jurídica processual.

É a partir dessa concepção de processo penal acusatório e garantista que se deve interpretar os institutos processuais, entre os quais a iniciativa probatória pelo juiz.

O poder instrutório de juiz é admitido pelo art. 156 do Código de Processo Penal desde a sua redação originária e foi ampliado pelas reformas de 2008, que expandiram esse poder do juiz à fase pré-processual.

Não poderia ser diferente, pois a iniciativa probatória pelo órgão judicial é compatível com o sistema inquisitivo adotado pelo Código de Processo Penal, editado sob a forma de Decreto-Lei na vigência da Constituição de 1937, marcada por características fascistas.

Os fundamentos jurídicos para se admitir que o juiz de ofício determine a produção de provas são suprir eventual defeituosa produção de provas pelas partes e possibilitar que se chegue à verdade real, única forma de se obter Justiça Penal.

Porém, a iniciativa probatória do juiz não é compatível com o modelo de processo penal acolhido pela Constituição Federal de 1988, não só porque viola o sistema acusatório, como já comentado, como ainda porque infringe os postulados do contraditório e da ampla defesa, do estado de inocência, da imparcialidade do julgador e, em consequência, da vedação ao uso de provas ilícitas.

Há violação aos postulados do contraditório e da ampla defesa, porque, ao determinar provas de ofício, o juiz quebra a estrutura dialética do processo e a paridade de armas entre as partes.

No processo penal, a relação jurídica já é iníqua e cabe ao juiz estabelecer a isonomia entre o Estado acusação e o acusado, este a parte hipossuficiente. Com a iniciativa probatória, o órgão julgador amplia essa desigualdade.

No que se refere ao princípio da presunção de inocência, este tem reflexos na distribuição do ônus probatória, porque todos se presumem inocentes, cabendo ao Estado afastar essa presunção. Em matéria processual penal, toda a carga probatória recai sobre a acusação, exercida pelo Ministério Público. Desincumbindo-se este de provar a culpa, não pode o Judiciário produzir provas, mas absolver o réu por insuficiência de provas.

A imparcialidade do órgão julgador, inerente ao sistema acusatório, também é ferida pelo poder de iniciativa probatória pelo juiz, tanto objetiva, quanto subjetivamente. Ao instruir, o juiz forma um “pré-juízo” valorativo sobre o objeto do processo e a pessoa do acusado, contra o qual forma prejulgamento de culpa.

Ao infringir o devido processo legal e seus corolários, as provas produzidas a partir da iniciativa de ofício pelo juiz devem ser consideradas ilícitas, porque violam direito material constitucional naquilo que lhe é mais essencial: os direitos e garantias fundamentais.

Diante disso, conclui-se que a iniciativa probatória pelo juiz se mostra incompatível com o sistema processual constitucional, devendo ser afastada a aplicação do art. 156 do Código de Processo Penal.

Nessa quadra, o Projeto de Código de Processo Penal se mostra coerente com a Constituição Federal de 1988 ao prever expressamente que a produção das provas incumbe às partes, afastando do juiz a possibilidade de produzir provas de ofício.

A resistência a essa postura do Projeto, como o retrocesso das reformas de 2008 no que tange à redação do art. 156 do Código de Processo Penal em vigor, revela que a cultura inquisitiva do Código de Processo Penal de 1941 ainda permanece enraizada.

Passados quase trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, não se trata de mera modificação da legislação, mas de mudança de cultura, de visão, de objetivo de processo penal, que se reclama para adoção, enfim, do sistema acusatório garantista constitucional, com o qual é completamente incompatível o poder de iniciativa probatória por parte do juiz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Poder Executivo, Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

_____. **Constituição Federal.** Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 1570-2. Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. Julgamento: 12/02/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>>. Acesso em: 21. Mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. AgR/HC n. 111.567/AM. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJe de 30-10-2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081159>>. Acesso em: 20. Mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* 126.292 São Paulo. Voto de Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Teoria da dissonância cognitiva ajuda a compreender a imparcialidade do juiz**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>>. Acesso em: 19. Mar. 2016.

Magistrados criticam novo CPP. Disponível em: <<http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/2125632/magistrados-criticam-novo-cpp>>. Acesso em: 25. Mar. 2016.

MENEZES VEDANA, Fernanda. **A imparcialidade como requisito essencial ao exercício da função jurisdicional**: repercussões processuais e análise da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2012. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67420/000872086.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19. Mar. 2016.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES ALENCAR, Rosnar; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.