

## A INICIATIVA PROBATÓRIA CONFERIDA AO JUIZ É UMA VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO

Evidential initiative offered to the court is a violation of the adversarial system?

Suzane Rodrigues Mathosinhos<sup>1</sup>

Mauro da Cunha Savino Filó<sup>2</sup>

**Resumo:** Pretendeu-se com este artigo analisar a iniciativa probatória conferida ao magistrado no processo penal, tendo em vista a previsão legal do artigo 156 do Código de Processo Penal, que teve sua redação alterada pela Lei 11.690 de 09 de junho de 2008 que conferiu ao juiz a possibilidade de ordenar provas de ofício ainda mesmo antes de iniciada a ação penal. Vários doutrinadores discutem acerca da inconstitucionalidade do referido dispositivo. Percebe-se que quando é conferido ao magistrado iniciativa probatória está ferindo o sistema processual acusatório adotado implicitamente pela Constituição Federal, pois quando a gestão probatória está nas mãos do julgador caracteriza-se a presença do sistema inquisitivo, há uma aglutinação entre as funções de acusar e julgar e o juiz passa a exercer a função que cabe ao Ministério Público. Quando o magistrado exerce a função de acusação ocorre a inobservância do princípio da igualdade entre as partes, bem como violação das garantias fundamentais do acusado. Observa-se nitidamente que diante desses poderes instrutórios a imparcialidade do magistrado fica comprometida. Portanto, em regra cabe às partes a função precípua de produzir provas, ao magistrado é atribuída a função supletiva de provas.

**Palavras-chave:** *Magistrado; Imparcialidade, Iniciativa probatória; garantias constitucionais; Sistemas processuais.*

**Abstract:** This article is intended to analyze the probative initiative given to the magistrate in criminal proceedings, in view of the legal provisions of Article 156 of the Criminal Procedure Code, which had its amended by Law 11,690 of June 9, 2008 that gave the judge the possibility of ordering office evidence before the start of the prosecution. Several authors argue about the unconstitutionality of said device. We can see that when it is given to the magistrate probative initiative it is damaging the accusatory procedural system, implicitly adopted by the Federal Constitution, because when the probative management is in the hands of the judge is characterized the presence of an inquisitorial system, there is an agglutination between the functions of accusation and judge and the judge start to perform the function that it is up to the Public Ministry. When the magistrate exercises the prosecution function is failure to observe the principle

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafete.

<sup>2</sup> Mestre em Direito (UNIPAC/JF) Professor da FDCL. Advogado.

---

of equality between the parties, as well as violation of fundamental guarantees of the accused. It is clearly observed that before these instructive powers the impartiality of the judge is compromised. Therefore, as a rule it is up to the parties the primary function of producing evidence, to the magistrate is attributed the supplementary function of evidence.

**Keywords:** magistrate, impartiality, probative initiative and constitutional guarantees, procedural systems.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo analisar se a iniciativa probatória conferida ao juiz no processo penal brasileiro infraconstitucional fere a Constituição Federal, nossa lei maior.

Para uma melhor compreensão do assunto abordado far-se-á necessário um estudo sobre a distinção dos três Sistemas processuais penais desenvolvidos na evolução histórica do direito processual penal, a saber, o inquisitivo, o acusatório e o misto, a fim de verificar-se qual sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

Será feita uma explanação dos dispositivos do Código de Processo Penal, datado de 1941, e suas mudanças, que conferem ao magistrado a possibilidade de determinar a produção de provas de ofício e observar-se-á se a sua imparcialidade não resta comprometida nestes casos.

Analisar-se-á as garantias fundamentais consagradas na Constituição Federal, a saber, direito ao contraditório, ampla defesa, devido processo legal, igualdade, presunção de inocência, juiz natural e, também, de alguns princípios que regeriam o processo penal, entre eles, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade entre as partes, o do livre convencimento, o da publicidade, iniciativa das partes que influem no tema a ser estudado como, também, a separação entre as funções de acusar, julgar e defender esculpidas na Magna Carta.

---

Dessa forma será problematizada se a previsão legal que dá ao magistrado o poder de requerer provas está em consonância com o Sistema Acusatório implicitamente previsto em nossa Carta Magna.

## Capítulo I—A questão da prova no Processo Penal

A Lei de introdução ao Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.931/41—explica que na nova sistemática processual estabelecida pelo Código de Processo Penal promulgado em 1941 concedeu-se ao magistrado poderes instrutórios, para se esclarecer a verdade. É o que se entende ao lermos o item em relação às provas:

“O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença(...).Por outro lado,o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. (...) Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o in dúbio pro reo ou o non liquet.”

Assim, para a sistemática estabelecida pelo Código de Processo Penal de 1941 o juiz deverá ordenar a produção de provas, caso as partes não tenham produzido determinada espécie de prova que poderiam comprovar a culpabilidade do réu, não podendo julgar a demanda em favor deste declarando-o inocente seja porque o magistrado tenha ficado em dúvida pelas provas produzidas até então pelas partes ou por falta elementos para condená-lo.

---

Subtende-se que por meio da iniciativa probatória conferida ao juiz há uma aglutinação de funções, a saber, produzir prova e julgar. Assim, o juiz afasta de sua função precípua que é julgar e exerce também a função de produzir provada culpabilidade do acusado que deveria ser exclusiva à parte acusatória.

Tal determinação foi cristalizada com a promulgação do Código em 1941 nos artigos 156 e 209 ambos do Código de Processo Penal.

Porém, com o advento da Constituição Federal de 1988 um novo paradigma foi criado com relação à sistemática processual.

Foram instituídos princípios que norteiam nosso processo penal, bem como nosso ordenamento jurídico, entre eles estão: igualdade das partes, ampla defesa, devido processo legal, contraditório, presunção de inocência, garantia do juiz natural, publicidade, imparcialidade do juiz, motivações judiciais, tripartição dos poderes, entre outros.

A Constituição de 1988 ao estabelecer no seu artigo art. 2<sup>ª</sup> tripartição dos poderes, deixou claro a separação existente entre as funções que compete ao poder legislativo que é legislar, ao poder executivo, administrar e ao poder judiciário julgar, ressaltando ainda que os mesmos são independentes. Quando a Constituição em seu artigo 129, I prevê a função específica do Ministério Público de promover a ação penal pública, verifica-se que a ele compete a função de acusação. Se verificarmos o artigo 95, parágrafo único, I também da Magna Carta podemos concluir que ao juiz compete a função precípua de julgar, já que é defeso ao juiz exercer outro cargo ou função, exceto uma de Magistério. Ainda, no mesmo diploma legal, nos artigos 133 da Constituição Federal verificamos que o advogado é indispensável à administração da justiça, mais ainda na seara penal. Veja o que reza os referidos artigos abordados acima:

Art. 2<sup>ª</sup> São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

---

Art. 129. “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

Art. 95. “Os juízes gozam das seguintes garantias: Parágrafo único. Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério”

Art. 133. “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” e Art. 134. “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

Assim, a Constituição Federal estabeleceu e delimitou a função de todos os sujeitos que atuam no processo penal, ou seja, ao juiz cabe a função de julgar; ao Ministério Público a função de acusar na ação penal pública e todos os ônus à esta função inclusive produzir provas para alicerçar a condenação do acusado e a defesa (função específica do advogado) a função de defender e produzir contraprovas às produzidas pela acusação.

Em 2008 a Lei 11.690/2008 trouxe uma grande mudança legislativa e derogou o artigo 156 do Código Processo Penal, acrescentando os incisos I e II com a seguinte redação:

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

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

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Por meio da leitura do referido artigo infere-se que o juiz se julgar necessário poderá de ofício ordenar a produção de provas sobre ponto relevante e determinar a realização de diligências para dirimir dúvidas antes de proferir sua decisão.

---

O artigo 209 do Código de Processo Penal mantém até o momento seu texto inalterado.

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.  
§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

Percebe-se que se o juiz não se convencer com os depoimentos das testemunhas arroladas pelas partes poderá ouvir outras testemunhas.

O principal argumento que justifica os poderes instrutórios do juiz, inclusive citado indiretamente pela Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, é um dos princípios basilares que rege o processo penal, a saber, a busca da verdade real.

Guilherme de Souza Nucci faz uma distinção entre verdade formal e verdade real

A verdade formal é a que emerge no processo , conforme os argumentos e as provas trazidas pelas partes. Contenta-se o juiz com a realidade espelhada pelas provas apresentadas , sem que seja obrigado , ele mesmo, a buscar a verdade ( o que efetivamente ocorreu no plano fático). Exemplo maior disso é o que ocorre no processo civil(...). Tal situação jamais ocorre no processo penal, onde prevalece a verdade real , que se situa o mais próximo possível da realidade. Não se deve contentar o juiz com as provas trazidas pelas partes , mormente se detectar outras fontes possíveis de busca-las(...) A adoção do princípio da verdade real no processo penal tem por fim fomentar no juiz um sentimento de busca , contrário à passividade , pois estão em jogo os direitos fundamentais da pessoa humana, de um lado, e a segurança da sociedade de outro. (NUCCI, 2012, p.364)

Fernando Capez afirma que “no processo penal, o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a verdade formal constante dos autos”. (CAPEZ, 2010, p.73.)

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar defendem que

O processo penal não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade. O magistrado pauta seu trabalho na reconstrução da verdade dos fatos, superando eventual desídia das partes na colheita probatória, como forma de exararum

---

provimento jurisdicional mais próximo possível do ideal de justiça. (TÁVORA & ALENCAR, 2012, p. 61)

Antes de analisarmos o problema, para uma melhor compreensão do assunto abordado, far-se-á necessário um breve estudo sobre a distinção dos três Sistemas processuais penais desenvolvidos na evolução histórica do direito processual penal, abordados pela doutrina, ou seja, o acusatório, o inquisitivo e o misto, a fim de verificar-se qual é o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

## **Breve Histórico dos Sistemas Processuais Penais**

Conforme ensina Aury Lopes Junior “Os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época.” (LOPES JUNIOR, 2013, p. 105)

Veremos agora os principais sistemas processuais existentes em nossa história ao longo dos tempos e que até hoje influem direta ou indiretamente em nossa legislação e prática processual.

### **1.1 - Sistema Acusatório**

O sistema acusatório surgiu logo a reação a uma ofensa grave da ordem jurídica deixou de ser exercício do arbítrio do príncipe ou da vingança privada do ofendido. Teve sua primeira notícia no Direito Grego onde “se desenvolveu referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador”. (LOPES JUNIOR, 2013, p. 107)

---

Ressalte-se que o sistema acusatório com acusação popular foi criado pelos gregos, desenvolvidos pela república romana e conservado, até hoje, na Inglaterra.(PACHECO, 2005. p.56)

Tourinho Filho afirma que

No dia do julgamento, falava, por primeiro, o Acusador, inclusive inquirindo suas testemunhas. Em seguida a Defesa. Os Juízes (...) punham-se na posição puramente passiva de árbitros de uma luta leal entre as partes; afinal, votavam sem deliberar (...) no mesmo julgamento, 100, 500, 1.000 e até mesmo 6.000 Juízes. (TOURINHO FILHO, 2000, p. 80.)

O Direito Romano manteve o sistema acusatório como modelo, durante todo o período Republicano até que foi com o tempo mitigado (quando foi permitido ao Juiz iniciar o processo de ofício) e completamente sufocado pelo processo inquisitivo, criação do Direito Canônico, na Idade Média no séculoXIII, amplamente utilizado pela inquisição.( TOURINHO FILHO, 2000, p. 90-94.)

As características fundamentais do sistema acusatóriosão: distinção entre a atividade de acusar e julgar com iniciativa probatória destinada às partes; juiz como um terceiro imparcial; tratamento igualitário às partes (ou seja, existência de contraditório);(GONÇALVES, 2001,p.119-131. )procedimento predominantemente oral; publicidade do procedimento; possibilidade de defesa; possibilidade de impugnar decisões; ônus da iniciativa do processo à parte acusadora.(Conf. CAPEZ,2010. p.82; TOURINHO FILHO, 2000. p. 90-91; LOPES JUNIOR,2013,p.108-109)

## 1.2Sistema Inquisitivo

Segundo Aury Lopes Júnior “O sistema histórico, na sua pureza, é um modelo histórico. Até o século XII, predominava o sistema acusatório, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo”(LOPES JUNIOR, 2013. p. 111)

“O sistema processual penal inquisitivo ou inquisição se estendeu por toda a Europa continental do século XIII ao século XVIII, triunfando sobre o direito germânico e sobre a organização feudal de administração da justiça”. (PACHECO,2005 p.58)

---

Conforme visto seu embrião iniciou-se quando se permitiu ao Juiz iniciar o processo de ofício, e, teve seu auge na idade Média, pela igreja Católica que passou a usar e difundir o processo *per inquisitionem*, a partir do Concílio Lateranense em 1215.(CONF. TOURINHO FILHO, 2000,p.92).

Assim, desenvolveu-se em razão da convergência de interesses entre a igreja católica, que afirmava sua universalidade e lutava contra os infiéis, tentando manter seu poder e controle sobre os indivíduos e os estados nacionais sob o regime de monarquia absoluta, que procuravam se firmar contra o poder feudal. (PACHECO,2005,p.58)

O direito penal era usado, portanto, para aterrorizar os povos para que seus perseguidos fossem exemplo aos demais, para que não pensassem diferentemente destes, mantendo assim o status quo.

“O sistema inquisitivo, estabelecido pelos canonistas, pouco a pouco dominava as legislações laicas da Europa continental, convertendo-se em verdadeiro instrumento de dominação política” (TOURINHO FILHO, 2000, p. 85)

“O sistema inquisitivo correspondia á concepção de um poder central absoluto, com a centralização de todos os aspectos do poder soberano (legislação, administração elegislação) em uma única pessoa.”(PACHECO, 2005.p.58).Assim, “as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas numa só pessoa: o Juiz. É ele que inicia, de ofício, o processo, quem recolhe as provas e, a final, profere a decisão, podendo, no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão.”(Conf. TOURINHO FILHO, 2000, p. 92)

O acusado deixava, então de ser um sujeito de direitos no processo penal, passando a ser mero objeto da investigação e do processo.Ressalte-se que, com a confissão a figura da defesa era dispensada, tendo em vista que a confissão do investigado-processado era tida como absoluta, recebendo o título de “Rainha das Provas”.

Tal estrutura procedimental “foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta” que se chegava com a confissão do acusado”. (LOPES JUNIOR,2013,p.116)

---

São características do sistema inquisitivo dentre outros: É sigiloso; sempre escrito; não é dado direito ao contraditório; reúne na mesma pessoa (o Juiz) as funções: de acusar, defender e julgar; o réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução e tarificação de provas. (CAPEZ,2010,p.83)

O sistema inquisitivo esteve presente até o início do século XIX quando as ideias Iluministas de valorização do homem, seus direitos naturais foram descaracterizando paulatinamente o modelo inquisitivo, se aproximando do sistema atualmente adotado o chamado "misto ou formal acusatório". (LOPES JUNIOR, 2013,p.117)

### 1.3 Sistema Acusatório Formal,Misto ou Neoinquisitivo

O sistema misto, também conhecido por sistema acusatório formal,se desenvolveu durante o século XIX, tendo como lei base o *code d'instructioncriminelle* francês de 1808, que se expandiu pela Europa continental a partir do triunfo das ideias da Revolução Francesa e da dominação napoleônica. (PACHECO,2005,p.59)

Neste sistema o Estado, que continua com a função de acusar e julgar as divide entre dois personagens distintos: a função de julgar fica com a responsabilidade do juiz e a acusação do Ministério Público.

O sistema misto possui uma fase inicial, na qual se procede a uma investigação preliminar inquisitória, não tendo o investigado direito ao contraditório e à ampla defesa,destinada a colher elementos para que o Ministério Público realize a sua *opiniodelict*, e uma segunda fase final, em que se procede a instrução e o julgamento do processo com todas as garantias do processo acusatório.(CAPEZ, 2010. p,83)

Será possível a existência deste sistema misto?

Se o sistema acusatório é a antítese do sistema inquisitivo há possibilidade de existência do sistema misto ou estamos diante de um sistema neoinquisitório? (LOPES JUNIOR, 2013, p. 118). Ainda vemos resquícios do processo inquisitivo na segunda fase do sistema misto?

Entendemos que o sistema misto é o resultado do afastamento do modelo criado pelo sistema inquisitivo indo, novamente, em direção ao sistema acusatório, não sendo, portanto, um modelo em si.

---

Vamos ver agora qual o sistema processual penal adotado pela Constituição Federal de 1988.

## **CapítulolIII- As Garantias Fundamentais consagradas na nossa Constituição e o Sistema Processual Penal brasileiro**

### ***1-As Garantias Fundamentais consagradas na nossaConstituição***

Nossa Magna Carta consagra várias garantias fundamentais e estabelece princípios aplicáveis ao nosso ordenamento jurídico processual. Entre eles estão: o devido processo legal, a igualdade processual, contraditório,

---

ampla defesa, presunção de inocência, garantia do juiz natural.( Cf. MACHADO, 2009, p. 147-179)

O devido processo legal – *due process of law* – traz consigo “todas as garantias processuais” (TOURINHO FILHO, 2000,p.49) e está insculpido em nossa Constituição explicitamente (art. 5º, LIV), sendo considerado o princípio fundante ou *mater* de onde derivam todos os demais princípios processuais(Cf. MACHADO,2009,p. 159.) O devido processo legal garante que “os direitos fundamentais da pessoa serão efetivamente respeitados e garantidos pelo Estado no processo” (MACHADO,2009,p.147-158)e que “o devido processo representa as garantias processuais de que o processo penal observará as formas previamente estabelecidas para a sua tramitação”.(MACHADO,2009,p.147-158).Assim, sem a observância do devido processo legal, não há que se falar em existência processual, sendo o processo nulo ou inexistente.

Veja o que reza o artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal:

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

A igualdade processual, também conhecida por isonomia processual, é um princípio decorrente do próprio caput da Constituição, princípio também conhecido como paridade de armas, que visa assegurar às partes isonomia processual, ou seja, dar às partes e aos seus procuradores oportunidades iguais de tratamento, colocando-as em um mesmo plano, com os mesmos direitos, ônus, obrigações e faculdades, e proporcionar a todos que participam do processo uma igualdade perante o juiz. (Conf. TOURINHO FILHO, 2000, p.45)

O artigo 5º, inciso LV da Constituição garante às partes o direito ao contraditório e a ampla defesaestandoinsculpidos no mesmo inciso, veja abaixo:

Art. 5º, LV “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

O princípio do contraditóriogaranteàs partes a informação de todos os atos produzidosnoprocesso, dando às mesmas oportunidades para participar e

---

manifestar sobre esses atos. Conforme vimos o contraditório é uma consequência clara do sistema acusatório em que as partes deixam de ser meros objetos do processo e passam a ser atores do mesmo, podendo participar ativamente do mesmo para buscar uma decisão que lhe seja favorável.

A ampla defesa compreende duas garantias: a defesa técnica e a auto defesa. A defesa técnica é feita por profissional habilitado (advogado), devendo ser esta efetiva e real, não somente meramente formal e não podendo o réu ser julgado sem defensor. A autodefesa é feita pelo acusado, que poderá praticar determinados atos processuais em prol de suas pretensões. Assim, o processo visa proporcionar às partes a mais ampla possibilidade de defesa e os recursos a ela inerentes.(MACHADO,2009, p. 161-162)

A presunção de inocência, ou da não culpabilidade, encontra-se previsto no artigo (5º, inciso LVII, da Constituição Federal).

Art.5º,LVII –“ ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Significa dizer que até o trânsito em julgado da sentença condenatória os acusados são considerados presumidamente inocentes. Convém dizer também que tal presunção está intimamente ligada com o princípio *in dubio pro reo*, que determina que se o juiz depois de analisar as provas ainda restar dúvidas sobre a autoria do crime, ou qualquer aspecto sobre o processo, absolverá o réu. (...) “o risco de condenação de um inocente há de merecer muitos e maiores cuidados que o risco da absolvição de um culpado”.(DE OLIVEIRA, 2012.p.34)

O princípio do juiz natural encontra-se previsto no artigo 5º, incisosXXXVII e LIII da Constituição Federal. Veja o referido artigo:

---

Art. 5º, XXXVII “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e art. 5º, LIII, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

Este princípio impede a existência de um juiz ou do Tribunal de exceção, ou seja, a competência para o juiz julgar determinado crime já tem que ser prevista na lei anteriormente ao cometimento da infração penal, não se podendo “criar” um tribunal ou “escolher” um determinado juiz para julgar um caso específico.

“O Juiz natural é, portanto, uma garantia inscrita entre os direitos fundamentais na Constituição brasileira, que limita os poderes do Estado na persecução penal, impedindo que esta possa ser exercida de forma arbitrária, como acontece geralmente nos Estados autoritários ou de exceção” (MACHADO, 2009. p. 162.)

Após examinarmos no capítulo anterior as características de cada sistema processual desenvolvido ao longo da evolução histórica do direito penal, a saber, o acusatório, o inquisitivo e o misto, e neste capítulo termos estudado algumas garantias processuais fundamentais consagradas na nossa constituição, passamos à verificar qual é o sistema processual penal adotado pela nossa constituição.

## ***2-Sistema processual penal brasileiro***

A doutrina brasileira diverge sobre qual é o sistema processual penal adotado em nosso ordenamento jurídico.

Denilson Feitosa Pacheco ensina que

A constituição Federal de 1988 fundou um novo “ordenamento jurídico”, claramente estabelecendo um sistema acusatório. O princípio da divisão de poderes (art.2º da CR) estabelece a divisão das funções de jurisdição, legislação e administração no exercício da soberania estatal, que deve encontrar sua correspondência no processo penal, inclusive com divisão entre as funções de acusar (“administrativa”) e de julgar (jurisdicional).(PACHECO,2005,p.64)

Geraldo Prado citado por Denilson Feitosa Pacheco

O Brasil afirmou que se constitui em um “estado democrático de direito” (art.1º, caput da CR), o que também se reflete no processo

ATHENAS

---

penal, pois a democracia no processo penal projeta a tutela dos direitos fundamentais e da disciplina constitucional da divisão dos poderes em seu interior, e resulta na implementação do princípio da divisão de funções no próprio processo, atribuindo - se a diferentes sujeitos as atividades de acusar, defender e julgar. (...) Um processo penal acusatório, fundado no princípio do estado democrático de direito, não deixa espaço para um juiz autocrático, com poderes a ser ilimitados e absolutos. (...) Podemos concluir, assim que a Constituição Federal adotou o "princípio acusatório. (PACHECO, 2005, p.64-65)

Geraldo Prado continua afirmando que

Assim se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção da inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não diga expressamente, a Constituição da República o adotou. Verificando que a Carta Constitucional prevê, também, a oralidade no processo, pelo menos como regra para as infrações penais de menor potencial ofensivo, e a publicidade, concluiremos que se filiou, sem dizer, ao sistema acusatório. (PRADO, 2006, p.195)

Sobre o tema Eugênio Pacelli de Oliveira ensina que

A doutrina brasileira costuma referir-se ao modelo brasileiro de sistema processual, no que se refere à definição da atuação do juiz criminal, como um sistema de natureza mista, isto é, com feições acusatórias e inquisitórias. (...) No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação." (...) "De todo modo, e, sobretudo, a partir da possibilidade de participação do acusado e de seu defensor no ato interrogatório, não vemos como não se reconhecer, ou não vemos por que abdicar de um conceito acusatório de processo penal na ordem constitucional. (DE OLIVEIRA, 2012,p.15)

Fernando da Costa Tourinho Filho defende com clareza que

No direito pátrio, o sistema adotado é o acusatório. 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 iudicio. 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, 1998, p.95)

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar também fazem coro com Renato Brasileiro de Lima ao defenderem que

---

O sistema acusatório é o adotado no Brasil, de acordo com modelo plasmado na Constituição Federal de 1988. Com efeito, ao estabelecer como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal (art.129,I CF/88), a carta Magna deixou nítida a preferência por esse modelo que tem como características fundamentais a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a personagens distintos. Os princípios do contraditório, da ampla defesa e da publicidade regem todo o processo; o órgão julgador é dotado de imparcialidade; o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado. Nota-se que o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão de prova, não sendo mais o juiz, por excelência, o seu gestor. (TAVORA, & ALENCAR,2012,p.41)

Luís Fernando de Moraes Manzano ensina que

O sistema pátrio é misto. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas ( art.155, caput, do CPP),mas exporá os motivos que o levaram a tal decisão (art.93,IX,da CF). (MANZANO ,2012,p.332)

Guilherme de Souza Nucci sustenta

O sistema adotado no 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 poderíamos até dizer que nosso sistema é o acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). O corre que no processo penal (procedimentos, 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,2012,p.122)

Percebemos que a grande maioria dos doutrinadores estudados por nós sustenta que a Constituição, embora implicitamente, adotou como sistema processual penal brasileiro o sistema acusatório, com exceção de Luís Fernando de Moraes Manzano e Guilherme de Souza Nucci que sustentam ser o sistema processual penal brasileiro, o misto.

Em que pese os argumentos expendidos pelos dois últimos autores que defendem que o sistema processual penal adotado é o misto, não se pode concordar com essa doutrina, pelo principal argumento que o Código de Processo Penal deve seguir os ditames da Constituição Federal. Verdade é

---

que o Código de Processo Penal tem alguns dispositivos que conferem ao juiz poderes instrutórios, porém, os mesmos são incompatíveis com a Constituição Federal, ferindo diretamente vários princípios da mesma.

“Em um ordenamento que adote Constituição do tipo rígida, como o nosso, as normas constitucionais situam-se num patamar de superioridade em relação a todas as demais espécies do ordenamento jurídico, funcionando como fundamento de validade para estas, significa dizer, a rigidez da origem denominado princípio da supremacia da Constituição.”(PAULO & ALEXANDRINO, 2012,p.575)

Infere-se, portanto, que a Constituição na posição hierárquica que ocupa, sendo a Lei maior, todas as outras legislações infraconstitucionais bem como o Código de Processo Penal devem seguir os ditames por ela estabelecidos e realizar uma interpretação dos seus dispositivos à luz daquela.

Como se depreende, embora o Código de Processo Penal brasileiro seja inspirado preponderantemente em princípios inquisitivos – conquanto existam dispositivos inseridos pelas sucessivas reformas que prestigiam o sistema acusatório -, a sua leitura deve ser feita à luz da Constituição, pelo que seu modelo de processo deve se adequar ao constitucional acusatório, corrigindo os excessos inquisitivos (interpretação conforme à constituição). (...) “O Código de Processo Penal brasileiro, de 1941(...) inspirado que foi, em sua maior parte, no Código Rocco, da Itália, de inspiração fascista. Preponderava a ideia que deveria estar o juiz em situação de superioridade hierárquica às partes (acusação e defesa), como uma espécie de super parte, sem cautelas para preservar eficazmente sua imparcialidade.(TAVORA, & ALENCAR, 2012, p.40-42)

Observa-se pela leitura do trecho acima que o Código de Processo Penal trás em seu texto dispositivos que colocam o juiz em uma hierarquia superior às partes e aos advogados, dispositivos já mencionados em outra oportunidade em nosso estudo, mas que é mister mencioná-los novamente, são os artigos 156 e 209 ambos do Código de Processo Penal que conferem ao juiz poderes de iniciativa probatória,ferindo completamente o princípio da imparcialidade e da igualdade entre todos que participam do processo.

Um dos argumentos que os doutrinadores justificam para justificar a afirmativa que o juiz teria a iniciativa probatória é um dos princípios basilares do processo penal, que é a verdade real. Tal princípio, já estudado

---

anteriormente, não é absoluto, ou talvez sequer exista. Conforme visto a verdade real é uma imposição, uma criação do sistema inquisitivo que buscava justificar a atuação, em uma mesma pessoa, das funções de acusar, produzir provas, julgar e até defender.

O julgador jamais conseguirá retratar a verdade real, ou seja, todos os elementos que se deram nos fatos, até porque vários destes encontram-se no interno dos atores envolvidos no delito. Como exemplo desta afirmação temos o elemento subjetivo do agente que encontra-se em sua parte anímica, sendo impossível para qualquer pessoa adentrar no mesmo.

Quando o Código de Processo Penal no seu artigo 156 confere ao juiz a faculdade de ordenar a produção de provas de ofício para dirimir dúvida sobre determinado ponto considerado relevante, o juiz está comprometendo sua imparcialidade. Consequentemente está afetando um dos princípios mais importantes regentes do processo, que é igualdade entre as partes insculpido no artigo 5º caput da Constituição Federal, bem como a imparcialidade do juiz perante as partes, pois o juiz tem que se colocar equidistante das partes.

“O dispositivo mencionado é de duvidosa constitucionalidade, consoante vem se manifestando parcela considerável da doutrina, mormente porque não passa pelo filtro norteado pelo modelo constitucional de processo traçado pela Constituição de 1988. Assentadas as idéias do sistema inquisitivo e verificada sua presença na sistemática do Código de Processo Penal, cabe o exame do sistema oposto, o acusatório, com o fito de adequar a interpretação do seu texto com a Lei Maior.” (TÁVORA, & ALENCAR, 2012.p.41)

Ainda no mesmo sentido no artigo 209 do referido diploma também é conferido ao juiz poderes que põe em risco sua imparcialidade, pois o juiz se julgar conveniente ouvirá outras testemunhas além das indicadas pelas partes.

“O artigo 156 do Código de processo penal brasileiro, em sua parte final, que contempla o juiz com poderes probatórios, na linha do artigo 209 do mesmo código, é fruto do processo penal do Estado Novo, período autoritário em que a supressão das liberdades contava com apoio do Sistema de Justiça Penal, para fazer valer os interesses da ditadura Vargas.”(PRADO, 2006. p.140)

O principal argumento que os doutrinadores adotam para interpretar o Código de Processo Penal é a Exposição de Motivos do Código Processo

Penal. De acordo com a Exposição de Motivos do Código Processo Penal é atribuído ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas. Observa-se, portanto, que a iniciativa de provas não é função precípua do juiz. Somente pela inércia das partes, por meio de seus procuradores, como, por exemplo, se o juiz achar que o réu está indefeso, é que o juiz irá interferir, nomeando outro advogado. Entretanto, se o juiz vai em busca e ordena provas, ele deixa de exercer sua função.

Percebe-se que o legislador ordinário de 1941 concedeu poderes ao juiz no que tange a iniciativa probatória, como se verifica no artigo 156 e no artigo 209 do Código Processo Penal, mas, verifica-se que esse mesmo legislador quer um juiz imparcial quando prevê no artigo 252 do mesmo diploma algumas hipóteses em que o juiz é impedido para decidir a causa, e quando no artigo 254 do CPP estabelece hipóteses em que o juiz se torna suspeito para decidir a causa. Veja o que reza os referidos artigos:

Art. 252." O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito."

Art. 254." O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo."

---

Verifica-se que o nosso legislador sabe que o juiz, por ser uma pessoa humana, corre o risco de ser imparcial e conseqüentemente prejudicar às partes, portanto, prevê hipóteses para restringir sua atuação jurisdicional.

E ainda mais, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.”(PRADO, 2006. p.137)

A nossa Carta Magna aponta vários argumentos que caracterizam o sistema processual brasileiro como sendo acusatório, bem como a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar atribuídas a sujeitos distintos, ou seja, é função atribuída ao Ministério Público exercer a função de acusar, prevista em seu artigo 129, inciso I; ao advogado (profissional habilitado) defender o réu, bem como o réu também se defender por meio da auto defesa pessoal, sendo a primeira forma de defesa obrigatória e é atribuído ao juiz julgar os fatos que as partes colocam para serem decididos.

Há também outros argumentos que indicam a existência do sistema acusatório, são eles: a observância de princípios aplicáveis ao processo, como a igualdade processual, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, garantia do juiz natural, imparcialidade do juiz, publicidade, entre outros.

## **Conclusão**

O presente artigo não teve o escopo de esgotar toda a discussão a que se propõe devido abranger muitos elementos significativos sobre o questionamento.

Primeiramente foi analisado a Lei de introdução ao Código de Processo Penal – a qual explica que na nova sistemática processual estabelecida pelo Código de Processo Penal promulgado em 1941 concedeu-se ao magistrado poderes instrutórios, para se esclarecer a verdade. Salienta-se que por meio da iniciativa probatória conferida ao juiz há uma aglutinação de funções, a saber, produzir prova e julgar e, portanto, sua imparcialidade resta comprometida.

Estudamos sobre os Sistemas processuais existentes em nossa história ao longo dos tempos e suas principais características. Verificamos que existem três sistemas processuais, o acusatório, o inquisitivo e o misto. Cumpre ressaltar que após verificarmos sobre as características de cada sistema e analisar as garantias fundamentais infere-se que embora implicitamente a Constituição adotou o sistema acusatório como sistema processual.

Conclui-se, que após analisarmos a época que o nosso Código de Processo Penal foi criado e a previsão de alguns dispositivos que colocam a gestão da prova nas mãos do julgador e verificarmos os princípios constitucionais, percebemos que o nosso Código de Processo Penal no que tange a iniciativa probatória vai contra a nossa Constituição Federal.

---

Todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz constitucional, devido à supremacia da Constituição, portanto o Código de Processo Penal, como lei infraconstitucional que é, deve ser interpretado de acordo com os ditames da nossa Carta Magna, não podendo, portanto, o juiz ter iniciativa probatória.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil** nº 191-A, Brasília, 1988. Disponível <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL, **Código de Direito Penal do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil nº 191-A, Brasília, 1988. Disponível <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL, **Código de Processo Penal do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil nº 191-A, Brasília, 1988. Disponível <http://www.planalto.gov.br>.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006;

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro, Aide, 2001;

<http://jus.com.br/revista/texto/18106/a-gestao-da-prova-como-elemento-determinante-do-sistema-processual-penal>)

<http://jus.com.br/revista/texto/11155/critica-a-iniciativa-probatoria-do-juiz-no-processo-penal>)

<http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/charlesemi.pdf>

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo, Saraiva, 2013;

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2009;

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Curso de processo penal**- 2<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Atlas, 2012;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 16. São Paulo: Atlas, 2012;

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 3<sup>a</sup> ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2005;

PAULO, Vicente & ALEXANDRINO Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 8<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2012;

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. 4<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2006;

Revista da Ajuris. Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul Ano 34, n.108,2007;

Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe. Temas de Direito na Modernidade. Esmese/ TJ: Aracaju. N.2,2002;

Revista Dos Tribunais-Ano 101, junho de 2012;

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**.7ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012;

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**.20. ed. São Paulo: Saraiva, 2000 ;