

O sistema acusatório e a iniciativa probatória do juiz

1. Introdução

Num passado não muito distante, após maciço apoio da sociedade que tomou as ruas nos protestos de junho de 2013, o Congresso Nacional sepultou a famigerada PEC 37 (Proposta de Emenda Constitucional 37/2011), conhecida como “PEC da Impunidade”, que visava atribuir o monopólio da investigação criminal às Polícias Cíveis e Federal, por expressivos 430 votos contrários contra apenas 9 favoráveis.

Embora não o dissesse expressamente, a PEC tinha como destinatário imediato o Ministério Público, cuja prerrogativa de investigar crimes vinha sendo iterativamente reconhecida pela jurisprudência¹ e doutrina amplamente majoritárias², culminando na sedimentação deste entendimento em julgamento histórico proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em maio de 2015³.

Dentre tantos outros fundamentos, argumentou-se que a investigação constituiria mera decorrência do sistema acusatório previsto na Constituição Federal (teoria dos poderes implícitos), que confiou ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (CR, art. 129, I). Para bem desempenhar este mister, fazia-se indispensável dotá-lo dos meios inerentes ao seu fiel exercício, sob pena de atenuação ou quiçá inocuidade de sua atuação no processo penal.

Percebeu-se, felizmente em tempo, que o cerceamento da produção de provas na fase investigativa alcançaria, outrossim, vários órgãos públicos (Departamento de Ilícitos Cambiais e Financeiros do Banco Central, Receitas Federal e Estaduais, Unidade de Inteligência Financeira) e até particulares (inserindo-se as vítimas), que ficariam obstados de desempenhar este papel, pois as provas seriam qualificadas como ilícitas, acarretando a anulação do processo-crime originado (CR, art. 5º, LVI).

¹ STF, HC nº 94.173; HC nº 87.610; HC 89.837; STJ, súmula 234.

² MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1684.

³ RE 593727, com repercussão geral reconhecida.

2. O Sistema Acusatório e a Preservação da Imparcialidade

O denominado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019) reacendeu a polêmica dos poderes instrutórios, mas agora alcançando a figura do magistrado, cuja imparcialidade é característica da própria jurisdição, constituindo autêntico pressuposto processual de validade, questão de ordem pública cognoscível *ex officio* e infensa à preclusão.

O legislador constituinte originário deixou bem explícita a adoção do sistema acusatório em detrimento do inquisitorial, daí exsurgindo como consectários a separação das funções de acusar, defender e julgar, a preservação da imparcialidade do órgão julgador e a gestão probatória cometida às partes.

Em patente harmonia com a Carta Magna, o Pacote Anticrime introduziu ao Código de Processo Penal o artigo 3º-A, estatuinto que “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

O preceptivo em comento por ora encontra-se com a eficácia suspensa, consoante decisão monocrática proferida pelo Ministro Luiz Fux, do Pretório Excelso, em sede de medida cautelar concedida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade de n. 6298, 6299, 6300 e 6305, que abarcou o juiz das garantias e normas correlatas.

Nada obstante, o artigo 3º-A, do Código de Processo Penal, tão-somente esmiúça e reforça no âmbito infraconstitucional o princípio acusatório, ocupando-se de preservar-lhe os atributos essenciais, notadamente o da imparcialidade ínsita ao Poder Judiciário.

É dizer: trata-se de mera decorrência de norma constitucional que veda ao juiz a iniciativa acusatória, própria do Ministério Público nas ações penais públicas (CR, art. 129, I), ou do querelante, nas ações penais de iniciativa privada. Resguarda, ainda, as funções de polícia judiciária.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o tema:

Evidente que não há como evitar a relação de causa e efeito entre as provas coligidas contra o suposto autor do crime e a decisão a ser proferida pelo juiz. Ninguém pode negar que o magistrado, pelo simples fato de ser humano, após realizar pessoalmente as diligências, fique envolvido psicologicamente com a causa, contaminando sua imparcialidade (STF, Rel. Min. Maurício Corrêa, ADI 1.570, DJ 22/10/2004).

Não se concebe o exercício da investigação criminal pelo magistrado, que se transmudaria em autêntico juiz-inquisidor, desprezando as atribuições constitucionais cometidas à Polícia Judiciária e ao Ministério Público, em inequívoca violação à garantia do devido processo legal (CR, art. 5º, LIV).

Impõe-se ao juiz o dever de manter-se equidistante das partes e abster-se de imiscuir-se nas atividades próprias dos investigadores, seja perscrutando pessoalmente os fatos, seja presidindo as apurações, obstando-se, destarte, que se contamine dos elementos hauridos e antecipe a sua conclusão sobre a lide em curso (ação penal) ou mesmo sequer iniciada (investigação).

Nesse sentido, traz-se à baila a abalizada doutrina do preclaro professor Renato Brasileiro de Lima:

Mas esta mera separação das funções de acusar e julgar não basta para a caracterização do sistema acusatório, porquanto a imparcialidade do magistrado não estará resguardada enquanto o juiz não for estranho à atividade investigatória e instrutória. Com efeito, de nada adianta a existência de pessoas diversas no exercício das funções do magistrado e do órgão estatal de acusação se, na prática, há, por parte daquele, uma usurpação das atribuições deste, explícita ou implicitamente, a exemplo do que ocorre quando o magistrado requisita a instauração de um inquérito policial, dá início a um processo penal de

ofício (processo judicialiforme), produz provas e decreta prisões cautelares sem requerimento das partes, etc.⁴

A interferência judicial na atividade das partes vulnera, a par do devido processo legal, os princípios da ampla defesa e do contraditório (CR, art. 5º, LV), pois o juiz já estaria umbilicalmente ligado aos fatos e comprometido com um julgamento preconcebido. Não por outra razão o Pacote Anticrime apartou o juiz das garantias do da instrução (CPP, art. 3º-C), vedando-lhes explicitamente a iniciativa probatória.

O Estado avocou para si a função jurisdicional de heterocomposição dos conflitos, do que decorre inexoravelmente que esta atividade seja desempenhada por um terceiro desinteressado no deslinde da controvérsia. Tal não ocorreria, parece-nos insofismável, se este terceiro de antemão tivesse conhecimento das peças informativas produzidas contra o suspeito e, menos ainda, se ele houvesse determinado medidas investigativas *sponte propria*, em substituição às partes ou à autoridade policial, vinculando-se psicologicamente à causa.

Com a habitual proficiência, preleciona Geraldo Prado:

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de provas que sequer foram consideradas pelo órgão de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto das reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, aqui igualmente se verificará, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao feito, por considerar importantes

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 44.

para o deslinde da questão, o que afastará da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição esta apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.⁵

3. Da Hermenêutica do Código de Processo Penal

O Código de Processo Penal data de 3 de outubro de 1941 (Decreto-Lei nº 3.689/41) e, como é presumível, carece de atualização, sem prejuízo de sua releitura constitucional. Ademais, as inúmeras reformas inseridas no seu texto redundaram na perda da unidade do sistema.

Deveras, enquanto o sobredito artigo 3º-A, introduzido pela Lei 13.964/19, vedou a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, o artigo 156, I, do mesmo *Codex*, incluído pela Lei nº 11.690/08, facultou ao juiz, de ofício, “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes [...]”.

Desponta inequívoca a revogação tácita do artigo 156, I, do Código de Processo Penal⁶, visto que a lei posterior (de nº 13.964/19) é manifestamente incompatível com a anterior (de nº 11.690/08), nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁷

A preocupação do legislador ordinário com a imparcialidade do órgão julgador, sobretudo após o advento da Lei nº 13.964/19, materializa-se pela criação de novas causas de impedimento do juiz: (1) “o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código

⁵ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 176.

⁶ Submeti à apreciação da I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal – CJF o seguinte enunciado: “O artigo 156, I, foi tacitamente revogado pelo artigo 3º-A, incluído pela Lei nº 13.964/19, ambos do Código de Processo Penal. Ademais, reputa-se inconstitucional a iniciativa probatória do juiz, seja pela violação ao sistema acusatório (CR, artigo 129, I), seja pelo evidente abalo à sua imparcialidade”. A proposta foi selecionada para deliberação, recebendo o número 3390, mas foi rejeitada por maioria na Comissão IV (29 votos contrários e 23 favoráveis).

⁷ Art. 2º, § 1º, Decreto-Lei nº 4.657/42. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

ficará impedido de funcionar no processo” (CPP, art. 3º-D) e (2) “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão” (CPP, art. 157, § 5º).

Consubstancia-se, ainda, na proibição da decretação da prisão cautelar de ofício pelo magistrado. Nesse diapasão, colhe-se hodierna decisão do Supremo Tribunal Federal:

A Lei nº 13.964/2019, ao suprimir a expressão “de ofício” que constava do art. 282, §§ 2º e 4º, e do art. 311, todos do Código de Processo Penal, vedou, de forma absoluta, a decretação da prisão preventiva sem o prévio “requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público” (grifei), não mais sendo lícita, portanto, com base no ordenamento jurídico vigente, a atuação “ex officio” do Juízo processante em tema de privação cautelar da liberdade.⁸

A nova sistemática de arquivamento do inquérito policial, que agora dispensa a homologação judicial, e o acordo de não persecução penal também constituíram medidas que enaltecem o sistema acusatório, malgrado a já referida medida cautelar concedida pelo Ministro Luiz Fux.

Como bem adverte Aury Lopes Junior:

Sem dúvida essa liminar foi um golpe poderosíssimo na reforma que se pretendia levar a cabo. Ao suspender o art. 3º-A, do CPP, que finalmente consagraria o sistema acusatório; ao suspender também a implantação do juiz das garantias; o sistema de exclusão física dos autos do inquérito; e a nova forma de arquivamento adequada ao sistema acusatório (art. 28), o Min. Luiz Fux sepultou décadas de luta, de pesquisa, de milhares de debates e de

⁸ STF, HC 188.888/MG, Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 06/10/2020.

páginas escritas para modernizar e democratizar o processo penal brasileiro. Talvez o Ministro, por ser um processualista civil, não tenha tido a compreensão do que está em jogo para o processo penal e que foi suspenso com sua decisão liminar e monocrática. Era, Ministro, o mais forte movimento reformista para livrar o processo penal do seu ranço autoritário e inquisitório, para reduzir o imenso atraso civilizatório, democrático e constitucional que temos no CPP. Sua liminar não suspendeu apenas artigos, suspendeu a evolução, a democratização do processo penal.⁹

Outros tantos dispositivos do Código de Processo Penal carecem de interpretação à luz do modelo acusatório instituído pela Constituição Federal, sobrelevando citar os que autorizam (a) a produção de prova de ofício pelo juiz durante o processo (CPP, art. 156, II), (b) a decretação do sequestro de ofício (CPP, art. 127), (c) a decretação de busca domiciliar de ofício (CPP, artigo 242), (d) a oitiva de testemunhas além das arroladas pelas partes (CPP, art. 209), (e) a determinação de busca, independentemente de requerimento das partes, de documento relevante (CPP, art. 234) e (f) a requisição da instauração de inquérito policial pelo juiz (CPP, art. 5º, II).

Neste passo, o artigo 26, do Código de Processo Penal, admite o início da ação penal com o auto de prisão em flagrante ou com portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial, em substituição à denúncia, inaugurando o vetusto processo judicialiforme, em que o acusador confundia-se com o julgador.

Ressai evidente a não recepção ou inconstitucionalidade de comandos legais que instituem a nefasta figura do juiz-inquisidor ou infrinjam o modelo acusatório adotado pela Constituição Federal. Fácil notar, ainda, a incompatibilidade desses dispositivos com as significativas alterações legislativas implantadas pelo Pacote Anticrime, que inegavelmente aproximaram o Código de Processo Penal de um viés democrático e constitucional.

⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo : Saraiva, 2020.

Nessa esteira, o magistério do renomado professor Eugênio Pacelli:

No campo da distribuição dos ônus da prova, a Lei nº 11.719/08 parece ter adotado uma linha visivelmente acusatória, ao eleger as partes como protagonistas na fase de inquirição de testemunhas, reservando-se ao magistrado a função, supletiva, de esclarecimento dos depoimentos. No ponto, há certo descompasso com a regra geral do art. 156 do mesmo CPP, na qual se confere ampla liberdade de iniciativa probatória conferida ao juiz, frequentemente legitimada pelo decantado princípio da verdade real. Ora, além do fato de não existir nenhuma verdade judicial que não seja uma verdade processual, tal princípio, na realidade, na extensão que se lhe dá, pode ser – e muitas vezes foi e ainda é – manipulado para justificar a substituição do Ministério Público pelo juiz, no que se refere ao ônus probatório que se reserva àquele. Nesse particular, pensamos que somente uma leitura constitucional do processo penal poderá afastar ou diminuir tais inconvenientes, com a afirmação do princípio do juiz natural e de sua indispensável imparcialidade. Com efeito, a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado.¹⁰

Como bem salientado pelo eminente professor, o anacrônico princípio da “verdade real” tem sido utilizado como fundamento para a outorga indiscriminada de poderes instrutórios ao juiz, conspurcando o sistema acusatório. Sob influência dos teóricos Isaac Newton, Nicolau Copérnico e Galileu Galilei, o

¹⁰ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24ª ed. São Paulo : Atlas, 2020.

pensamento jurídico foi matematizado, impregnando-se a ideia de uma sentença de mérito em que seria possível ao seu prolator descortinar a verdade dos fatos.

Essa visão cartesiana de busca da certeza, da solução e da terminação fez com que o Direito se resumisse a um método de lógica. Diante da complexidade social e das limitações impostas num processo democrático, a verdade alcançável há de ser a dita “processual” ou “quase verdade”. Nessa vertente, com a didática que lhes é peculiar, lecionam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

Esse conceito de verdade, que supõe a perfeita correspondência entre a realidade e a ideia que dela se faz, sem dúvida é ainda base de muitos argumentos em direito processual. Subsidia, por exemplo, como se verá adiante, a tese da relativização da coisa julgada e muitas vezes é argumento que se aponta contra a vedação às provas ilícitas. Todavia, de todas as ideias que se pode ter a respeito das relações entre prova e “verdade”, essa é, de longe, a mais imprestável. Por se tratar de um conceito absoluto, sua ligação com a atividade probatória é inviável. O processo não tem condições de reconstruí-la e, muitas vezes, renuncia à sua busca. Pense-se, por exemplo, na exclusão das provas ilícitas, nas vedações legais ao emprego de determinados meios de prova em certas circunstâncias ou nas provas tarifadas, eventualmente admitidas. Pense-se, ainda, em limites temporais, a exemplo das preclusões e da coisa julgada. Por isso, observa Giovanni Verde, que no processo as regras sobre prova não regulam apenas os meios de que o juiz pode servir-se para “descobrir a verdade”, mas também traçam limites à atividade probatória, tornando inadmissíveis certos meios de prova, resguardando outros interesses (como a intimidade, o silêncio etc.) ou ainda condicionando a eficácia do meio probatório à adoção de certas formalidades (como o uso do instrumento público). Ora, um

modelo que trabalha com esses obstáculos certamente não pode comprometer-se em encontrar uma “verdade material”, “real” ou “absoluta”.¹¹

4. Considerações Finais

A atividade probatória há de recair às partes tão-somente, que estão sujeitas aos ônus processuais pertinentes, sendo defeso ao juiz pretender avaliar-lhes a eficiência do trabalho, impondo a produção desta ou daquela prova. Tampouco deve o magistrado invadir a investigação processual penal para determinar a coleta de elementos de informação *ex officio*, arvorando-se nas funções da autoridade policial e do Ministério Público, pois se assim o fizer restará maculado o sistema acusatório e, como corolário, a sua imparcialidade no julgamento da causa.

Não há processo penal democrático quando as funções de investigar, acusar e julgar concentram-se na mesma pessoa. Bom ressaltar que a propositura da ação penal pelo Ministério Público não implica, por si só, na preservação do sistema acusatório. Cabe a sua observância em todos os demais atos processuais, vedando-se ao magistrado suplantar a atuação das partes e dos investigadores, *verbi gratia*, decretando medidas cautelares de ofício.

Bem por isso afeiçoa-se teratológica a realização de audiências criminais sem a presença do Ministério Público, sob o pretexto de celeridade e da suficiência de intimação prévia. Aliás, conquanto desatualizado, o próprio Código de Processo Penal comina a pena de nulidade ao ato praticado quando ausente a intervenção do Ministério Público em todos os termos da ação por ele intentada (CPP, art. 564, III, “d”).

Com efeito, em hipóteses deste jaez, a função de acusador há de incidir sobre outro sujeito processual. Por certo não será o advogado do réu a exercê-la,

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. Volume 2. 6ª ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

sobejando ao juiz, então, este mister, na falta do Ministério Público. Passível, pois, de todas as críticas os julgados que abonam este posicionamento inconstitucional¹². Caberia ao julgador designar nova data para a solenidade e officiar os órgãos de controle, quando injustificado o comparecimento, eventualmente relaxando a prisão processual do acusado, se verificado excesso de prazo na formação da culpa.

Vislumbra-se elevada probabilidade de modificação do entendimento jurisprudencial ante a entrada em vigor do Pacote Anticrime, que, como realçado, primou pelo respeito ao sistema acusatório.

Espera-se que em breve o Plenário do Supremo Tribunal Federal valide a vontade do povo expressa pelo devido processo legislativo que redundou na aprovação da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, distribuindo a cada ator no processo as funções que lhes são próprias e coibindo-se arbitrariedades, nos moldes preconizados pela Constituição da República Federativa do Brasil.

5. Referências Bibliográficas

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17ª ed. São Paulo : Saraiva, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Teoria dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. Volume 2. 6ª ed. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

¹² PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIAS DE FATO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ATESTADA NOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Conforme consignado no *decisum* vergastado, o entendimento consolidado desta eg. Corte Superior é no sentido de que “[...] não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência [...]” (STJ, REsp 1.348.978/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/02/2016).

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24ª ed. São Paulo : Atlas, 2020.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Autor: Carlos Eduardo Avanzi de Almeida é promotor de justiça em Minas Gerais, especialista em Direito Processual Civil e mestrando em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo.