



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL**  
**CURSO DE DIREITO**

**LOUISE EVA LANDIM SOUSA**

**A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO ÂMBITO DE UM SISTEMA  
PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO**

**FORTALEZA**

**2014**

**LOUISE EVA LANDIM SOUSA**

**A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO ÂMBITO DE UM SISTEMA  
PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Processual Penal.

Orientador: Professor Doutor Sérgio Bruno Araújo Rebouças.

**FORTALEZA**

**2014**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- S725i      Sousa, Louise Eva Landim.  
            A iniciativa probatória do juiz no âmbito de um sistema processual penal acusatório / Louise  
Eva Landim Sousa. – 2014.  
            55 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de  
Direito, Fortaleza, 2014.  
            Área de Concentração: Direito Processual Penal.  
            Orientação: Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças.
1. Juízes - Brasil. 2. Acusação (Processo penal) - Brasil. 3. Processo penal - Brasil. I.  
Rebouças, Sérgio Bruno Araújo (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em  
Direito. III. Título.

**LOUISE EVA LANDIM SOUSA**

**A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO ÂMBITO DE UM SISTEMA  
PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Processual Penal.

Aprovada em: 30/05/2014.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Sérgio Bruno Araújo Rebouças (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Me. Raul Carneiro Nepomuceno  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Me. Lino Edmar de Menezes  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, meu fiel companheiro e protetor.  
Aos meus pais, Ana Celma Pequeno Landim e  
José Ricásio Mendes de Sousa, e aos meus  
irmãos, Ana Thays, Laís e Ricásio Júnior.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, meu pai fiel e companheiro, que tem provado, desde longa data, estar ao meu lado continuamente, livrando-me de todo mal e impulsionando-me para o bem. Graças a ti, senhor, este sonho de me formar em Direito está se concretizando, é ao senhor que dedico sempre, e em primeiro lugar, as minhas vitórias.

À minha mãe, Ana Celma, minha rainha, minha inspiração, à flor que tenho buscado regar e alegrar há tantos anos, talvez, a sua humildade não a permita ter dimensão de sua essencialidade em minha vida, justamente por isso é crucial que eu lhe diga que nada seria sorriso e vitória nesse momento se não fosse a presença da senhora em minha vida.

Ao meu pai, Ricásio, agradeço por ter feito de seu principal investimento a educação, por ter custeado com muita dificuldade os melhores colégios para mim e para os meus irmãos. Obrigada, por ensinar a mim que a educação é a melhor herança que podemos legar aos nossos filhos, que não se valoriza dinheiro, e sim pessoas, estas é que devem ser cultivadas.

Aos meus irmãos, Thays, Laís e Júnior, vocês que são também meus melhores amigos, companheiros, cúmplices, agradeço por todos esses anos de convívio, aprendizado, felicidade e dificuldades divididas. Sinto-me forte porque os tenho, juntos somos uma fortaleza invencível.

Aos meus primos, primas, tios, tias, avós, avôs, agradeço a vocês por fazer brotar em mim uma valorização imensa da instituição família.

Aos meus amigos de infância, em especial, à Laís Amorim, Rebeca Amorim, Tamara Paiva, Yberê Campelo, Ítalo Lôbo, Lucas Lopes, Marcela Nunes, Caroline Sousa, Larize Maia e Neyara Guedes, obrigada pela amizade cultivada ao longo de tantos anos, que me faz crer que não há distância que desconstrua um laço verdadeiro de amizade.

Aos amigos da faculdade, sobretudo aos que compõe o T&P, os meus sinceros agradecimentos pela convivência dividida ao longo desses anos, em que nos empenhamos para obter uma formação profissional condizente com a tradição da Centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, à medida que dividimos momentos únicos não só de aprendizado, mas de alegria e amizade principalmente.

À Universidade Federal do Ceará, por me proporcionar esses cinco anos de enorme aprendizado além das fronteiras jurídicas.

Ao meu orientador, prof. Dr. Sérgio Rebouças, pela solicitude em aceitar a orientação deste trabalho, contribuindo de forma inapreciável para a construção das ideias aqui desenvolvidas.

Aos professores Raul Carneiro Nepomuceno e Lino Menezes por aceitarem participar da banca examinadora desta monografia, mestres por quem nutro considerável admiração.

Agradeço em especial, ao meu amor, Neto Almeida, que me inspira com seus valores tão preciosos, com a bondade e a pureza de seu coração. Que fez e faz brotar em mim os melhores sentimentos do mundo e me torna uma pessoa melhor a cada dia. Obrigada pelos auxílios altaneiros ao longo da faculdade, tudo teria sido imensamente mais difícil sem a sua presença. Você é realmente merecedor do meu amor e da minha admiração.

E a todas as pessoas que indiretamente contribuíram para a minha formação acadêmica.

“Não será o fato de se atribuir uma reduzida margem de iniciativa probatória ao juiz na fase processual, isto é, no curso da ação, que apontará o modelo processual penal adotado.”  
Eugênio Pacelli de Oliveira.



## RESUMO

O tema da iniciativa probatória do Juiz no âmbito de um sistema processual penal acusatório reveste-se de intensa problemática acerca de qual sistema vigora no ordenamento pátrio, introduzindo debates acirrados e posicionamentos diversos a respeito do sistema vigente e da influência da iniciativa probatória na sua determinação. O presente estudo foi elaborado por meio de pesquisa bibliográfica, mediante elucidações fundadas em trabalhos publicados sobre a forma de livros, revistas, artigos científicos, monografias, teses e dissertações. Inicialmente, explanou-se a evolução histórica do processo penal, tendo em vista que o Direito é uma expressão cultural do contexto em que é produzido, o que torna indispensável a análise histórica de seus institutos, evidenciando-se o desenvolvimento histórico do Direito Processual Penal no âmbito internacional e nacional, com o fito de constatar a gênese dos sistemas processuais penais clássicos, bem como a sua vigência no direito brasileiro. A exposição do tema da iniciativa probatória do Juiz e sua relação com o sistema vigente restringiu-se à análise da fase processual, não adentrando no campo pré-processual. Logo após a descrição das peculiaridades dos sistemas processuais penais clássicos, o Sistema Inquisitório, o Sistema Acusatório e o Sistema Misto, concluiu-se que o sistema acusatório foi adotado implicitamente pela Constituição Federal vigente, visto que esta atribuiu ao Ministério Público a competência privativa para o exercício da Ação Penal Pública, consoante estabelece o artigo 129, I, da Carta Maior, ao passo que pôs em evidência o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, resguardando o julgamento dos feitos por um juiz competente e imparcial, razão pela qual a iniciativa probatória conferida ao juiz em dispositivos diversos do Código de Processo Penal em vigor não constitui caractere elementar a definir o sistema processual penal pátrio como um sistema inquisitório ou mesmo misto. Ressalvou-se, todavia, que os poderes instrutórios devem ser exercitados parcialmente com vistas a suplementar a produção probatória da defesa, o que é legitimado pelo Princípio da Presunção de Inocência, considerado este o valor fundante do sistema de provas, e pela necessidade da obtenção da igualdade não somente formal, mas também material entre as partes, pondo o próprio sistema acusatório como o redutor do exercício de aludida iniciativa pelo magistrado.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Evolução Histórica. Sistemas Processuais Penais. Sistema Acusatório. Iniciativa probatória do Juiz.

## ABSTRACT

The theme of evidential initiative of Judge within an adversarial criminal justice system is of intense issues about which system prevails in paternal land, introducing heated debates and different positions about the current system and the influence of evidential initiative in its determination. This study was prepared by means of literature, by elucidations based on published in the form of books, magazines, journal articles, monographs, theses and dissertations. Initially, expounded to the historical evolution of criminal procedure, given that the law is an expression of cultural context in which it is produced, which makes it essential to historical analysis of its institutes, showing the historical development of the Criminal Procedure Law the international and national level with the aim of ascertaining the genesis of classic criminal procedure systems as well as its force in Brazilian law. The exposition of this theme and its relationship with the existing system was restricted to the analysis of the procedural step, not entering the pretrial field. Shortly after the description of the peculiarities of the classical criminal procedural systems, which are: System inquisitorial , adversarial system and Joint System, it was concluded that the adversarial system was adopted implicitly by the current Federal Constitution, since this gave the prosecutor the power to the Public exercise of criminal action, as provided in article 129, I, Highest Card , while highlighted due process, extensive and contradictory defense, protecting the judgment made by a competent and impartial judge, why evidential initiative for the courts in several provisions of the Code of Criminal Procedure in force is not elementary to set the parental criminal justice system as a mixed system or even inquisitorial character. Be cautioned, however, that the instructive power should be exercised with a view to partially supplement the evidentiary production of defense, which is legitimized in the Principle of Presumption of Innocence, considered the founding value of this proof system, and the necessity of obtaining equality not only formal but also material between the parties, putting the adversarial system as the reducing exercise alluded initiative by the magistrate himself.

**Keywords:** Process Painful. Historical Evolution. Criminal Procedural Systems. Adversarial System. Probative Initiative of Judge.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>15</b>
<b>2.1</b>	<b>O Processo Penal na Grécia Antiga</b> .....	<b>15</b>
<b>2.2</b>	<b>O Processo Penal em Roma</b> .....	<b>16</b>
<b>2.3</b>	<b>O Processo Penal entre os povos germânicos</b> .....	<b>19</b>
<b>2.4</b>	<b>O Processo Penal e o Direito Canônico</b> .....	<b>20</b>
<b>2.5</b>	<b>O Processo Penal Moderno</b> .....	<b>21</b>
<b>2.6</b>	<b>O Processo Penal no Brasil</b> .....	<b>22</b>
<b>2.6.1</b>	<i>Período Colonial</i> .....	<b>23</b>
<b>2.6.2</b>	<i>Período Imperial</i> .....	<b>23</b>
<b>2.6.3</b>	<i>Período Republicano e Período Atual</i> .....	<b>24</b>
<b>3</b>	<b>OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS CLÁSSICOS</b> .....	<b>27</b>
<b>3.1</b>	<b>Sistema Processual Penal Inquisitório</b> .....	<b>28</b>
<b>3.2</b>	<b>Sistema Processual Penal Acusatório</b> .....	<b>30</b>
<b>3.3</b>	<b>Sistema Processual Penal Misto</b> .....	<b>33</b>
<b>3.4</b>	<b>Sistema Processual Penal brasileiro</b> .....	<b>35</b>
<b>4</b>	<b>A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO ÂMBITO DE UM SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO</b> .....	<b>39</b>
<b>4.1</b>	<b>A iniciativa probatória do Juiz e sua conformidade com o sistema inquisitório</b> .....	<b>40</b>
<b>4.1.1</b>	<i>A correlação entre o Princípio da Verdade Real e o Sistema Inquisitório</i> .....	<b>41</b>
<b>4.1.2</b>	<i>A concepção de vigência do sistema inquisitório no Direito Processual Penal pátrio</i> .....	<b>43</b>
<b>4.2.</b>	<b>A ampla iniciativa probatória do Juiz e sua compatibilidade com o sistema processual penal acusatório</b> .....	<b>45</b>
<b>4.3</b>	<b>A compatibilidade parcial da iniciativa probatória do Juiz com o sistema acusatório vigente</b> .....	<b>48</b>

<b>5</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>52</b>
----------	-----------------------------------	-----------

	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>56</b>
--	-------------------------	-----------

## 1 INTRODUÇÃO

O tema da iniciativa probatória do Juiz no âmbito de um sistema processual penal acusatório revela-se bastante complexo ante o envolvimento de ramificações diversas do Direito Processual Penal, abarcando a evolução histórica do processo penal, os sistemas processuais penais clássicos, a instrução probatória e, em parte, os princípios que regem o processo penal pátrio.

O tema da iniciativa probatória do Juiz reveste-se de intensa problemática acerca de qual sistema processual penal vigora no ordenamento pátrio, introduzindo debates acirrados e posicionamentos diversos a respeito do sistema vigente e da influência da iniciativa probatória na sua determinação.

Inicialmente, cumpre elencar que a iniciativa probatória do juiz no processo penal concerne ao poder de determinar diligências probatórias de ofício e independentemente de provocação das partes, estando disposta em alguns artigos do Código de Processo Penal, dos quais se sobressai o artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal, o qual manifesta a “norma geral” dos poderes instrutórios do magistrado.

A exposição do presente tema e sua relação com o sistema processual vigente no ordenamento brasileiro reter-se-á à análise da fase processual, não adentrando no campo pré-processual, haja vista que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do procedimento.

O objetivo do presente trabalho é realizar a análise dos poderes instrutórios conferidos ao magistrado pelo texto originário do Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor, e mantidos pela Lei 11.690/2008, de forma a expor a problemática acerca do sistema processual vigente ante a iniciativa probatória do Juiz no processo penal.

No que concerne aos aspectos metodológicos, o tema foi estudado por meio de pesquisa bibliográfica mediante elucidações fundadas em trabalhos publicados sobre a forma de livros, revistas, artigos científicos, monografias, teses e dissertações. Para fins didáticos, a presente pesquisa se divide em três capítulos, distribuídos da forma explicitada nos parágrafos subsequentes.

O primeiro capítulo versará acerca da evolução histórica do processo penal, tendo em vista que o Direito é uma expressão cultural do contexto em que é produzido, o que torna indispensável a análise histórica de seus institutos, explanando-se o desenvolvimento

histórico do Direito Processual Penal no âmbito internacional e nacional, com o fito de constatar a gênese dos sistemas processuais penais clássicos, bem como a sua vigência no direito brasileiro.

O segundo capítulo tratará da análise dos sistemas processuais penais clássicos, haja vista que o tema da iniciativa probatória do Juiz no processo penal insere uma acentuada controvérsia acerca de que sistema processual penal evidentemente vigora no ordenamento jurídico brasileiro. Serão delineadas as características peculiares dos sistemas inquisitório, acusatório e misto, bem como se exporá o sistema adotado pelo direito processual penal pátrio, consolidado implicitamente pela Constituição Federal de 1988.

O terceiro capítulo integra o ponto central do presente estudo, em que se realizará uma exposição acerca das diversas correntes doutrinárias posicionadas sobre a problemática encerrada pelo tema em análise, abordando-se, inicialmente, a doutrina que aduz ser a iniciativa probatória o ponto basilar e caracterizador de um sistema processual penal, razão pela qual a previsão de poderes instrutórios conferidos ao Juiz instaura um modelo que se denomina de *neoinquisitorial*.

Ainda no âmbito do terceiro capítulo, expor-se-á uma segunda corrente doutrinária que defende a ampla iniciativa probatória do Juiz e a sua independência conceitual e compatibilidade com o sistema acusatório pátrio.

Por fim, haverá a explanação da doutrina que defende a possibilidade de uma parcial iniciativa probatória do Juiz no sistema acusatório em vigor, legitimada pelo Princípio da Presunção de Inocência, posto como valor fundante do sistema de provas, e pela necessidade de obtenção da igualdade não somente formal, mas também material entre as partes.

## 2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO PENAL

Inicialmente, cumpre consignar que o apanhado histórico acerca da evolução do processo penal se revela crucial para a exposição teórica do presente trabalho, haja vista que o Direito é uma expressão cultural do contexto em que é produzido, restando imprescindível a análise histórica de seus institutos, pois, conforme sustenta Miguel Reale, “a Ciência do Direito tem por objeto o fenômeno jurídico tal como ele se encontra historicamente realizado.”<sup>1</sup>

Nessa toada, far-se-á uma exposição a respeito do desenvolvimento histórico do Direito Processual Penal, no âmbito internacional e nacional, com o escopo de verificação da gênese dos sistemas processuais penais, bem como de sua vigência no direito pátrio, para que se inaugure o segundo capítulo, o qual versará sobre aludidos sistemas, com o embasamento histórico pertinente.

### 2.1 O Processo Penal na Grécia Antiga

Na Grécia antiga, os crimes eram divididos em públicos e privados. Estes últimos apresentavam como características principais a pouca relevância e a violação de bens precipuamente particulares, ficando a cargo do ofendido a sua contenção.<sup>2</sup>

Por sua vez, os crimes públicos eram reputados crimes graves, vez que atingiam interesses sociais. A apuração de tais espécies de delitos sucedia-se com a participação direta dos cidadãos, em um procedimento que primava pela oralidade e pela publicidade dos debates.

No âmbito dos crimes públicos, havia os delitos que atentavam contra o próprio Estado, cujo procedimento ocorria com a concessão de garantias diminutas ao acusado e da seguinte forma<sup>3</sup>: a denúncia era oferecida pelos Tesmotetas, perante a Assembleia ou o Senado, e tais órgãos se encarregavam de designar um cidadão para realizar o procedimento da acusação<sup>4</sup>, de forma que “apresentada a acusação, as provas e prestado o juramento, o

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16/17.

<sup>2</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18º ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 14.

<sup>3</sup> MIRABETE, *loc. cit.*

<sup>4</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77.

Arconte procedia à prelibação da seriedade da acusação e designava o Tribunal competente, convocando as pessoas que deviam constituí-lo.”<sup>5</sup>

Nessa conjuntura, diante do Tribunal Popular, manifestava-se o acusador apresentando testemunhas e, em seguida, a defesa. Havia votação dos juízes, mas sem deliberação, para a prolação da decisão por maioria de votos. Em caso de empate, o acusado era absolvido.<sup>6</sup>

Quanto aos Tribunais atenienses existentes àquela época, o mais prestigiado e afamado Tribunal ateniense era o Areópago, que detinha a competência para julgar os crimes punidos com pena capital, tais como: os incêndios, as traições, os homicídios premeditados, entre outros. O procedimento caracterizava-se pela votação secreta, pela inafastabilidade das partes da matéria de fato e pelo horário de reunião do Tribunal, que ocorria ao cair do sol.<sup>7</sup> Havia, ademais, o Tribunal dos Éfetas e o Tribunal dos Heliastas.<sup>8</sup>

## 2.2 O Processo Penal em Roma

Em Roma, também vigia a distinção entre crimes contra a segurança da cidade (*delicta publica*) e infrações menos graves (*delicta privata*). Referida separação determinava a distinção dos órgãos competentes para julgamento. Quanto aos delitos privados, posicionava-se o Estado como árbitro com o fito de solucionar a contenda entre as partes, proferindo sua decisão em conformidade com as provas apresentadas pelos litigantes. Aludido processo penal privado foi abandonado quase por completo com o transcorrer dos anos.<sup>9</sup>

Em contrapartida, o Processo Penal Público, em Roma, apresentou fases diversas. No início da Monarquia, tendo em vista a ausência de quaisquer limitações ao poder de julgar, a *notitia criminis* restava suficiente para que o próprio magistrado encetasse sua atuação e realizasse as investigações consideradas necessárias, sendo tal fase preliminar denominada *inquisitio*.<sup>10</sup>

<sup>5</sup> TOURINHO FILHO, 2003, p. 77.

<sup>6</sup> MIRABETE, 2006, p. 14.

<sup>7</sup> TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 77.

<sup>8</sup> MIRABETE, *op. cit.*, p. 14.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 14/15.

<sup>10</sup> TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 78.



Após a fase preliminar de investigações, iniciava-se o processo designado *cognitio*, no qual a acusação era dispensada e não havia garantias ao acusado, assim como não existiam limites ao alvedrio dos juízes.<sup>11</sup>

A *Lex Valeria de Provocatione* trouxe consigo a previsão do *provocatio ad populum*, assemelhada à apelação, que concedia ao acusado a faculdade de recorrer da decisão para o Tribunal popular, de modo que o Magistrado prolator da condenação expunha ao povo reunido em comício aquilo que reputava essencial para compor a nova decisão, demonstrando as provas apuradas na fase de *inquisitio*.<sup>12</sup>

Na República, surgiu a justiça centuriar, “em que as centúrias, integradas por patrícios e plebeus, administravam a justiça penal em um procedimento oral e público e, excepcionalmente, os julgamentos eram realizados pelo Senado, que a podia delegar aos questores”<sup>13</sup>. O último século desse período foi marcado pelo advento da *acusatio*, nova forma de procedimento no qual a administração da justiça competia a um Tribunal Popular, composto, de início, por senadores, e, depois, por cidadãos,<sup>14</sup> sendo que quaisquer destes últimos poderiam proceder à acusação, aforando-se as mulheres, os menores, os Magistrados e os indivíduos cujos antecedentes não assegurassem honradez.<sup>15</sup>

Aludido procedimento começava com a *postulatio*, oferecida pelo acusador e endereçada ao *quaesitor*, o qual analisava a admissibilidade da demanda e a criminalidade do fato imputado. Caso aceita a *postulatio*, ocorria a inscrição desta no registro do Tribunal competente, o que se denominava *inscriptio*, e, a partir desse momento, nascia para o acusador um direito e uma vedação, esta consistia na impossibilidade de desistir do processo sem receber uma punição em decorrência disso, enquanto aquele compreendia o poder de realizar as investigações imprescindíveis para a explanação, em juízo, das razões da acusação.<sup>16</sup>

Dessa forma, surgia com a *inscriptio* o ônus de acompanhar o procedimento até a decisão definitiva, sendo o abandono da demanda pelo acusador punido com multa e com a proibição de oferecer outras acusações. Aquele que apresentasse fatos falsos em sua acusação cometeria calúnia e seria sancionado por tal crime.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> TOURINHO FILHO, 2003, p. 79.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>13</sup> MIRABETE, 2006, p.15.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p.15.

<sup>15</sup> TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 79.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 79.

Na hipótese de haver mais de um acusador em face do mesmo réu e em relação a um mesmo crime, incidia a *divinatio*, concernente à decisão acerca de qual dos requerentes deveria realizar a delação. Com o tempo, passou-se a permitir mais de um cidadão atuando na mesma acusação.<sup>18</sup>

Quanto à administração da justiça, cabia a um Tribunal Popular exercê-la, sendo este formado pelos denominados *judices jurati*, oriundos, inicialmente, do Senado, e escolhidos dentre os cidadãos posteriormente. Eram as partes que os escolhiam para compor o Consilium, somente depois o sorteio passou a constituir o meio de selecioná-los. Ficava a cargo deles a prolação da sentença, muito embora houvesse a figura do *quaesitor*, presidente do Tribunal, que mantinha a ordem, mas apenas lavrava a decisão final.<sup>19</sup>

No Império, a *acusatio* foi, paulatinamente, cedendo espaço à *cognitio extra ordinem*, ou seja, processo penal extraordinário, atribuído, inicialmente, ao Senado, depois, ao imperador e, por último, ao *praefectus urbis*. Os poderes do magistrado foram invadindo a esfera de atribuições já reservadas ao acusador privado a tal extremo que, em determinado momento, se reuniam no mesmo órgão do Estado (Julgador) as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz.<sup>20</sup> Fez-se introduzir a prisão preventiva e a tortura do réu, e até mesmo de testemunhas que depusessem falsamente, para a consecução da confissão.<sup>21</sup> Pode-se apontar tal procedimento como a base primordial do chamado sistema inquisitório.<sup>22</sup>

A transição da *acusatio* para a *cognitio extra ordinem* explica-se por uma série de fatores. Com a degenerescência dos costumes, surgiu a indiferença e a inatividade dos cidadãos quanto à atribuição acusatória, o que ocasionou a impunidade de vários delitos, vez que, na *acusatio*, o processo não encetava sem a acusação. Veja-se o que expõe Tourinho Filho<sup>23</sup> acerca dessa conjuntura:

O que foi um sacrifício em benefício da República, uma honra disputada pelos mais ilustres cidadãos, converteu-se, então, em uma ruindade alimentada pelo ódio e pela avidez. As recompensas prometidas aos delatores fizeram destes, como diz Hélie, "aves de rapina" que se lançavam sobre as pessoas que a fantasia sangrenta do amor lhes indicava. Um instrumento de justiça e uma garantia para a liberdade, como foi o direito de acusar, converteu-se em meio de despotismo e opressão.

<sup>18</sup> TOURINHO FILHO, 2003, p. 80.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 79/80.

<sup>20</sup> MANZINI, Vincenzo. *Derecho procesal penal*. Trad. Santiago S. Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1951, *passim*.

<sup>21</sup> TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 81.

<sup>22</sup> MIRABETE, 2006, p.15.

<sup>23</sup> TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 80/81.

O novo procedimento inaugurado pela *cognitio extra ordinem* buscava interromper tal deterioração de valores, de forma que se iniciava por uma inquirição preliminar, na qual ocorriam as primordiais investigações efetuadas por funcionários assemelhados à Polícia Judiciária hodierna. Ulteriormente, o Magistrado estreou a sua atuação *ex officio*, o que fazia independentemente de acusação ou denúncia e que se transformou na regra geral.<sup>24</sup>

Nessa perspectiva, a competência do julgamento transferiu-se dos *judices jurati* para um só Magistrado, que em si concentrava as funções acusatória e julgadora.

### 2.3 O Processo Penal entre os povos germânicos

O processo em Roma modificou-se com a invasão dos germânicos e com a introdução de seus costumes, o que inaugurou um processo misto, com elementos romanos e germânicos.<sup>25</sup>

No Direito Germânico, também vigorava a separação entre crimes públicos e privados. A administração da justiça para os crimes públicos ficava a cargo de uma Assembleia presidida pelo rei,<sup>26</sup> pelo príncipe, pelo duque ou conde, e atuava somente por iniciativa da vítima ou de seus familiares.<sup>27</sup>

Ademais, prevaleceu, inicialmente, a vingança privada como repressão aos crimes privados, e, posteriormente, a composição. Os princípios da oralidade, imediatidade, concentração e publicidade embasavam o procedimento acusatório vigente,<sup>28</sup> que se sucedia da seguinte forma: após oferecida a acusação, ocorria a citação do réu para apresentar-se junto à Assembleia. Não competia ao acusador o ônus da prova, e sim ao réu, cabendo a este demonstrar sua inocência, sendo condenado caso não obtivesse êxito em referida deferência.<sup>29</sup>

No que concerne às provas, a confissão apresentava valor sobrepujante e restava suficiente para a condenação,<sup>30</sup> vigendo as ordálias ou juízos de Deus, que consistiam em verdadeiras provas de resistência, a exemplo da prova de água fervente, da prova do ferro em

<sup>24</sup> TOURINHO FILHO, 2003, p. 81.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>27</sup> MIRABETE, 2006, p.15.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p.15.

<sup>29</sup> TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 81.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 81.

brasa, da prova do fogo, dentre outras. Havia, ainda, o juramento<sup>31</sup> e os duelos judiciários, sendo estes últimos uma forma de decisão dos litígios, no qual as partes duelavam pessoalmente ou por meio de lutadores profissionais. O acusado absolvido era aquele que vencesse tais duelos ou aguentasse as ordálias.<sup>32</sup>

## 2.4 O Processo Penal e o Direito Canônico

A influência marcante do cristianismo na legislação penal fez surgir o Direito Canônico ou Direito Penal da Igreja, o qual se desenvolveu entre os períodos do Direito Romano e Germânico e do Direito Moderno. Nesse contexto, a Igreja buscava a sobrepujança política do Papado sobre o poder temporal,<sup>33</sup> de modo que a jurisdição eclesiástica adveio com o fito de resguardar os interesses da Igreja e de retirar os clérigos da jurisdição laica.<sup>34</sup>

O processo acusatório vigorou até o século XII. A acusação era oferecida por escrito, juntamente com as provas pertinentes, aos Bispos, Arcebispos ou oficiais que desempenhavam a função jurisdicional, sendo necessária a presença do acusado para que houvesse processo, punindo-se a calúnia.<sup>35</sup>

No século XIII, foi-se estabelecendo o processo inquisitório.<sup>36</sup> Em referido contexto, vislumbrou-se tamanha incoerência, pois, à proporção que se buscava abolir as ordálias e os duelos judiciários, instalava-se a tortura, o segredo e a ausência de garantias para os acusados. Nessa época, estabeleceu-se o Tribunal da Inquisição (Santo Ofício) para a repressão dos pecados.<sup>37</sup>

O sistema inquisitório foi-se espraiando, a publicidade do processo foi suprimida a tal ponto que se propagaram as denúncias anônimas e a inquisição. Extinguiu-se a acusação nos crimes de ação pública, atuando o Juiz *ex officio* e em segredo, inclusive no que concerne ao depoimento das testemunhas, cuja oitiva ocorria confidencialmente.<sup>38</sup> Vislumbrou-se crescente utilização e regulamentação da tortura, a qual precedia e sucedia o interrogatório do

---

<sup>31</sup> Tourinho Filho explica que "O acusado jurava não ter praticado o crime de que era processado, e tal juramento podia ser fortalecido pelos Juízes, os quais declaravam sob juramento que o acusado era incapaz de afirmar uma falsidade. Essa prova do juramento baseava-se 'na crença de que Deus, conhecendo o passado, pode castigar aquele que jura falsamente'". (TOURINHO FILHO, 2003, p. 81/82.)

<sup>32</sup> MIRABETE, 2006, p.15.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p.15/16.

<sup>34</sup> TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 82.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>36</sup> MIRABETE, *op. cit.*, p.16.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p.16.

<sup>38</sup> TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 82.

réu, somente quando este exprimisse inclinação para a confissão é que se deveria cessar a tortura, devendo a confissão resultante dos tormentos ser ratificada no dia subsequente para ter validade.<sup>39</sup>

A aplicação da tortura, algumas vezes, configurava castigo superior à pena prevista para o delito em investigação. A defesa do imputado era vedada com a justificativa de que poderia desservir a revelação da verdade, não sendo concedida ao acusado nenhuma espécie de garantia. A busca incessante pela defesa da fé estimulava a indignidade e a covardia.<sup>40</sup>

Referido sistema inquisitório, estabelecido pelos canonistas, segundo Tourinho Filho: “pouco a pouco, dominava as legislações laicas da Europa Continental, convertendo-se em verdadeiro instrumento de dominação política.” Quanto ao desenvolvimento de referido sistema, sua abordagem será retomada quando da análise dos sistemas processuais a ser realizada no segundo capítulo deste trabalho.<sup>41</sup>

## 2.5 O Processo Penal Moderno

Na segunda metade do século XVIII, inaugurou-se o denominado período humanitário do direito penal, considerado a raiz do processo penal moderno. Pretendeu-se harmonizar a legislação penal com os ditames da justiça e os princípios da humanidade, o principal escopo era a humanização da justiça.<sup>42</sup>

Nessa época, vários filósofos exaltavam os valores condizentes com um processo penal justo, conforme expõe Mirabete:<sup>43</sup>

Montesquieu elogiava a instituição do Ministério Público, que fazia desaparecer os delatores; Beccaria condena a tortura, os juízos de Deus, o testemunho secreto, preconiza a admissão em Juízo de todas as provas, investe contra a prisão preventiva sem prova da existência do crime e de sua autoria. Voltaire censurava a lei que obrigava o juiz a portar-se não como magistrado, mas como inimigo do acusado.

Em 1764, foi publicada a famosa obra “Dos delitos e das penas”, de Cesar Beccaria, livro que denunciou a crueldade das penas, que se posicionou contra a legitimidade da pena de morte, imposta de maneira indiscriminada em várias hipóteses, e repreendeu a tortura como meio para a obtenção de provas, praticada tanto nos tribunais comuns como nos

<sup>39</sup> TOURINHO FILHO, 2003, p. 83.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>42</sup> MIRABETE, 2006, p.16.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p.16.

eclesiásticos. Diversos movimentos e obras liberais influenciaram esse período de humanização do processo penal.<sup>44</sup>

Em consonância com tais ideais, em 1808, adveio o Código de Napoleão, e, na França, ocorreu a organização da administração da Justiça, com a preservação da tripartição de Tribunais e com a ação penal pública de incumbência do Ministério Público.<sup>45</sup> Nesse período, a ação penal, segundo Tourinho Filho, “era sempre pública e exercida pelo Ministério Público.” Só havia previsão de propositura da ação por parte do ofendido para o ressarcimento do dano.<sup>46</sup>

O Processo Penal Pós-Revolução Francesa incorporou um sistema misto, com elementos do sistema inquisitório e acusatório. O processo penal dividia-se em três momentos: o da Polícia Judiciária, o da instrução e o do julgamento, nas primeiras fases incidiam os princípios do sistema inquisitório, sendo inexistente a defesa do imputado na instrução preparatória, enquanto a terceira e última fase funcionava à luz do sistema acusatório. Também houve alterações na instituição do Júri, que teve sua fase de acusação extinta.<sup>47</sup>

Floresceu, no entanto, no segundo período do século XIX, um movimento que buscou a abolição do sistema inquisitório da fase instrutória, o que culminou com a promulgação de diplomas processuais diversos<sup>48</sup> que, em certa medida e em algumas hipóteses, possibilitaram a intervenção da defesa em referida fase. Não obstante as tentativas inovadoras, verificou-se um retrocesso a partir de 1935, ante a restauração do caráter inquisitivo da instrução criminal, de modo que, hodiernamente, na Europa, predomina, de uma forma geral, o sistema misto.<sup>49</sup>

## 2.6 O Processo Penal no Brasil

---

<sup>44</sup> Paulo Lúcio Nogueira leciona que “Além dos movimentos liberais, como o da Independência dos Estados Unidos e o da Revolução Francesa, o livro de John Howard sobre *O estado das prisões na Inglaterra* (1770); o Código francês de Napoleão, de 1810, e o Código napolitano, de 1819, bem como as obras dos escritores do Iluminismo, como Rousseau (*O contrato social*), Montesquieu (*Espírito das leis*), Voltaire, Diderot, D’Alembert, e outros, também influenciaram nas reformas ocorridas.” (NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 04.)

<sup>45</sup> MIRABETE, 2006, p.16.

<sup>46</sup> TOURINHO FILHO, 2003, p. 87.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 87/88.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 88.

Doravante, cumpre discorrer acerca da evolução histórica do processo penal no Brasil, tendo em vista a fundamental análise prévia dos fatores históricos nacionais na determinação do sistema processual penal vigente, antes de adentrar no tema principal do presente trabalho.

### **2.6.1 Período Colonial**

Desde o descobrimento do Brasil até um pouco depois de sua independência, o direito aplicado no Brasil embasou-se nas leis de Portugal. Martim Afonso de Sousa foi o fidalgo incumbido de conceber os alicerces da organização judiciária do Brasil Colônia nos padrões portugueses.<sup>50</sup>

O direito aplicado, inicialmente, no Brasil, foi o Código Manuelino ou Ordenações Manuelinas, promulgadas estas em 1521, resultantes da compilação das Ordenações Afonsinas, empreendida com o fito de consolidar o direito português, que se alterou em vários pontos consideráveis. Em respectivo Código, o direito penal e o processual penal se situavam no Livro V.<sup>51</sup>

Em 1603, advieram as Ordenações Filipinas,<sup>52</sup> no contexto de dominação espanhola sobre Portugal, cuja matéria penal também se dispunha no Livro V, que previa a pena de morte em várias hipóteses e uma série de penas bárbaras, tais como: os castigos corporais, as mutilações e as penas infamantes, além da recorrente pena de desterro, sendo a pena de prisão pouco aplicada.<sup>53</sup> Tais Ordenações permaneceram vigentes até 1832, quando da promulgação do Código de Processo Criminal do Império.<sup>54</sup>

### **2.6.2 Período Imperial**

Com o advento do processo penal moderno, houve forte influência dos pensadores iluministas e das ideias liberais no Brasil, de forma que se buscou uma reforma da justiça penal vigente. Em 1807, a instalação do rei D. João VI e de toda a Corte Portuguesa no Brasil,

---

<sup>50</sup> MIRABETE, 2006, p.16.

<sup>51</sup> NOGUEIRA, 1993, p. 02.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 03.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 03.

<sup>54</sup> MIRABETE, *op. cit.*, p.17.

em decorrência da invasão napoleônica em Portugal, trouxe ascensão para a Colônia, com avanços no campo jurídico.<sup>55</sup>

Conduzidas pelas citadas ideias liberais, as Cortes portuguesas extinguíram as devassas gerais, ficando estabelecido que os juízes criminais observassem a Constituição Portuguesa de 1821 para assegurar que indivíduo algum fosse preso sem culpa formada; que nenhuma lei, sobretudo a penal, fosse aplicada sem absoluta necessidade e que toda pena fosse proporcional ao delito e não transcendesse à pessoa do acusado.<sup>56</sup>

A proclamação da independência sucedeu em 1822, porém o Brasil ainda não apresentava legislação própria, continuando a vigorar as Ordenações Filipinas por determinação de lei publicada por D. Pedro I. Em 25 de março de 1824, contudo, promulgou-se a primeira Constituição Política do Império, de caráter liberal, com a organização básica do Poder Judiciário pátrio<sup>57</sup> e, em 1832, publicou-se o primeiro Código de Processo Criminal do Brasil, considerado, consoante sustenta Frederico Marques,<sup>58</sup> “a síntese dos anseios humanitários e liberais que palpitavam no seio do povo e nação.”

Com a nova legislação, o procedimento penal passou a se instalar por intermédio de queixa ou de denúncia. A primeira oferecida pelo ofendido, seu pai, mãe, tutor, curador ou cônjuge, e a última apresentada pelo Ministério Público,<sup>59</sup> em todas as hipóteses em que esta era cabida havia permissão para o procedimento *ex officio*. À exceção das contravenções e dos crimes menos graves, a competência para o julgamento das ações, em regra, era concentrada no Tribunal do Júri.<sup>60</sup>

### ***2.6.3 Período Republicano e Período Atual***

Com a proclamação da República e a Constituição de 1891, houve a revitalização das garantias processuais já vigentes, sendo atribuída aos Estados a competência para editarem suas próprias constituições e leis, substituindo-se a unidade pela pluralidade processual, o que prejudicou a aplicação da lei penal, vez que muitos Estados não legislaram sobre direito processual,<sup>61</sup> continuando a vigorar a legislação federal da época.<sup>62</sup>

---

<sup>55</sup> NOGUEIRA, 1993, p. 03.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 04.

<sup>57</sup> MIRABETE, 2006, p.17/18.

<sup>58</sup> MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V. 1. 2 ed. Campinas-SP: Millennium, 2003, p. 102.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 103.

<sup>60</sup> MIRABETE, *op. cit.*, p.18.

<sup>61</sup> NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 05/06.



A Constituição de 1934 e a Carta Constitucional de 1937 promoveram a unificação da legislação processual penal, o que deu ensejo, logo após, à edição do Código de Processo Penal de 1941, materializado no Decreto-Lei 3.689/1941, e em vigor desde 01/01/1942. A Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, consubstanciada no Decreto-Lei 3.931/1941, adveio logo em seguida, com o fito de adequar os processos pendentes ao novo diploma processual.<sup>63</sup>

O Código de Processo Penal-CPP de 1941 foi concebido em bases autoritárias, vez que possuiu inspiração na legislação processual penal italiana, elaborada na década de 1930, em meio ao regime fascista, e apresentava como princípio fundamental a presunção de culpabilidade, a qual decorria da ideia de que ninguém acusaria quem fosse inocente. Desse modo, o acusado era tratado como potencial culpado, principalmente quando havia prisão em flagrante.<sup>64</sup>

O CPP originário fazia prevalecer a segurança pública quando esta era sopesada com a liberdade individual, do que resultava uma fase investigatória ofensivamente inquisitorial, com a elevação dos poderes dos agentes policiais. Na mesma toada, não havia intervenção das partes no processo e o interrogatório do réu era realizado exclusivamente como meio de prova, e não de defesa.<sup>65</sup>

Não obstante os ares inquisitoriais, o novo Código estabeleceu a instrução integralmente contraditória e apartou as funções acusatória e julgadora do mesmo órgão, bem como extinguiu quase plenamente o procedimento *ex officio*, o qual se manteve somente nos processos de contravenções.<sup>66</sup>

Em razão de o Código de Processo Penal de 1941 conglomerar elementos do sistema acusatório e do sistema inquisitório, parte da doutrina sustenta que o sistema adotado, a princípio, tenha sido o sistema misto, é o que aduz Marcellus Polastri Lima:<sup>67</sup>

O Código Processual Penal brasileiro de 1941, refletindo a tendência de sua época, abraçava o então chamado sistema ou modelo misto, e, isto resta demonstrado porque, apesar de fortalecer o Ministério Público, dando-se a separação entre as funções de acusar e julgar, de adotar o contraditório na fase da ação penal, ainda conservava formas de procedimento *ex officio* e poderes ao juiz na fase de

---

<sup>62</sup> MIRABETE, 2006, p.18.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p.18.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 05-06.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 07.

<sup>66</sup> MARQUES, 2003, p. 111/112.

<sup>67</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora LUMEN JURIS, 2012, p. 05/06.

investigação, o que indubitavelmente o caracterizava como misto, em vista da forte influência inquisitiva.

A Constituição de 1946, promulgada em Assembleia Nacional Constituinte, qualificada como uma constituição de forte índole liberal, não oportunizou, todavia, mudanças no processo penal vigente.<sup>68</sup> No período de Ditadura Militar, no âmbito do qual se inserem a Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/69, destacaram-se algumas tentativas de alteração da legislação processual penal vigente, mas nenhuma delas se consolidou.<sup>69</sup>

A concepção do Direito Penal como verdadeira política pública<sup>70</sup> foi removida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que instituiu um sistema de amplas garantias individuais, sobretudo o princípio da presunção de inocência, disposto no artigo 5º, LVII, da Lei Maior,<sup>71</sup> no qual se encontra estabelecida a exigibilidade de sentença condenatória transitada em julgado para que a responsabilidade penal seja reconhecida.

O processo penal passou a ser visualizado como um instrumento de garantia do indivíduo perante o Estado, e não mais como mero instrumento de aplicação da lei penal. Introduziu-se o devido processo penal constitucional a perseguir uma Justiça Penal baseada na imposição de igualdade efetiva entre as partes, não prescindindo de observar a desigualdade material presente, habitualmente, na persecução penal, haja vista a condição proeminente do Estado, por exercer as funções investigatória, acusatória e jurisdicional.<sup>72</sup>

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 adotou um sistema acusatório moderno, acerca do qual se irá discorrer no próximo capítulo, refletido nos princípios e garantias previstos, de forma que, a partir de sua vigência, várias normas inquisitivas do Código de Processo Penal brasileiro foram revogadas por intermédio de reformas pontuais e da reforma de 2008.<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> NOGUEIRA, 1993, p. 07.

<sup>69</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 08.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 08.

<sup>71</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>72</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 08.

<sup>73</sup> LIMA, 2012, p. 06.

### 3 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS CLÁSSICOS

A análise dos sistemas processuais penais constitui ponto basilar deste trabalho, haja vista que o tema da iniciativa probatória do Juiz insere uma acentuada controvérsia, no processo penal, acerca de que sistema evidentemente vigora no ordenamento jurídico pátrio.

Antes de adentrarmos no âmago de cada sistema processual penal, necessário que se realizem breves considerações acerca do que se pode entender pela expressão “sistema” e do que compreende os sistemas processuais penais clássicos.

O sistema é, nas suas definições etimológicas, “um conjunto de elementos, materiais ou ideias, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação”, ou “Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada” ou, ainda, “Reunião de elementos naturais da mesma espécie, que constituem um conjunto intimamente relacionado.”<sup>74</sup>

É a ideia básica de sistema que organiza os diversos ramos do Direito, compreendido por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho<sup>75</sup> como um “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade.”

No âmbito do processo penal, o sistema processual penal é, conforme leciona Paulo Rangel, “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto.”<sup>76</sup>

A relação do Estado com o processo penal embasa-se na ideia de que ao primeiro incumbe dotar de efetividade a ordem normativa penal, de forma a salvaguardar a aplicação de suas regras e preceitos fundamentais, o que é instrumentalizado pelo processo, que deve se revestir, a princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória.<sup>77</sup> O sistema Misto configura outra modalidade resultante da presença de caracteres tanto do sistema inquisitório quanto do sistema acusatório em uma mesma ordem jurídica.

<sup>74</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2 ed., Nova Fronteira, p. 1594.

<sup>75</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Notadez, v. 1, nº 1, p. 26-51, 2001, p. 27. Disponível em: <<http://www.itecrs.org/revista/1.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

<sup>76</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13 ed. rev., ampl., e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 45.

### 3.1 Sistema Processual Penal Inquisitório

Conforme estudado no primeiro capítulo, foi em Roma, no período do Império, que se fundou a base primordial do sistema inquisitório, quando se configurou a fase de transição entre a *acusatio* e a *cognitio extra ordinem* (processo penal extraordinário), ocasião em que os poderes do magistrado foram invadindo a esfera de atribuições já reservadas ao acusador privado a tal extremo que, em determinado momento, se reuniam no mesmo órgão do Estado (Julgador) as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz.<sup>78</sup>

Aludida transição ocorreu em razão da indiferença e da inatividade dos cidadãos quanto à atribuição acusatória, o que ocasionou a impunidade de vários delitos, vez que, na *acusatio*, o processo não encetava sem a acusação, provocando no Estado a ânsia de trazer para si o poder de reprimir a prática dos delitos, tornando-se inadmissível que tal repreensão continuasse delegada aos particulares.<sup>79</sup>

Tal sistema vigorou no período dos regimes monárquicos e aprimorou-se durante o direito canônico, logo se difundindo nos Tribunais seculares, tendo em vista a utilização do sistema pelos soberanos como instrumento de opressão e de poder, que se apartava dos interesses individuais,<sup>80</sup> passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias nos séculos XVI, XVII e XVIII.<sup>81</sup>

Nesse sentido, aduz Marcos Alexandre Coelho Zilli:<sup>82</sup> “Justamente pela centralização de poderes é que o sistema inquisitório, historicamente, esteve associado a estruturas políticas, igualmente centralizadas, como, por exemplo, nos diversos Estados absolutistas.”

Nessa conjuntura, constituiu-se o Tribunal da Santa Punição ou *Vehmgericht* com a finalidade precípua de perseguir aqueles que cometessem delitos contra a religião, a paz pública e a honra. A forma do processo e o lugar em que este se realizava eram secretos, assim como eram desconhecidos o acusador, os Juízes e até mesmo a sentença.<sup>83</sup>

Dentre os países em que o sistema inquisitório imperou, destaca-se a França, na qual o processo tramitava em segredo e iniciava de ofício. A tortura era empregada para a obtenção da confissão do acusado. Concentravam-se na mesma pessoa as funções de acusador

<sup>78</sup> MANZINI, 1951, *passim*.

<sup>79</sup> RANGEL, 2007, p. 46.

<sup>80</sup> TOURINHO FILHO, 2003, p. 90.

<sup>81</sup> RANGEL, *op. cit.*, p. 45.

<sup>82</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2003, p. 39.

<sup>83</sup> TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 83/84.

e de julgador, e a defesa do imputado era vedada com a justificativa de que: se culpado, não era digno de defesa; e, se inocente, prescindível se tornava a figura de um defensor.<sup>84</sup>

Ainda na França, em 1670, no reinado de Luiz XIV, promulgou-se a denominada *Ordonnance sur la procédure criminelle*, interpretada como “a mais perfeita expressão técnica do sistema inquisitório,” regulamentando um processo penal escrito, secreto, sem contraditório e revestido por aludido sistema, que se desenvolvia em três fases: a primeira delas era a fase das informações, a qual se compunha de averiguações secretas e de colheita de provas; a segunda e a terceira fases consistiam, respectivamente, na instrução preparatória e no julgamento do feito.<sup>85</sup>

As fases de averiguações e de instrução guiavam-se pelo magistrado, que também poderia figurar como acusador. Em seguimento à referida fase inicial, provinha a instrução processual, com o interrogatório do réu precedido de juramento e diligenciado de forma secreta, não tendo o acusado, até então, ciência das provas contra ele produzidas. Cabia ao magistrado escolher a regras processuais a serem aplicadas em mencionada fase, de acordo com a aparência do crime, incidindo as normas do Processo Civil se o delito apresentasse pouca gravidade, ou as regras do processo penal extraordinário (sistema inquisitivo) se considerado crime grave.<sup>86</sup>

O processo, em alguns casos, era lido na ausência do acusado. O réu era interrogado uma vez mais e sem a presença de um defensor, ocasião em que, havendo apenas indícios graves e presunções de cometimento do delito, com o fito de integralizar o substrato probatório, era ele torturado para fins de obtenção da prova de confissão, o que era bastante para a condenação, tendo em vista que as provas eram analisadas com base em regras mais aritméticas do que processuais.<sup>87</sup>

No contexto de culminância das instituições liberais, na Europa Continental, eclodiu, no século XVIII, um movimento de combate ao sistema inquisitório, o denominado *período humanitário do direito penal* ou Direito Processual Penal Moderno, sobre o qual se discorreu no primeiro capítulo deste trabalho.<sup>88</sup>

Quanto às características essenciais do Sistema Inquisitório, consistem elas na centralização das funções de acusar, defender e julgar na mesma pessoa e no impulso oficial.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> TOURINHO FILHO, 2003, p. 84.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 84/91.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>89</sup> LIMA, 2012, p.20.

Constitui, ademais, especificidade do sistema inquisitório o regimento do processo em segredo e a ausência de contraditório e de ampla defesa, não sendo conferida nenhuma garantia ao acusado, figurando este como objeto do processo, e não como sujeito de direitos.<sup>90</sup>

Há, no sistema em comento, o que se pode denominar de “Hierarquização da jurisdição”,<sup>91</sup> segundo a qual o monarca é o detentor da jurisdição penal, a qual é delegada para funcionários a ele subordinados, que atuam em seu nome.

No âmbito probatório, predomina o sistema da prova legal ou tarifada, em que cada prova tem seu valor previamente estabelecido, resultando da combinação delas certa quantidade de prova que pode autorizar a condenação criminal,<sup>92</sup> imperando a confissão como a rainha das provas.<sup>93</sup>

Resta, ainda, adentrar na concepção de Sistema Inquisitório esposada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,<sup>94</sup> segundo a qual tal sistema processual apresenta um princípio unificador, o princípio inquisitivo, determinado pelo critério da gestão da prova, tendo em vista que a finalidade do processo é a reconstituição de um fato pretérito, realizado por intermédio da instrução probatória.

Nessa esteira, a característica central do sistema inquisitório é a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual, por consectário, detém a gestão da prova.<sup>95</sup>

Por conseguinte, cumpre consignar que o critério da gestão da prova, unicamente considerado, não resta suficiente para a caracterização de um sistema processual penal, de forma que a gestão da prova a cargo do magistrado não determina o sistema como inquisitório, consistindo em decorrência lógica da concentração das funções de acusar, defender e julgar no mesmo órgão (órgão julgador), do que resulta que todas as características apresentadas conformam partes integrantes de um todo: o sistema inquisitório.<sup>96</sup>

### 3.2 Sistema Processual Penal Acusatório

<sup>90</sup> RANGEL, 2007, p. 46.

<sup>91</sup> ZILLI, 2003, p. 40.

<sup>92</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p. 22.

<sup>93</sup> RANGEL, *op. cit.*, p. 46.

<sup>94</sup> COUTINHO, 2001, p. 28/29.

<sup>95</sup> COUTINHO, *loc. cit.*

<sup>96</sup> RANGEL, *op. cit.*, p. 47.

O sistema acusatório encontra sua gênese, como exposto anteriormente, na Grécia e na Roma antigas e vige, hodiernamente, em muitos ordenamentos, não obstante as modificações decorrentes de sua evolução histórica e jurídica.<sup>97</sup>

O processo acusatório é assinalado pela garantia político-jurídica do contraditório ao imputado, decorrendo de aludido princípio a igualdade processual entre as partes de acusação e de defesa e a isonomia de direitos e obrigações entre elas. As funções de acusar, defender e julgar não se congregam na mesma pessoa, muito pelo contrário, atribuem-se a cidadãos dessemelhantes.<sup>98</sup>

Ademais, assim como não mais cumpre ao magistrado encetar o processo, este somente poderá ser iniciado pela parte acusadora, figurada pelo ofendido ou seu representante legal, por qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado, estando a função de acusar, contemporaneamente, na incumbência do Ministério Público, o que, no entanto, conforme leciona Tourinho Filho, “não desnatura o processo acusatório o permitir-se ao ofendido ou ao seu representante o *jus accusationis*.”<sup>99</sup>

Dessa forma, o Sistema Acusatório caracteriza-se, essencialmente, pelo denominado *actum trium personarum*, consistente na separação das funções de acusar, defender e julgar, cabendo a um órgão próprio aduzir a acusação.<sup>100</sup>

As bases originais do sistema acusatório demonstram que atribuir a qualquer cidadão do povo a função acusatória resulta em ineficácia do processo penal, haja vista a possibilidade de figurarem como investigados pessoas poderosas, a incutir nos acusadores real temor, a ponto de anular o exercício de aludida função. Ademais, por se tratar de encargo deveras arriscado, muitos delitos restaram não apurados, em razão de os acusadores serem pressionados pelos investigados nas infrações mais graves e, em contrapartida, haver despreendimento por parte deles na averiguação das pequenas infrações, do que dimanava uma impunidade propagada.<sup>101</sup>

A outorga da função acusatória a qualquer cidadão do povo não constitui elemento estrutural do sistema acusatório, a prova disso é que em Roma, onde se considera a gênese do referido sistema, em dado momento, tal atribuição cabia a pessoas determinadas, a exemplo do que previam as *Institutas de Gaio*, em que a acusação de vários delitos era de incumbência

---

<sup>97</sup> TOURINHO FILHO, 2003, p. 88.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 88/89.

<sup>100</sup> LIMA, 2012, p. 20-22.

<sup>101</sup> TOURINHO FILHO, *op. cit.*, p. 89.

da vítima, entre outras situações.<sup>102</sup> Desse modo, a essência de aludido sistema não se modifica com a respectiva função acusatória a cargo do Ministério Público.

Consoante expõe Ada Pellegrini Grinover,<sup>103</sup> resultam do conceito sintético de sistema acusatório corolários diversos, tais como:

- 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 valorados como provas (salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior);
- b) O exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforisma latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*);
- c) Todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural.

Interessante notar a contraposição entre os sistemas acusatório e inquisitório em vários aspectos, dentre os quais está a valoração da prova. Como dito acima, no sistema inquisitório, o legislador faz a valoração das provas antes mesmo da ocorrência do delito e do manuseio pelo magistrado, indicando precisamente o peso que cada uma deva ter no processo futuro. Ao contrário, no sistema acusatório, garante-se o livre convencimento do juiz<sup>104</sup> ao analisar as provas, reconhecendo-se que seu contato imediato com as circunstâncias em que foram produzidas o autoriza a valorar com precisão, no caso concreto, o peso que cada uma delas deva ter.

Ao mesmo tempo, não se pode ignorar que a imparcialidade do juiz constitui um dos grandes elementos a que se visa proteger no processo penal acusatório. Sem o contato preliminar com as provas, despindo-se do papel de acusador, bem como da responsabilidade de deflagrar a persecução, o magistrado pode exercer com isenção as atribuições dedicadas àquele que decidirá o destino do acusado, sem que quaisquer pré-compreensões ou pré-julgamentos sobre o fato possam sobrepujar o imperativo da lei na concretização da justiça.<sup>105</sup>

Aliado ao fortalecimento da imparcialidade do magistrado, a imersão do contraditório na fase instrutória e de julgamento do processo penal completou o sentido de legitimação da decisão do juiz, que passa a se colocar entre o choque de razões que se contrariam pelo acusador e pelo acusado. Doravante, “o acusado é considerado sujeito de

<sup>102</sup> TOURINHO FILHO, 2003, p. 89.

<sup>103</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, 1999, p. 2. Disponível em: < [http://www.metajus.com.br/textos\\_nacionais/texto-nacional21.html](http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

<sup>104</sup> ZILLI, 2003, p. 39.

<sup>105</sup> RANGEL, 2007, p. 48/49.



direitos estando, pois, em posição de igualdade frente ao acusador,<sup>106</sup> ao revés do sistema inquisitório quando “o réu é tratado como objeto do processo e não como sujeito (...); nada pode exigir.”<sup>107</sup>

Logo, muitos elementos que caracterizavam o sistema inquisitório não podem subsistir aqui, pois, em essência, são incompatíveis com a nova mecânica processual. Não se admite que seja o acusado ouvido sem que as provas possam ter conhecimento, já que impossível se defender daquilo que se desconhece, nem que os atos processuais sejam praticados em sigilo, como regra, devendo prevalecer a publicidade,<sup>108</sup> para que se possa aferir passo-a-passo a legitimidade do processo.

O processo penal deixa de ser puramente a satisfação da sanha punitiva do Estado para equilibrar-se com os direitos dedicados precipuamente às partes, notadamente ao acusado.

### 3.3 Sistema Processual Penal Misto

Também cognominado de sistema acusatório formal, o sistema misto surgiu numa conjuntura de superação parcial do processo do tipo inquisitório, no contexto de pós-revolução francesa e do período humanitário do processo penal, restando tal sistema inaugurado com o Código de Napoleão de 1808.<sup>109</sup>

Como a própria nomenclatura já denuncia, esse sistema se apropria de elementos originários daqueles outros, mesclando-os a depender principalmente do momento da persecução criminal, como se verá mais adiante.

Alguns autores debatem sobre a essência predominantemente acusatória ou inquisitória do sistema misto, à procura de características que mais aproximem esse sistema de um ou de outro. Nessa linha, o magistério de Marcos Alexandre Coelho Zilli:<sup>110</sup>

(...) De qualquer modo, e com maiores ou menores variações, o sistema que se convencionou denominar de misto incorporou aspectos tanto do inquisitório como do acusatório, motivo pelo qual se prefere denominá-lo de inquisitório reformado. Na verdade, trata-se da subsistência do inquisitório que recebeu roupagem

<sup>106</sup> ZILLI, 2003, p. 38.

<sup>107</sup> TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de direito processual penal**. 2.ed. 1º volume, São Paulo: Saraiva. 1977, p. 1-2.

<sup>108</sup> RANGEL, 2007, p. 49.

<sup>109</sup> TOURINHO FILHO, 2003, p. 91.

<sup>110</sup> ZILLI, *op. cit.*, p. 41.

emprestada pelo acusatório. Respeitadas as variações de ordenamento para ordenamento, constituem seus traços característicos.

João Mendes de Almeida Júnior busca razões históricas a confirmar a prevalência do modelo inquisitório dentro do modelo misto. Para tanto, ressalta que o modelo inquisitório representou avanços na proteção da justiça e da liberdade, no período dos séculos XIII ao XVIII, na medida em que se verificava a inércia dos indivíduos de condição humilde no exercício da função acusatória ante a exposição às arbitrariedades dos poderosos e o temor e a quase certeza de vingança,<sup>111</sup> subsistindo no modelo misto o sistema inquisitório com uma roupagem emprestada pelo acusatório.<sup>112</sup>

Assim, permaneceu do sistema inquisitório a gestão das provas pelo magistrado e sua função investigativa na fase preliminar juntamente com a polícia judiciária, angariando informações suficientes para o embasamento de futura acusação. Da mesma forma, o suposto autor do fato, nessa fase, é considerado objeto de investigação, não podendo sequer tomar conhecimento das informações levadas ao conhecimento da autoridade, em restrição à possibilidade de contraditório ou ampla defesa. Essa fase se mantém em caráter sigiloso.<sup>113</sup> Em outras palavras, mantém-se o sistema inquisitório nessa fase.

Sobrevindo informações suficientes, coletadas pelo magistrado, passa-se a uma fase acusatória, pela qual se inicia “um debate oral e público, com a acusação sendo feita por um órgão distinto do que irá julgar, em regra, o Ministério Público.”<sup>114</sup>

A partir de então, inserem-se, em suma, as regras pertinentes ao sistema acusatório, como o reconhecimento do acusado como sujeito de direitos e a possibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa.

Sobre o sistema misto, profícuo é o magistério de Paulo Rangel,<sup>115</sup> quando aduz:

Entendemos que o sistema misto (juizado de instrução), não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação.

A função jurisdicional deve ser no máximo preservada, retirando-se, nos Estados democráticos de direito, o juiz da fase persecutória e entregando-se a mesma ao Ministério Público, que é quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas pela polícia de atividade judiciária, ou, se necessário for, realizá-las pessoalmente, formando sua *opinio delicti* e iniciando a ação penal.

<sup>111</sup> MENDES DE ALMEIDA JR., João. **O processo criminal brasileiro**. 3. ed. aum. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920, Vol. 1, p. 229.

<sup>112</sup> ZILLI, 2003, p. 41.

<sup>113</sup> RANGEL, 2007, p. 50/51.

<sup>114</sup> *Ibid.*, p. 50

<sup>115</sup> *Ibid.*, p.51

Dessa forma, apesar dos avanços, o sistema misto também foi alvo de críticas, notadamente pela participação do juiz na fase preliminar como agente investigativo, haja vista não resguardar o magistrado, e sua decisão final, contra o indesejável contato do julgador com as provas, antes que fossem submetidas ao contraditório e pudessem ser questionadas pelo acusado.

Conforme exposto no capítulo primeiro, O Código Processual Penal brasileiro de 1941 evidenciou a adoção de um sistema ou modelo misto, congregando elementos de ambos os sistemas, tendo em vista que fortaleceu o Ministério Público e separou as funções de acusar e julgar, bem como inseriu o contraditório na fase da ação penal, ao passo que conservou formas de procedimento *ex officio* e poderes ao juiz na fase de investigação, o que o caracterizava como misto, em vista da considerável influência inquisitiva,<sup>116</sup> conjuntura que se transformou após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

### 3.4 Sistema Processual Penal brasileiro

Repousa sobre a doutrina pátria dissenso sobre a natureza do sistema processual penal no Brasil. É bem verdade que, sem esforço, é possível encontrar no ordenamento jurídico brasileiro traços do sistema inquisitório e acusatório vistos logo antes. Dessa feita, a grande questão é saber se esses traços são suficientes ou não para caracterizar o sistema brasileiro como misto, ou se a preponderância de um sobre o outro tornaria esse último desprezível no momento de classificar o sistema adotado em terra *brasilis*.

No que se refere ao sistema inquisitório, pode-se exemplificar com o inquérito policial dirigido pelo sigilo,<sup>117</sup> sem dispensar ao investigado relevantes condições de participação, sob a direção de um Juiz instrutor.<sup>118</sup>

José Nelson de Miranda Coutinho argumenta ser o sistema brasileiro dotado de natureza inquisitória, porque, segundo seu entendimento, a gestão da prova pelas partes ou pelo juiz seria o ponto crucial a determinar a natureza do sistema, sendo outros elementos

---

<sup>116</sup> LIMA, 2012, p. 05/06.

<sup>117</sup> Ressalte-se que mesmo considerando a mitigação do contraditório e da ampla defesa, o STF editou a Súmula Vinculante nº 14 em cujo teor ficou determinado: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária digam respeito ao exercício do direito de defesa. (BRASIL. Vade Mecum: Saraiva. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.905.)

<sup>118</sup> TOURINHO FILHO, 2003, fl. 92.

apenas acessórios e incapazes de tal determinação. Por esse critério, arremata ser inquisitório o sistema brasileiro. Assim é o seu posicionamento:<sup>119</sup>

Finalmente, diante da breve análise dos sistemas processuais e dos princípios que os estruturam, pode-se concluir que o sistema processual brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual penal vigente no Brasil.

Para outros, o direito processual pátrio adota o sistema acusatório por várias razões. A uma, porque a Constituição Federal vigente expressamente prevê como função institucional do Ministério Público (MP) a propositura privativa da ação penal pública, consoante estabelece o artigo 129, I, da Carta Maior.<sup>120</sup> Excepciona-se tal regra, apenas, na hipótese de o MP não promover a ação penal pública no prazo previsto em lei, ocasião em que a acusação poderá ser efetuada pela vítima, competindo a esta também avarar a ação penal privada.<sup>121</sup>

Aos magistrados foi dedicada apenas a função de julgamento, e nunca de acusação, como ocorre no sistema inquisitório. A função de julgamento é exercida por magistrados permanentes, ressaltando-se o processo de *impeachment* e a competência do Tribunal do Júri para a apreciação dos crimes dolosos contra a vida.<sup>122</sup>

Ainda, com supedâneo na investigação preparatória, a parte acusatória, o órgão do Ministério Público ou a vítima, oferece a denúncia ou a queixa e instaura o processo penal, o qual se torna sobremaneira contraditório, público e, em regra, escrito, cabendo às partes o ônus probatório.

Entretanto, o dispositivo contido no artigo 156 do CPP, assim como outros do mesmo diploma, conferindo ao magistrado o poder de ordenar, de ofício e seja qual for o momento, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, causa certa desconfiança sobre a natureza do sistema brasileiro, como se reforçasse o entendimento do professor José Nelson de Miranda Coutinho supracitado.<sup>123</sup> Veja-se o dispositivo legal:

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

<sup>119</sup> COUTINHO, 2001, p. 29.

<sup>120</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

<sup>121</sup> TOURINHO FILHO, 2003, p. 92.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 92/93.

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.

Como solução, Luís Flávio Gomes<sup>124</sup> aponta que algumas características do sistema inquisitório não podem significar que o sistema brasileiro é dessa espécie, mas apenas que goza o Brasil de um sistema acusatório impuro, até mesmo porque difícil imaginar que um sistema adotado atualmente fosse absolutamente idêntico àquele imaginado na França do século XIV.

Em semelhante posição, aduz Paulo Rangel:<sup>125</sup>

Assim, nosso sistema acusatório hodierno não é puro em sua essência. Traz resquícios e ranços do sistema inquisitivo; porém a Constituição deu um grande avanço ao dar ao Ministério Público a privatividade da ação penal pública. Em verdade, o problema maior do operador do direito é interpretar este sistema acusatório de acordo com a Constituição e não de acordo com a lei ordinária, pois, se esta estiver em desacordo com o que aquela estabelece, não haverá recepção, ou, segundo alguns, estará revogada.

Nesse mesmo sentido, sustenta Gustavo Badaró que os poderes instrutórios do juiz não concernem à essência do sistema acusatório, destacando que o processo penal acusatório moderno permite a iniciativa probatória do juiz, configurando, assim, um "modelo acusatório atenuado."<sup>126</sup>

Não obstante a Constituição Federal não preveja expressamente, resta indubitosa a sua adoção pelo Sistema Acusatório, tendo em vista que atribuiu ao Ministério Público a competência para o exercício da Ação Penal Pública, conforme previsão contida no artigo 129, I, da Constituição Federal vigente, ao passo que pôs em evidência o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, resguardando o julgamento dos feitos por um juiz competente e imparcial.<sup>127</sup>

Nessa esteira, argumenta Marcellus Polastri Lima<sup>128</sup> que o ativismo ou não ativismo do Juiz na produção de provas, apesar de se tratar de um traço inquisitivo, não afronta o sistema acusatório vigente, pois, nas palavras do nobre doutrinador:

<sup>124</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: RT, 1994, p. 182.

<sup>125</sup> RANGEL, 2007, p. 52.

<sup>126</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 113 e 122.

<sup>127</sup> PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999, p. 171.

<sup>128</sup> LIMA, 2012, p.22/23.

Na verdade, o traço diferenciador principal está na retirada do juiz de atos praticados durante a fase inquisitorial e na própria instauração da ação penal. Cada vez mais, seja no Brasil ou na Europa Continental, o juiz, já instaurado o processo, pode ser supletivamente ativo.

Diante das considerações expostas, convém reconhecer que a iniciativa probatória conferida ao juiz em dispositivos diversos do Código de Processo Penal vigente não constitui caractere elementar a definir o sistema processual penal pátrio como um sistema inquisitório ou mesmo misto. Revelam-se satisfatórias e adequadas as lições de Eugênio Pacelli de Oliveira, quando sustenta que “não será o fato de se atribuir uma reduzida margem de iniciativa probatória ao juiz na fase processual, isto é, no curso da ação, que apontará o modelo processual penal adotado.”<sup>129</sup>

---

<sup>129</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 05.

#### 4. A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO ÂMBITO DE UM SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO

Inicialmente, cumpre elencar que a iniciativa probatória do juiz no processo penal concerne ao poder de determinar diligências probatórias de ofício e, portanto, independentemente de provocação das partes. O tema sobre o qual se discorre está disposto em alguns dispositivos do Código de Processo Penal, dentre os quais se pode citar os artigos 156, 168, 196, 209, 234 e 242.<sup>130</sup>

Dos dispositivos supramencionados, o artigo 156 é o que se revela deveras crucial para a problemática apresentada, cujo texto originário, quando promulgado o Código de Processo Penal vigente, mediante o Decreto presidencial nº 3.689/1941, conforme exposto no primeiro capítulo, apresentava a seguinte redação: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”

Tal relevância se justifica pelo fato de em referido artigo 156 conter a “norma geral”<sup>131</sup> de iniciativa probatória do juiz, atualmente contida no caput e no inciso II, após a alteração advinda com a Lei 11.690/2008,<sup>132</sup> que modificou o texto original e acrescentou o inciso I ao dispositivo.

A exposição do presente tema e sua relação com o sistema processual vigente no ordenamento pátrio brasileiro reter-se-á à análise da fase processual, não adentrando no campo pré-processual, adotando-se o entendimento esposado por Eugênio Pacelli de Oliveira, quando aduz que “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 curso do processo.”<sup>133</sup>

Por fim, não se pretende neste estudo realizar uma exploração textual e interpretativa acerca dos dispositivos do Código de Processo Penal que versam sobre os

<sup>130</sup> HAMILTON, Sergio Demoro. **A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia**. 2011, *passim*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11001-11001-1-PB.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

<sup>131</sup> HAMILTON, *passim*.

<sup>132</sup> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, **Código de Processo Penal**, Brasília, DF, Senado, 1941, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2014).

<sup>133</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 05.

poderes instrutórios do juiz, o que se persegue é a análise doutrinária do tema, com o enfretamento de sua problemática e dos posicionamentos favoráveis e desfavoráveis à aludida iniciativa probatória.

Cumpre-nos, primeiramente, expor a doutrina que sustenta consistirem aludidos poderes no ponto central para a descaracterização do nosso sistema de acusatório para inquisitório.

#### **4.1 A iniciativa probatória do Juiz e sua conformidade com o sistema inquisitório**

A corrente de pensamento que ora se exporá é encabeçada por Aury Lopes Júnior e por Jacinto Coutinho Nelson de Miranda, os quais sustentam que a diferença entre o sistema acusatório e o sistema inquisitório não se caracteriza pela separação das funções de acusar, defender e julgar em órgãos distintos no primeiro e a concentração de respectivas funções num mesmo órgão no segundo, mas sim pelo critério da gestão da prova.<sup>134</sup>

A considerar que a finalidade do processo é o alcance da reconstituição de um fato histórico, da infração penal imputada, a gestão da prova é erigida como o sustentáculo do processo penal,<sup>135</sup> que estrutura e constitui o sistema respectivo, a partir de dois princípios informadores: o Princípio Dispositivo e o Princípio Inquisitivo.<sup>136</sup> Este funda o sistema inquisitório, no qual a gestão da prova situa-se em poder do julgador ou juiz-ator, enquanto aquele embasa o sistema acusatório, em que a respectiva gestão probatória compete às partes, figurando o juiz como mero espectador.<sup>137</sup>

Aludida concepção se dá colocando em eminência que a finalidade precípua do processo penal é a recomposição de um fato passado, qual seja: a infração penal, sendo tal reconstituição realizada por intermédio da averiguação de provas, que, por sua vez, são produzidas através da instrução processual, razão pela qual se aduz que é o modo como se efetua a gestão da prova que evidencia o critério mais adequado para se distinguir mencionados sistemas.

Mister explanar o conceito de prova, a qual pode ser entendida, no sentido comum, como tudo aquilo capaz de impelir ao conhecimento de um fato, e, no sentido

<sup>134</sup> COUTINHO, 2001, p. 28.

<sup>135</sup> LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual e sua conformidade constitucional**, volume I, 5ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 525.

<sup>136</sup> COUTINHO, *op. cit.*, p. 28/29.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 28.



jurídico, como a representação dos atos e meios utilizados pelas partes, e reconhecidos pelo juiz, como representação da verdade dos fatos alegados.<sup>138</sup>

Na doutrina processual penal, o conceito de prova vislumbra-se repetidamente relacionado aos termos verdade, certeza e convencimento,<sup>139</sup> a exemplo do que sustenta Mittermaier,<sup>140</sup> quando aduz que “provar é querer, em substância, demonstrar a verdade e convencer o juiz, o qual para decidir há mister de adquirir plena certeza.”

A instrução probatória constitui procedimento peculiar que se fraciona em quatro etapas: I- proposição, II- admissão ou recepção, III- produção e IV- valoração ou avaliação. A primeira etapa concerne à indicação das provas pelas partes, em seguida, haverá sua admissão ou não pelo juiz, desde que presentes a tempestividade, a pertinência e a relevância respectivas. Logo após, enceta-se a fase de produção probatória com a participação das partes, tendo em vista o princípio do contraditório. Por fim, a última etapa ocorre concomitantemente à elaboração da sentença, ocasião em que as provas são valoradas.<sup>141</sup>

Dessa forma, a instrução probatória configura procedimento no qual a atuação do juiz é inevitável, uma vez que a ele se dirige a produção das provas e compete-lhe atravancar possíveis violações a direitos e garantias fundamentais, sendo aludida atividade do magistrado legítima e necessária,<sup>142</sup> ao contrário da iniciativa probatória, ou poderes instrutórios, conferida ao juiz.<sup>143</sup>

A relevar que o Princípio da Verdade Real constitui elemento intrínseco à iniciativa probatória do Juiz e, por conseguinte, ao sistema inquisitório, já que a gestão da prova a cargo do órgão julgador funda referido sistema, exigível que se exponha em tópico isolado a correlação de aludido princípio com o Sistema Inquisitório.<sup>144</sup>

#### ***4.1.1 A correlação entre o Princípio da Verdade Real e o Sistema Inquisitório***

<sup>138</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.5.

<sup>139</sup> ARMBORST, Aline Frare. **A atuação instrutória do Juiz no processo penal brasileiro à luz do Sistema Acusatório**. 2008. 40 f. Monografia- Pontifícia Universidade Católica. Rio Grande do Sul, p.12. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008\\_2/aline\\_frare.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf)> Acesso em: 22 abr. 2014.

<sup>140</sup> MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da prova em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1997, p. 59.

<sup>141</sup> ARANHA, *op. cit.*, 35-42 e 78-87.

<sup>142</sup> ARMBORST, *op. cit.*, p. 18.

<sup>143</sup> LOPES JUNIOR, 2010, p. 527.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p.521-532.

O Princípio da Verdade real revela-se peculiaridade do sistema inquisitório, que se encontra assinalado, principalmente, pela exacerbada concentração de poderes no órgão julgador, inclusive a gestão da prova, dispondo o magistrado de plena liberdade para colher o material probatório e atuar, incansavelmente, na busca da verdade real (material) dos fatos. Em citado sistema, segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisitor.”<sup>145</sup>

Nessa esteira, preceitua Guilherme de Souza Nucci<sup>146</sup> que “O princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que é apresentado, simplesmente.”

O Princípio da Verdade Real difundiu o entendimento de que a principal meta do processo penal consistia na busca pela verdade real dos fatos alegados em juízo, tal perseguição da verdade justificou os desvios das autoridades públicas, que dotavam a persecução penal de caráter eminentemente inquisitivo, e a ampla iniciativa probatória do órgão de julgamento, em verdadeira substituição da atuação ministerial ou acusatória.<sup>147</sup>

No processo penal inquisitório, “conta o resultado obtido (condenação) a qualquer custo ou de qualquer modo, até porque quem vai atrás da prova e valora sua legalidade é o mesmo agente (que ao final ainda irá julgar).”<sup>148</sup>

Considerando que o imputado, no processo penal inquisitório, é o objeto do processo, e não sujeito de direitos, e que incide a presunção de culpabilidade em seu desfavor, conspícua é a compatibilidade do princípio da verdade real ou material com aludido sistema.

Em contrapartida, no sistema acusatório, o processo penal e a prova admitida em seu âmbito configuram modos de construção do “convencimento” do julgador que possibilita a formação de sua convicção a legitimar a ordem emanada pela decisão final, conforme leciona Aury Lopes Junior:<sup>149</sup>

O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através-essencialmente-das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória. (...) As provas são os materiais que

<sup>145</sup> COUTINHO, 2001, p. 28.

<sup>146</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 6. Ed. rev., atual.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 105.

<sup>147</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 332/333.

<sup>148</sup> LOPES JUNIOR, 2010, p.526.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p.522/523.

permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva).

Contrapondo-se, por conseguinte, ambos os sistemas, sob o prisma da gestão da prova, possível verificar que, no sistema acusatório, o Juiz mantém a posição de espectador, sem iniciativa probatória, alcançando a finalidade do processo, nesse caso, o convencimento judicial, através dos elementos probatórios colhidos exclusivamente pelas partes, ao passo que, no sistema inquisitório, é o próprio magistrado que busca a prova, valora sua legalidade e profere a decisão final, com o fito de obter a verdade material, aqui tida como objetivo do processo penal.<sup>150</sup>

#### ***4.1.2 A concepção de vigência do sistema inquisitório no Direito Processual Penal pátrio***

À vista do exposto, até então, no presente tópico, conclui-se que a gestão da prova e a iniciativa probatória conferidas ao magistrado fundam um sistema inquisitório que “afeta o próprio regime legal das provas”, tendo em vista que o órgão julgador esquadriña a prova, valora a sua legalidade e profere a decisão final,<sup>151</sup>havendo perseguição de um resultado (condenação), dando-se pouca relevância à forma como este é obtido, numa busca incessante pela verdade real.

A atribuição de poderes instrutórios propicia a incidência de quadros mentais paranoicos no juiz<sup>152</sup> que deslindam porque o sistema inquisitório persegue um resultado determinado (condenação).

Isso se explica pelo fato de que o magistrado imagina e estabelece uma(s) certa(s) hipótese(s), mentalmente ou até mesmo inconscientemente, acerca dos fatos criminosos imputados, havendo, desse modo, uma prevalência das hipóteses sobre os fatos, de forma que ele, inicialmente, ao definir uma hipótese, decide em abstrato, para só depois ir buscar os fatos, materializados nas provas, as quais justificam a decisão concreta prolatada que, na verdade, já foi tomada intelectualmente e anteriormente.<sup>153</sup>

Noutras palavras, Jacinto Coutinho argumenta, em referência ao denominado “quadro mental paranoico” do Juiz, que “abre-se ao juiz a possibilidade de decidir antes e,

<sup>150</sup> LOPES JUNIOR, 2010, p.526-528.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p.526.

<sup>152</sup> CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino, Utet, 1986, p. 51

<sup>153</sup> LOPES JUNIOR, *op. cit.*, p.527.

depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua’ versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro.”<sup>154</sup>

A opção pelo sistema inquisitório revela-se também na admissibilidade das provas, já que, estando a gestão da prova a cargo do juiz, por consectário lógico, atribui-se a ele a sua proposição, provocando um amálgama entre a aquisição da prova e a sua admissão, não havendo a exigível separação entre o agente incumbido de obter a prova e aquele encarregado de realizar o juízo de admissibilidade e licitude da mesma.<sup>155</sup>

Nessa perspectiva, a iniciativa probatória do Juiz e a perigosíssima mescla entre a aquisição da prova e a sua admissão fundamentam um sistema processual penal pátrio denominado por Aury Lopes Júnior de *neoinquisitorial*, haja vista a observância ao princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório, este não correspondendo àquele historicamente concebido na sua pureza, conforme aduz mencionado jurista:<sup>156</sup>

Claro que não o modelo inquisitório historicamente concebido em sua pureza, mas uma *neoinquisição*, que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório, etc. Não se trata de pós-inquisitorial porque isso nos daria uma noção superada do modelo anterior, o que não é de todo verdade.

Vale lembrar, no entanto, o que foi exposto no capítulo segundo desta obra, que, muito embora a Constituição Federal não tenha previsto expressamente o sistema processual penal vigente, indubitosa é a sua adoção pelo Sistema Acusatório, haja vista que atribuiu ao Ministério Público a competência privativa para o exercício da Ação Penal Pública, à medida que pôs em evidência o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, resguardando o julgamento dos feitos por um juiz competente e imparcial,<sup>157</sup> não constituindo a atribuição de reduzida margem de iniciativa probatória ao juiz, na fase processual, ponto crucial para determinar o sistema processual penal vigente.<sup>158</sup>

De agora em diante, mister expor os posicionamentos doutrinários adversos ao explanado no presente tópico, em que se argumenta a compatibilidade da iniciativa probatória do Juiz com o sistema acusatório brasileiro.

---

<sup>154</sup> COUTINHO, 2001, p. 37.

<sup>155</sup> LOPES JUNIOR, 2010, p.527.

<sup>156</sup> *Ibid.*, p.527/528.

<sup>157</sup> PRADO, 1999, p. 171.

<sup>158</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 05.

## 4.2 A ampla iniciativa probatória do Juiz e sua compatibilidade com o sistema processual penal acusatório

A corrente doutrinária que ora se exporá defende a ampla iniciativa probatória do juiz e sua compatibilidade com o processo penal acusatório, ou processo de partes, e é sustentada por Ada Pellegrini Grinover, Gustavo Badaró e Marcos Antonio Barros, que aduzem que mencionado sistema apresenta como atributo cardial a separação das funções de acusar, defender e julgar em órgãos distintos, o que o contrapõe ao sistema inquisitório, no qual há a concentração das mesmas funções em um único órgão, cabendo ao Juiz “inquisitor” atuar espontaneamente.<sup>159</sup>

Antes de tudo, vale ressaltar que tal atuação concerne apenas ao campo processual, consoante expõe Ada Pellegrini Grinover:<sup>160</sup>

Não se confunda a iniciativa instrutória do juiz no processo com a atribuição de poderes de busca da prova na fase de investigação. Durante esta, o juiz só pode ter os poderes de determinar medidas cautelares, sob pena de voltar-se à figura do juiz-inquisitor do processo antigo;

Conforme visto no segundo capítulo, decorrem do conceito de sistema acusatório acima delineado, os seguintes corolários: a utilização dos elementos probatórios colhidos na fase investigatória sobeja restrita à formação do convencimento do órgão acusador, e não do julgador; o desencadeamento da jurisdição depende do oferecimento da acusação por órgão dessemelhante do magistrado e o desenvolvimento do processo realiza-se integralmente com o contraditório pleno e diante do Juiz natural.<sup>161</sup>

O que se defende é que a essência dos poderes instrutórios do juiz, no processo, não está inserida no campo conceitual do sistema acusatório brasileiro, daí porque a ausência de incompatibilidade entre ambos, situando-se a iniciativa probatória do magistrado no conceito de “inquisitorial system”, presente na Europa continental e nos países por ela influenciados, o qual se opõe à definição de “adversarial system”, peculiar do sistema anglo-saxão.<sup>162</sup>

O “adversarial system” ou, em melhor tradução, “processo que se desenvolve por disposição das partes”, consiste em modelo que se designa pela preponderância destas na produção probatória e no desencadeamento do processo. Em contrapartida, no “inquisitorial

---

<sup>159</sup> GRINOVER, 1999, p. 1.

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p.1/2.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p.2.

system”, ou “processo de desenvolvimento oficial”, supracitadas funções são exercidas prioritariamente pelo magistrado.<sup>163</sup>

Verifica-se, contudo, que, mesmo nos países em que vige o “processo que se desenvolve por disposição das partes”, o “sistema de desenvolvimento oficial” vai-se ambientando, tendo em vista a insuficiência do primeiro à satisfação da sociedade e a altaneira relevância de seus princípios informadores, quais sejam: “a concepção publicista do processo e a percepção de sua função social.”<sup>164</sup>

Dessa forma, os poderes instrutórios do órgão jurisdicional legitimam-se na concepção publicista do processo e na assimilação de sua função social, visto que os fins do direito processual se confundem com os objetivos do próprio Estado, no âmbito do qual se situa a jurisdição como uma de suas funções, de forma que constitui papel do Juiz participar ativamente na produção probatória e no desenvolvimento procedimental para garantir a efetividade do processo e atingir o escopo social da jurisdição, que é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico e o conseqüente alcance da paz social.<sup>165</sup>

Mister consignar que aludida doutrina refuta o Princípio da Verdade Real, considerando a verdade um conceito absoluto, ao passo que sustenta ser imprescindível que o juiz diligencie com o fito de atingir o maior grau de probabilidade possível de certeza, significando tal princípio, hodiernamente, “simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial”, que não poderá ficar à mercê da influência das partes a subtrair do julgador os poderes instrutórios necessários para o seu alcance.<sup>166</sup>

Nessa esteira, vige em nosso ordenamento o Princípio da Demanda, no qual incumbe às partes a propositura da ação, porém, a partir daí, o processo se desenvolve por impulso oficial, devendo o juiz dispor de iniciativa instrutória, não se restringindo à análise das provas apresentadas por exclusiva disposição das partes, podendo, em toda circunstância que julgar essencial para a consecução do maior grau de probabilidade possível de certeza, determinar a produção probatória de ofício, o que não maculará a sua imparcialidade, visto que, ao ordenar respectiva diligência, o magistrado não tem ciência do resultado que a prova acarretará ao processo nem da parte a qual ela beneficiará.<sup>167</sup>

No âmbito de outro posicionamento doutrinário, a iniciativa probatória do juiz é ampla e fundamenta-se no Princípio da Verdade Real, de modo que os poderes instrutórios

---

<sup>163</sup> GRINOVER, 1999, p.2.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p.2.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p.3.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p.3-8.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p.3.

atribuídos ao magistrado não se vislumbram como meras faculdades, mas constituem, consoante leciona Barros,<sup>168</sup> “obrigações que o levam a ordenar a execução de atos que propiciem a descoberta da verdade, suprindo dessa forma as falhas ou omissões apresentadas pelas partes.”

Por conseguinte, tais poderes do juiz consistem em manifestações do poder estatal, razão pela qual se consubstanciam em “poderes-deveres” ou “deveres instrutórios,” conclusão que se extrai da interpretação do artigo 251 do Código de Processo Penal, que incumbe ao juiz o provimento da regularidade do processo e a manutenção da ordem no curso dos respectivos atos.<sup>169</sup>

Ademais, a própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal assevera que o juiz não figura como espectador inerte da produção de provas, permitindo-se a sua intervenção na atividade processual, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para determinar, de ofício, a colheita de provas reputadas úteis à elucidação da verdade, na medida em que, “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 dubio pro reo* ou o *non liquet*,<sup>170</sup> revestindo-se tal poder de caráter complementar ou supletivo.<sup>171</sup>

Aqui, é o princípio da verdade real que fundamenta aludido papel do juiz, inserindo na atuação jurisdicional um autêntico dever de se buscar a realidade histórica dos fatos imputados, em consonância com o que argumenta Sergio Demoro Hamilton:<sup>172</sup> “A iniciativa do juiz na busca de provas está intimamente ligada ao princípio da verdade real, que não admite possa o juiz ficar refém das partes em razão da natureza pública do processo e do fim social a que ele se destina.”

Nesse sentido, para Gustavo Badaró, a verdade judicial seria necessariamente relativa, apresentando a maior aproximação possível do que seja definido como verdade, sendo aquela que o juiz irá buscar com base nas provas constantes dos autos, de forma que os poderes instrutórios do juiz podem ser considerados um ganho no descobrimento correto dos fatos acrescidos ao direito de prova das partes.<sup>173</sup>

<sup>168</sup> BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 135.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>170</sup> BRASIL. **Vade Mecum**: Saraiva. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 599.

<sup>171</sup> BARROS, *op. cit.*, p. 136.

<sup>172</sup> HAMILTON, 2011, *passim*.

<sup>173</sup> BADARÓ, 2003, p. 37 e 116.

Retornando à tese sustentada por Ada Pellegrini Grinover, mencionados poderes servem de instrumento para o atingimento da concreta igualdade entre as partes, tendo em vista que eventual omissão de quaisquer delas na instrução do feito, muitas vezes, se deve a uma situação de desequilíbrio material, no qual prevalecem fatores institucionais, econômicos ou culturais.<sup>174</sup>

Essencial consignar, no entanto, que supracitada atuação esbarra nos subsequentes limites: a imperatividade de motivação das decisões judiciais, nas situações de ordenação da produção de prova e de valoração dela; a austera observância ao contraditório, este apreendido como atividade do juiz e das partes na concepção probatória e como consequente condição de validade destas; e a exigibilidade de que as provas colhidas por iniciativa do Juiz estejam em conformidade com as normas constitucionais e processuais, apresentando licitude (material) e legitimidade (processual).<sup>175</sup>

A considerar que o sistema acusatório se contrapõe apenas ao sistema inquisitório, à proporção que o “adversarial system” se confronta meramente com o “inquisitorial system” e que apenas nesses últimos conceitos se inserem os poderes instrutórios do juiz, a doutrina exposta nesse tópico sustenta ser plenamente compatível um sistema acusatório tanto com o “adversarial system” como com o “inquisitorial system”, vez que se encontram em categorias diversas de institutos.<sup>176</sup>

Na mesma perspectiva, argumenta Gustavo Badaró que os poderes instrutórios do juiz não concernem à essência do sistema acusatório, destacando que o processo penal acusatório moderno permite a iniciativa probatória do juiz, configurando, assim, um “modelo acusatório atenuado.”<sup>177</sup>

Por conseguinte, conclui-se que aludidos posicionamentos conferem ampla iniciativa probatória ao magistrado, o que não se mostra consentâneo com o sistema acusatório vigente, conforme se demonstrará no tópico seguinte, haja vista que possibilita a iniciativa do Juiz supletiva ao órgão de acusação.

### **4.3 A compatibilidade parcial da iniciativa probatória do Juiz com o sistema acusatório vigente**

---

<sup>174</sup> GRINOVER, 1999, p.3/4.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p.4.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p.2.

<sup>177</sup> BADARÓ, 2003, p. 113 e 122.



O posicionamento que ora se exporá apresenta como principal expoente Eugênio Pacelli de Oliveira, que sustenta a legitimidade da iniciativa probatória do juiz quando determinada com vistas a suplementar a produção probatória da defesa, pondo como valor fundante do sistema de provas a presunção de inocência do réu.<sup>178</sup>

Preliminarmente, quanto ao tema da verdade, busca-se um deslocamento da verdade formal do processo civil para o processo penal,<sup>179</sup> tida esta como uma verdade processual e judicial, que se condiciona à observância dos preceitos procedimentais e das garantias da defesa, sendo a verdade judicial uma realidade processualmente reconstruída, conforme se depreende dos ensinamentos do mencionado jurista:<sup>180</sup>

Toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica.

A princípio, argumenta-se que, muito embora a prova da existência do crime seja atribuição do Ministério Público, em virtude do Princípio da Presunção de Inocência, que implica a transferência de todo o ônus probatório para o órgão de acusação, referida incumbência restringe-se à demonstração da materialidade do fato e de sua existência, concernente ao elemento tipicidade do conceito analítico de crime, eximindo-se a parte acusatória do ônus de demonstrar a existência dos demais elementos (licitude e culpabilidade), razão pela qual é plenamente aceitável que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, nos termos do caput do artigo 156, do Código de Processo Penal,<sup>181</sup> cabendo à defesa produzir provas quanto às excludentes de ilicitude e de culpabilidade.

Quanto ao que dispõe o artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal em vigor, sustenta-se que o sistema acusatório, imposto pela Constituição Federal vigente, ao balizar as funções do Juiz e do Ministério Público, deverá funcionar como controlador da aplicação de aludido dispositivo legal, em razão da imparcialidade que deve revestir a atuação concreta do juiz no processo penal, vedando a este a adoção de postura tipicamente acusatória na hipótese de reputar deficiente a atividade probatória desenvolvida pelo Ministério Público.<sup>182</sup>

---

<sup>178</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 334.

<sup>179</sup> BARROS, 2002, pgs. 32-35.

<sup>180</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 333.

<sup>181</sup> *Ibid.*, p. 334/335.

<sup>182</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 337.

Em um processo acusatório, a providência do juiz na busca de provas que possam, ao menos em tese, incriminar o réu é deveras inaceitável, até porque, no campo da ação penal pública, dispomos de um Ministério Público qualificado, intelectual e moralmente, para atuar satisfatoriamente, sem a necessidade do auxílio do juiz a desequilibrar a balança em favor do autor da ação penal.<sup>183</sup>

Em outra perspectiva, o argumento no sentido de que a iniciativa judicial no campo probatório não compromete a imparcialidade do juiz, aduzido por Ada Pellegrine Grinover, conforme exposto alhures, não se sustenta ante a evidência de que o magistrado, ao tomar a iniciativa da produção de determinada prova em favor da acusação, antevê determinado resultado, pois do contrário não teria sentido a providência ordenada.<sup>184</sup>

Exigível, neste momento, discorrer acerca do Princípio da Imparcialidade, o qual está associado ao Princípio do Juiz Natural, vez que este tem por fito, em último grau, salvaguardar, na relação processual, uma atuação imparcial do juiz.<sup>185</sup> O princípio do juiz natural constitui garantia das partes de que o julgamento da causa estará a cargo de magistrado “previamente designado por lei e de acordo com as normas constitucionais.”<sup>186</sup>

O princípio da Imparcialidade, por sua vez, consiste no dever de desinteresse do órgão julgador por ambas as partes do processo (acusadora e ré), haja vista que o Estado invoca para si a função de administrar a justiça, de forma que, nas lições de Paulo Rangel, “deve o Estado-juiz interessar-se apenas pela busca da verdade processual, esteja ela com quem estiver, sem sair de sua posição *supra partes*.”<sup>187</sup>

À vista disso, a busca *ex officio* de provas pelo Juiz, tanto revestida com o caráter de faculdade quanto com o de dever jurídico, constituiria violação ao sistema acusatório, haja vista que, em ambas as justificativas, o julgador deixaria de atuar *suprapartes*, comprometendo, a partir daí, a sua imparcialidade e atuando em confronto manifesto com a nossa Carta Política e com o princípio acusatório por ela adotado.<sup>188</sup>

Numa perspectiva atenuada, Eugênio Pacelli de Oliverira constrói uma linha demarcatória do que se entende por *iniciativa probatória* e *iniciativa acusatória* do juiz penal, sendo esta última absolutamente vedada e configurada quando o magistrado exerce atividade probatória, que não pode ser nem mesmo supletiva ou substitutiva, de iniciativa da acusação,

<sup>183</sup> HAMILTON, 2011, *passim*.

<sup>184</sup> *Ibid*, *passim*.

<sup>185</sup> NUCCI, 2010, p. 98.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 85

<sup>187</sup> RANGEL, 2007, p.19/20.

<sup>188</sup> HAMILTON, *op. cit.*, *passim*.

ao contrário da *iniciativa probatória* empreendida quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu, ocasião que não levaria à mácula da imparcialidade do Juiz, tendo em vista o escopo de efetiva igualdade (material) entre as partes.<sup>189</sup>

Nessa esteira, numa situação em que o Juiz vislumbre a omissão da defesa na requisição de provas, resta legitimada a sua iniciativa probatória de ofício quando verificada a possibilidade de demonstração da inocência do réu, justificando supracitado autor que ”quando se fala na exigência de igualdade de armas, tem-se em vista a realização efetiva da igualdade, no plano material, e não meramente formal,”<sup>190</sup> assinalada pelo tratamento distinto entre iguais e desiguais.

---

<sup>189</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 337/338.

<sup>190</sup> *Ibid*, p. 338.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante exposto, o tema da iniciativa probatória do Juiz no âmbito de um sistema processual penal acusatório revela-se bastante complexo e reveste-se de intensa problemática acerca de qual sistema processual penal vigora no ordenamento jurídico pátrio, introduzindo debates acirrados e posicionamentos diversos a respeito do sistema vigente e da influência da iniciativa probatória na sua determinação.

À vista disso, tencionou-se a exposição da caracterização dos sistemas processuais penais clássicos, sem prescindir de demonstrar o desenvolvimento histórico do Direito Processual Penal no âmbito internacional e nacional, com o fito de constatar a gênese de aludidos sistemas, bem como sua incidência no direito brasileiro.

Na análise dos sistemas processuais penais clássicos, encetou-se pela descrição do sistema inquisitório, o qual se define, principalmente, pela centralização das funções de acusar, defender e julgar na mesma pessoa (órgão julgador), pelo início da ação penal procedida *ex officio*, pelo regimento do processo em sigilo e em segredo, pela ausência de contraditório e de ampla defesa, não sendo conferida nenhuma garantia ao acusado, figurando este não como sujeito de direitos, mas como mero objeto do processo.

Sobejou consignado, ainda, que o critério da gestão da prova, unicamente considerado, não resta suficiente para a caracterização de um sistema processual penal, de forma que a gestão da prova a cargo do magistrado não determina o sistema como inquisitório, consistindo em decorrência lógica da concentração das funções de acusar, defender e julgar no mesmo órgão (órgão julgador), do que resultou que todas as características apresentadas constituem partes integrantes de um todo: o sistema inquisitório.

Em contrapartida, o sistema acusatório é assinalado máxime pela separação em órgãos (pessoas) distintos das funções de acusar, defender e julgar, não mais cumprindo ao magistrado encetar o processo, este somente podendo ser iniciado pela parte acusadora.

Ademais, o sistema acusatório é designado pela prevalente publicidade do procedimento, pelo fortalecimento da imparcialidade do magistrado, pela garantia político-jurídica do contraditório na fase instrutória e de julgamento do processo penal, do que resulta a igualdade processual entre as partes de acusação e de defesa e a isonomia de direitos e obrigações entre elas, sendo o acusado considerado sujeito de direitos.

No que concerne ao sistema misto, também cognominado de sistema acusatório formal, este se caracteriza pela apropriação de elementos originários daqueles outros, mesclando-os a depender principalmente do momento da persecução criminal, de forma que,

na fase preliminar, incidem os caracteres do sistema inquisitório, ao passo que, na fase processual, vigem os princípios do sistema acusatório.

No que concerne ao sistema processual penal vigente no ordenamento jurídico brasileiro, restou elucidado que, muito embora a Constituição Federal não tenha previsto expressamente o sistema adotado, não há dúvidas quanto à opção pelo Sistema Acusatório, tendo em vista que atribuiu ao Ministério Público a competência privativa para o exercício da Ação Penal Pública, consoante estabelece o artigo 129, I, da Carta Maior, ao passo que pôs em evidência o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, resguardando o julgamento dos feitos por um juiz competente e imparcial.

Ademais, reconheceu-se que a iniciativa probatória conferida ao juiz em dispositivos diversos do Código de Processo Penal em vigor não constitui caractere elementar a definir o sistema processual penal pátrio como um sistema inquisitório ou mesmo misto, haja vista que a atribuição de uma reduzida margem de iniciativa probatória ao juiz, na fase processual, não seria suficiente para apontar o modelo processual penal adotado.

Por conseguinte, resta adequada e satisfatória à problemática apresentada o posicionamento esposado por Eugênio Pacelli de Oliveira, o qual aduz a possibilidade de uma parcial iniciativa probatória do Juiz no sistema acusatório em vigor, legitimada pelo Princípio da Presunção de Inocência, posto este como valor fundante do sistema de provas, e pela necessidade da obtenção da igualdade não somente formal, mas também material, entre as partes.

Em suma, os poderes instrutórios do Juiz não descaracterizam o sistema acusatório em vigor, ressalvando-se que devem ser operados com vistas a suplementar a produção probatória da defesa, pondo o próprio sistema acusatório como o controlador ou redutor do exercício de aludida iniciativa.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARMBORST, Aline Frare. **A atuação instrutória do Juiz no processo penal brasileiro à luz do Sistema Acusatório**. 2008. 40 f. Monografia- Pontifícia Universidade Católica. Rio Grande do Sul. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008\\_2/aline\\_f\\_rare.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_f_rare.pdf)> Acesso em: 22 abr. 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Vade Mecum**: Saraiva. 16. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BRASIL, **Código de Processo Penal**, Brasília, DF, Senado, 1941, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2014.

CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino, Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Notadez, v. 1, nº 1, p. 26-51, 2001. Disponível em: <<http://www.itecrs.org/revista/1.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. V. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2 ed., Nova Fronteira.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: RT, 1994.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, 1999. Disponível em: <[http://www.metajus.com.br/textos\\_nacionais/texto-nacional21.html](http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

HAMILTON, Sergio Demoro. **A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia**. 2011, passim. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11001-11001-1-PB.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de Processo Penal**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora LUMEN JURIS, 2012.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual e sua conformidade constitucional**, volume I, 5ª ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MANZINI, Vincenzo. **Derecho procesal penal**. Trad. Santiago S. Melendo. Buenos Aires: EJE, 1951.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V. 1. 2 ed. Campinas-SP: Millennium, 2003.

MENDES DE ALMEIDA JR., João. **O processo criminal brasileiro**. 3. ed. aum. Vol. 1. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18º ed. São Paulo: Atlas, 2006.

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

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 6. Ed. rev., atual.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13 ed. rev., ampl., e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2003.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de direito processual penal**. 2.ed. 1º volume, São Paulo: Saraiva. 1977.

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

