

## A ATUAÇÃO INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

### THE INSTRUCTORY JUDGE ACTING IN CRIMINAL PROCEDURE BRAZILIAN

Ana Claudia de Lima\*

Muriele de Conto Boscatto\*\*

#### RESUMO

O presente artigo versa sobre o papel do juiz criminal no Brasil, analisando, através do método dedutivo, a atuação instrutória do mesmo nos processos. Tendo como objetivo verificar a conformidade entre a norma constitucional e a norma infraconstitucional processual penal, que outorga aos magistrados poderes de iniciativa instrutória, permitindo que o juiz ordene de ofício a produção de determinadas provas. Visando uma boa compreensão aborda inicialmente a ideia central de cada sistema processual penal, o sistema inquisitório, o sistema acusatório e também o tão discutido sistema misto; versando após sobre a gestão da prova e a possibilidade de concessão da mesma ao magistrado, e seguindo com a explanação de determinados princípios processuais penais que demonstram a problemática decorrente desta iniciativa probatória do juiz, como o princípio da imparcialidade, o princípio da presunção de inocência e o princípio da prevalência do interesse do réu. Por fim, constata que seria impossível conceder ao magistrado a gestão da prova sem ferir a Constituição Federal de 1988, pois estaríamos instituindo no país um sistema inquisitório, onde cabe ao juiz as funções de acusar, defender e julgar, algo inconcebível sendo que foi constitucionalmente adotada a ideia de um sistema acusatório para o processo penal brasileiro.

**Palavras-chave:** Sistemas processuais penais. Instrução probatória. Poderes instrutórios do juiz.

#### ABSTRACT

---

\* Estudante do 8º nível do curso de Direito da Faculdade Meridional- IMED. Email: <ana.zanette@hotmail.com>.

\*\* Graduação em Direito, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós-Graduação em Direito Penal Econômico Europeu, pela Universidade de Coimbra/Pt - Faculdade de Direito/Instituto de Direito Penal Econômico Europeu. Especialista em Direito Empresarial, pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Email: <murieledeconto@hotmail.com>.

This article focuses on the role of criminal justice in Brazil, analyzing, through deductive method, the instructory performance of the same in the processes. Aiming to verify compliance between constitutional law and criminal procedure infra standard, which gives powers to the magistrates of instructory initiative, allowing the judge orders craft production of certain evidence. Aiming a good understanding initially addresses the central idea of each criminal justice system, the inquisitorial system, the adversarial system and also the much-discussed mixed system; dealing after on the management of evidence and the possibility of granting it to the magistrate, and following with the explanation of certain criminal procedural principles that demonstrate the problems arising from this evidentiary initiative of the judge, as the principle of impartiality, the principle of presumption of innocence and the principle of prevalence of the defendant's interest. Finally, notes that it would be impossible to give the judge proof of management without hurting the Federal Constitution of 1988, we would be setting up in the country an inquisitorial system where it is up to the judge functions accuse, defend and judge, inconceivable and it was constitutionally adopted the idea of an adversarial system for the Brazilian criminal proceedings.

**Keywords:** criminal procedural systems; Instruction probative; Instructive powers of the judge.

## 1 INTRODUÇÃO

Tendo como tema o papel do juiz no processo penal, o estudo objetiva a análise da atuação instrutória do juiz, examinando a conformidade constitucional da legislação processual penal brasileira, que tem concedido aos magistrados poderes de iniciativa instrutória.

Há grande dissenso entre os doutrinadores sobre a (in)constitucionalidade dessa iniciativa instrutória e a forma como isso se reflete no processo penal e na sociedade como um todo, tornando assim, o tema relevante.

Em busca de ideias, conceitos, e conseqüentemente resoluções para o problema, que se adequem ao panorama contemporâneo, a base da pesquisa bibliográfica foram autores como Aury Lopes Jr, Guilherme de Souza Nucci e Paulo Rangel.

Visando contribuir para uma melhor compreensão do tema o estudo, através do método dedutivo, aborda primeiramente a ideia de sistemas processuais penais e de seu núcleo fundante, seguindo após para uma conceituação de prova e ação instrutória, até

finalmente chegarmos ao ponto central onde através de quatro princípios - a saber: princípio acusatório, princípio da presunção de inocência, princípio da prevalência do interesse do réu e princípio da imparcialidade - se verifica a compatibilidade da iniciativa instrutória do juiz com o sistema acusatório.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1. Sistemas processuais penais**

Um sistema pode ser conceituado como elementos diversos que se inter-relacionam na execução de determinada função, seguindo essa lógica pode-se dizer que sistema processual penal é “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, 2010, p.49).

O sistema processual penal de um país reflete muito de seu modelo político estatal, pois através dessa interação entre Estado-indivíduo é possível identificar se a estruturação política tem cunho democrático ou não (ARMBORST, 2008, p.3). Assim, um Estado estruturado de maneira totalitária costuma adotar o sistema inquisitório no processo penal, que reúne o poder nas mãos do juiz; sistema que não tem possibilidade de ser adotado por um Estado democrático, onde obrigatoriamente todos devem ser tratados como sujeito de direitos.

Para tornar mais clara essa afirmação é importante uma análise da estrutura de cada sistema. Iniciando pelo sistema inquisitório, onde os poderes de acusar, defender e julgar se concentra nas mãos do juiz (LOPES JUNIOR, 2012, p. 122). Outras características importantes desse sistema são a iniciativa da acusação de ofício pelo juiz; a forma sigilosa do processo; a inexistência de qualquer garantia processual, como o contraditório e a ampla defesa; a adoção do sistema de prova tarifada, sendo considerada a confissão a prova máxima de um delito (RANGEL, 2010, p. 50) e a finalidade de buscar a ‘verdade’, não sendo relevante os meios utilizados para isto (ZILLI, 2003, p. 40). Em virtude destas características o sistema inquisitório costuma ser associado a modelos absolutistas de Estado (ZILLI, 2003, p. 39) e dificulta sua adoção, pois seria incongruente utilizar-se deste sistema após o advento dos Estados Democráticos de Direito.

Já no sistema acusatório se concebe o “juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem

compete o ônus da prova, enfrentada a defesa em juízo contraditório, oral e público e resolvida pelo juiz segundo sua livre convicção” (PRADO, 2006, p.153). São características deste sistema a publicidade dos atos processuais, as garantias concedidas pelo contraditório e pela ampla defesa, a adoção do livre convencimento como sistema de provas, e a imparcialidade do juiz (LOPES JUNIOR, 2012, p. 119). Devido a esses aspectos o sistema acusatório é o que melhor se adapta às atuais estruturas estatais, por possibilitar um processo que condiz com os direitos fundamentais consagrados nas modernas Constituições.

No sistema processual penal misto o processo é dividido em duas fases “a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório” (NUCCI, 2010, p. 116-117). O sistema misto tem como características a separação das funções de acusar e julgar; na fase preliminar o acusado é mero objeto de investigação em meio a um procedimento sigiloso; na fase de julgamento a acusação e a defesa têm direitos iguais; o ônus de demonstrar a culpa do acusado, na fase judicial, pertence ao Ministério Público; e nesta mesma fase são assegurados o contraditório, a ampla defesa e a publicidade dos atos processuais (RANGEL, 2010, p. 55). Mesmo sendo o sistema misto considerado um avanço quando comparado ao sistema inquisitivo (RANGEL, 2010, p.55) este sofre duras críticas por parte dos doutrinadores. Para a doutrina o sistema misto nem pode ser considerado um verdadeiro sistema processual, pois os sistemas acusatório e inquisitivo possuem princípios rígidos e totalmente opostos, o que impede de maneira lógico-científica uma fusão dos mesmos (CARVALHO, 2002, p. 493).

Atualmente não existem sistemas puros, entretanto não podemos considerá-los mistos, pois “o misto deve ser visto como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório, a partir do princípio que informa o núcleo” (LOPES JUNIOR, 2012, p. 134). Portanto, faz-se necessária a compreensão do núcleo fundante dos princípios centrais de cada sistema, antes de ser feita a análise dos poderes instrutórios do juiz criminal.

Há dissenso entre os doutrinadores quando se trata da identificação do núcleo fundante dos sistemas processuais penais; para parte da doutrina o cerne de cada sistema “reside na (in)existência da separação de funções de acusar, defender e julgar, ao passo que outra corrente identifica o núcleo fundante dos sistemas no critério da gestão da prova” (ARMBORST, 2008, p. 11). Entretanto, tendo o processo a finalidade de, através da instrução probatória, reconstituir o crime para possibilitar o julgamento correto pelo juiz (COUTINHO, 2001, p. 28), adotaremos o entendimento de que o núcleo fundante dos sistemas processuais penais será determinado pelo modo de gestão da prova. Portanto se a gestão da prova fica

detida a figura do juiz, o sistema é inquisitório; caso esta pertença às partes, o sistema é acusatório (ARMBORST, 2008, p.11-12).

## **2.2. Poderes instrutórios do juiz**

As provas podem ser compreendidas como “os meios através dos quais se fará a reconstrução do fato passado (crime)” (LOPES JUNIOR, 2012, p. 535), entretanto o seu objeto não é consenso entre os doutrinadores, aqui seguindo a doutrina que melhor se encaixa no sistema processual adotado pelo Brasil, pode-se dizer que a finalidade do mesmo é o convencimento do juiz (RANGEL, 2010, p. 451). Convencimento que deve ser feito observando-se todas as garantias processuais, cada prova deve entrar de forma legal no processo (LOPES JUNIOR, 2007, p. 521-523).

Entre o conhecimento do caso pelo juiz e a sentença, há a instrução probatória (ARMBORST, 2008, p. 17), que é um “conjunto de atos que têm por objeto recolher as provas com que deve ser decidido o litígio” (MARQUES, 2000, p. 326) . O juiz atua intensamente em todas as fases da instrução probatória, entretanto essa atuação se limita, quando se trata da iniciativa instrutória, porque “os poderes [...] do juiz visam coordenar e inspecionar a atividade das partes, estimulando-a quando deficiente, e reprimindo-a quando excessiva” (MARQUES, 2001, p.189), porém devem permanecer circunscritos a isto. Portanto não se deve igualar a iniciativa instrutória aos poderes instrutórios que o juiz possui dentro do processo, estes significam que

O órgão judicial é sujeito indispensável à instrução, porquanto, além de ser o responsável pela avaliação do material nela colhido, também tem o dever de impedir eventuais violações a direitos e garantias fundamentais[...], enquanto a iniciativa instrutória seria a faculdade de o juiz buscar de ofício o material probatório (ARMBORST, 2008, p. 18-19).

Nesse ponto surge uma problemática, pois é impossível conciliar o sistema acusatório consagrado pela Constituição Federal com a iniciativa instrutória do juiz. Considerando-se a gestão da prova como o núcleo essencial de cada sistema processual, ao dar essa iniciativa ao juiz estaríamos promovendo o sistema inquisitório no país, e isto atingiria diretamente alguns princípios processuais.

## **2.3. Princípios constitucionais penais e a iniciativa probatória do magistrado**

O primeiro princípio atingido pela iniciativa instrutória do juiz é o princípio acusatório, que limita os poderes instrutórios por parte do juiz. Segundo este princípio há a “exigência de um juiz sem poderes de iniciativa na formação da prova” (THUMS, 2006, p. 238), além da inércia durante a instauração do processo e uma postura equidistante no

decorrer do mesmo. O magistrado deve ser um “espectador, dedicado acima de tudo à valoração objetiva e imparcial dos fatos” (FERRAJOLI, 2002, p. 488), isso, porém, não diminui de forma alguma a atuação do magistrado no processo, este continuará participando de cada fase da produção de provas, mas caberá a ele apenas coordenar a produção de provas das demais partes para que as mesmas respeitem o devido processo legal.

Outro princípio é o da presunção de inocência, que traz ao réu a garantia de ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória (NUCCI, 2010, p.81). Segundo este princípio deve-se partir da ideia de que o réu é inocente e “o dever de provar a culpa é do órgão acusatório, pouco importando quem o constitui” (NUCCI, 2012, p.265), se a culpa não for comprovada categoricamente, caberá apenas a absolvição. Isto ocorre, pois integrado ao princípio da presunção de inocência, está o princípio da prevalência do interesse do réu, que determina que restando qualquer dúvida a absolvição é um imperativo (LOPES JUNIOR, 2010, p.179-180), e “não se trata de um favor[...] ou uma simples benevolência; trata-se de um dever legal para declarar primordial o estado de não culpabilidade” (NUCCI, 2012, p.271). Uma sentença condenatória nesses casos seria uma afronta aos princípios processuais penais.

Além dos princípios acusatório, presunção de inocência e prevalência do interesse do réu, a iniciativa instrutória do juiz atinge diretamente o princípio da imparcialidade. Princípio que determina ao juiz uma posição de terceiro “atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva” (LOPES JUNIOR, 2007, p.81) no processo. A imparcialidade do juiz é essencial a justiça e o que torna confiável toda a atuação do sistema judiciário (NUCCI, 2012, p.332).

Em face do exposto, e levando-se em conta a ideia de que o núcleo fundante dos sistemas processuais penais é a forma de gestão da prova, percebe-se que ao conceder ao juiz a iniciativa instrutória estaríamos violando diversos princípios processuais penais e conseqüentemente, configurando no país um sistema inquisitório.

O advento da Constituição Federal de 1988 trouxe profundas mudanças ao processo penal, pois acabou por instituir no Brasil o sistema processual penal acusatório (ARMBORST, 2008, p. 28), isso não ocorreu expressamente, entretanto com uma análise pode-se perceber diversos fatores que corroboram essa ideia. São exemplos disso, a presença do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da imparcialidade do magistrado e principalmente a separação das funções de acusar, defender e julgar. Quando “a Constituição da República opta pela tutela dos direitos fundamentais, a estrutura processual daí derivada há de ser imposta com estrita observância do modo pelo qual é possível

harmonizarem-se todos estes direitos” (PRADO, 2006, p. 47), assim a adoção do sistema inquisitorial seria totalmente incongruente.

Assim torna-se visível a incompatibilidade entre as normas constitucionais que determinam um sistema processual acusatório e as normas infraconstitucionais que concedem ao juiz poderes para iniciativa instrutória, sabe-se que

A coexistência de ambos os sistemas em um mesmo ordenamento jurídico é claramente inadmissível, sobretudo quando o enfoque reside na atuação instrutória do juiz, haja vista que ou se assume a inquisitorialidade, e se admite a iniciativa probatória oficial, ou se opta pela acusatoriedade, e se vedam os poderes instrutórios. (ARMBORST, 2008, p.32)

A resposta a esta controvérsia deve ser buscada na própria Constituição. Pelo fato desta possuir supremacia frente às demais normas do país (BULOS, 2011), toda lei infraconstitucional deve se adaptar a seus princípios, em virtude de ser considerada inconstitucional, caso contrário (BULOS, 2011, p.136). Sendo que “nenhuma lei ou ato normativo [...] poderá subsistir validamente se for incompatível com a Constituição” (BARROSO, 2011, p.323), torna-se claro que o magistrado não pode continuar aplicando uma lei, que contem um vício manifestamente insanável. Por fim, é obrigação do juiz “negar a aplicabilidade da norma em cada caso concreto” (ARMBORST, 2008, p. 37), abrindo mão assim da própria iniciativa instrutória no processo penal em nome da proteção de garantias constitucionais.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao verificar através de uma avaliação que o sistema processual penal adotado pelo país é o acusatório, e tendo o entendimento de que o núcleo fundante de cada sistema processual é a forma de gestão da prova, é perceptível que conceder ao magistrado poderes de iniciativa instrutória é inconcebível, pois nesse caso estaríamos instituindo um sistema inquisitório no Brasil.

A iniciativa instrutória do juiz fere diretamente diversos princípios processuais penais que foram consagrados pela Constituição Federal de 1988, e sendo assim é necessário que se leve em conta a supremacia das normas constitucionais em desfavor das demais normas do país.

Enfim, pôde-se constatar a total inconstitucionalidade da legislação processual penal, que atualmente tem concedido ao magistrado poderes que não condizem com sua real função

no processo, que é a de coordenar a produção de provas, e não de sair em uma busca desenfreada por estas.

Com base no estudo constatou-se que para solucionar o problema de forma célere basta que cada juiz, individualmente, adote a postura correta negando a aplicabilidade de uma lei manifestamente inconstitucional.

## REFERÊNCIAS

ARMBORST, Aline Frare. A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório. Disponível em: [http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008\\_2/aline\\_fra\\_re.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_fra_re.pdf). Acesso em: 20 mar. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo de. Crítica à Execução Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

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

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

LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. Direito processual penal. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MARQUES, José Frederico. Estudos de direito processual penal. 2ª edição. Campinas: Millennium, 2001.

\_\_\_\_\_. Elementos de direito processual penal. 2ª. ed. rev. e atual. Campinas: Millennium, 2000. v. II.

NUCCI, Guilherme de Souza. Princípios constitucionais penais. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. Manual de processo penal e execução penal. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 17ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

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