

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

CRISTINA KLEIN DE AZEVEDO E SOUZA

**Os Poderes Instrutórios do Juiz
no Recente Processo Penal e o Anteprojeto 156**

Porto Alegre

2010

CRISTINA KLEIN DE AZEVEDO E SOUZA

**Os Poderes Instrutórios do Juiz
no Recente Processo Penal e o Anteprojeto 156**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

**Porto Alegre
2010**

CRISTINA KLEIN DE AZEVEDO E SOUZA

**Os Poderes Instrutórios do Juiz
no Recente Processo Penal e o Anteprojeto 156**

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Ciências Penais, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre. 1 de julho de 2010.

Conceito atribuído: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Odone Sanguiné – UFRGS

Prof. Dr. Tupinambá Pinto de Azevedo – UFRGS

Prof. Dr. Danilo Knijnik – Orientador.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, ao Dr. Danilo Knijnik, pelo grande auxílio na confecção deste trabalho e pela inspiração, como professor dedicado.

Agradeço também aos meus pais, pelos conselhos e pela paciência.

RESUMO

Estudo da adequação e amplitude dos poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro. Visão do tema em três momentos: no processo penal antes das reformas legislativas de 2008, após essas reformas e conforme o estabelecido no Anteprojeto nº 156.

Análise combinada dos dispositivos legais com o sistema acusatório, bem como com os princípios fundamentais do processo penal, revela a necessidade de restrição da permissão legal de iniciativa instrutória do juiz penal conferida pelo Código de Processo Penal, pouco modificada pelas reformas de 2008, para limitar-se a complementar os elementos de prova já produzidos, direção assumida pelo Anteprojeto nº 156.

Palavras-Chave: Direito processual penal: Brasil. Poderes instrutórios do juiz penal. Prova. Sistema acusatório.

RESUMEN

Estudio de la adecuación y amplitud de los poderes probatorios del juez en el proceso penal brasileño. Visualización del tema en tres momentos: en el proceso penal antes de las reformas legislativas de 2008, después de esas reformas, y conforme establecido en el Anteproyecto n° 156.

Análisis combinada de los dispositivos legales con el sistema acusatorio, así como con los principios fundamentales del proceso penal, revela la necesidad de restricción de la permisión legal de iniciativa probatoria del juez penal conferida por el Código de Proceso Penal, poco modificada por las reformas de 2008, para limitarse a complementar los elementos de prueba ya producidos, dirección asumida por el Anteproyecto n° 156.

Descriptores: *Derecho procesual penal: Brasil. Poderes probatorios del juez penal. Prueba. Sistema acusatorio.*

Título: *Los Poderes Probatorios del Juez en el Reciente Proceso Penal y el Anteproyecto n° 156.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
PRIMEIRA PARTE – OS PODERES INSTRUTÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ANTERIORMENTE ÀS REFORMAS PROCESSUAIS PENAIS DE 2008	9
1. Os Sistemas Processuais Penais	10
2. Os Poderes Instrutórios do Juiz Penal	32
SEGUNDA PARTE – OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ PENAL E AS REFORMAS DE 2008 E DO ANTEPROJETO 156	57
1. As reformas de 2008 e os poderes instrutórios do juiz penal	58
2. O anteprojeto e os poderes instrutórios do juiz penal	67
CONCLUSÕES	77
REFERÊNCIAS	80
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR	85

INTRODUÇÃO

O estudo dos poderes instrutórios do juiz penal colabora para a compreensão e o aprimoramento da instrução processual penal, irradiando efeitos na efetivação de direitos fundamentais. Nesse contexto, a análise das recentes reformas processuais, bem como do Anteprojeto nº 156, em tramitação no Congresso Nacional, estimulam a reflexão acerca das características do processo penal para o qual o Brasil está se encaminhando.

Por meio do estudo doutrinário sobre o tema, combinado com a análise de artigos no Código de Processo Penal e no Anteprojeto referido e, com menor ênfase, de referências na jurisprudência, este trabalho objetiva analisar a existência e a possibilidade no sistema processual penal brasileiro de atribuição de poderes instrutórios ao juiz penal, bem como eventuais limites ao seu exercício, entendidos como a atividade do juiz na produção de provas de ofício durante o processo, excluída, portanto, atividade de investigação do juiz, realizada antes da formação do processo, tema alheio ao alcance do estudo que propomos.

Cumpra esclarecer desde já que este trabalho abstém-se da análise do procedimento do júri, que possui diferenças estruturais por demais relevantes, quando comparado ao procedimento comum, verdadeiro objeto deste trabalho, a ponto de ensejar um estudo apartado, mormente em relação ao tema ora em questão.

Nesse esforço, no primeiro capítulo, primeiramente trataremos dos sistemas processuais penais, com especial ênfase à atividade probatória do julgador, procurando esclarecer com qual se identifica o sistema processual brasileiro.

Em seguida, analisa-se com maior proximidade em que consiste o poder de produção de prova de ofício do juiz penal, em sua configuração no Código de Processo Penal até as reformas legislativas de 2008.

No segundo capítulo, passa-se ao exame das modificações procedidas pela recente reforma antes referida, discutindo-se seus dispositivos legais relacionados a atividades probatórias do juiz, em comparação com o estabelecido até então.

Por fim, procede-se ao estudo do Anteprojeto nº 156, também buscando relacionar seus preceitos com o Código vigente, a fim de desvendar a perspectiva, no que se refere ao tema, que se vislumbra para o processo penal brasileiro.

I – OS PODERES INSTRUTÓRIOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ANTERIORMENTE ÀS REFORMAS PROCESSUAIS PENAIIS DE 2008

A produção da prova é uma das etapas de maior relevância para o processo penal, à qual se dedicam inúmeros artigos de lei e estudos jurídicos. Isso porque é a base para o andamento de um processo judicial que observe os direitos humanos, tendo especial reflexo nos princípios do contraditório e da presunção de inocência e no direito à ampla defesa.

No entanto, a fase probatória também tem grande importância para a legitimação do judiciário perante a sociedade, já que a determinação judicial provinda da sentença final adquire respeito e confiança da população não somente por basear-se em critérios justos, mas também por haver correspondência, a maior possível, com a realidade fática, mormente em se tratando de procedimentos criminais, que põem em xeque a liberdade, bem reconhecidamente de grande valor.

Conforme Antônio Magalhães Gomes Filho:

(...) considerar a prova a “*alma do processo*” tanto pode significar a exaltação do seu valor *interno* – de instrumento pelo qual o juiz se esclarece sobre os fatos –, como a identificação de um elemento vivificador através do qual a atividade processual assimila valores e símbolos vigentes na sociedade, propiciando, em contrapartida, a adesão do grupo ao pronunciamento resultante.

Em outras palavras, além de ser um procedimento cognitivo, a prova é também um fenômeno psicossocial; daí a extraordinária importância da *natureza* das provas e do *modo* como são elas obtidas e incorporadas no processo¹.

Nesse contexto, se por um lado a iniciativa instrutória do juiz penal possui grande relevância por representar um importante acontecimento no conjunto probatório de um processo, por outro sempre foi objeto de grande divergência na doutrina e na jurisprudência, questionando-se acerca da regularidade de sua amplitude e mesmo de sua adequação ao ordenamento brasileiro.

O tema traz subjacente a compreensão a respeito do sistema processual penal ao qual se amolda o Estado brasileiro, fornecendo a base teórica e a política criminal nas quais estão assentados os princípios e institutos que regem o processo penal do país, que nos fornecerão as balizes da iniciativa instrutória do juiz penal.

¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 13.

Nessa senda, primeiramente nos dedicaremos ao estudo dos sistemas processuais penais, para posteriormente analisar em que consistiam os poderes instrutórios do juiz penal até as reformas legais de 2008, uma vez que estas serão tratadas no capítulo posterior.

1. Os Sistemas Processuais Penais

Os sistemas processuais penais são uma espécie de subsistema jurídico, ou seja, uma reunião ordenada de elementos jurídicos, princípios e normas, de ordem processual penal².

Pode-se falar em quatro grandes sistemas processuais: acusatório, inquisitivo, misto, e adversarial. Este último, vinculado aos sistemas de *Common Law*, para diversos e respeitados autores, enquadra-se no modelo acusatório. Neste trabalho, contudo, tais sistemas serão tratados separadamente, para melhor destacar suas peculiaridades.

O sistema acusatório tem como cerne a separação em órgãos ou autoridades distintas das funções de julgar e acusar, atribuindo imparcialidade ao juiz. Sua origem remonta ao direito clássico ateniense e romano, com julgamentos abertos ao público e, via de regra, com a atuação de um acusador popular³.

Jacinto Coutinho parte da ideia central dos princípios para definir o que é sistema. Segundo o autor, sistema é o “conjunto de temas, colocados em relação, por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”⁴. No processo penal, haveria dois sistemas: o inquisitório e o acusatório, regidos, respectivamente, pelos princípios inquisitivo e dispositivo. A partir desses princípios se distinguem os sistemas, pelo critério de gestão da prova: “Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstrução

² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 31, 35.

³ *Ibidem*, p. 99-100.

⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 30, n. 30, p. 163-198, 1998. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1892/1587>>. Acesso em: 6 jun. 2010. p. 165.

de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador”⁵.

Com isso, o autor define o sistema acusatório como aquele em que a gestão da prova está nas mãos das partes, e, sobre elas, o juiz diz o direito, como ocorre, por exemplo, no processo penal inglês. O sistema consistiria, portanto, em uma disputa entre as partes perante um julgador passivo, conforme o princípio liberal, promovendo um contraditório pleno⁶. Cita ainda outras características, como oralidade, publicidade e igualdade das partes⁷.

Em oposição, o sistema inquisitório seria aquele que concentra poderes nas mãos do juiz, que seria o detentor da gestão da prova. Nesse sistema, o acusado é tido como objeto de investigação e detentor da verdade de um crime, e disso deve prestar contas ao julgador. O autor afirma ainda ser característico desse sistema a descoberta, pelo juiz, da verdade de todos os fatos, constantes ou não na acusação, construindo, dessa forma, sozinho e secretamente a verdade material⁸.

Diferentemente, Mauro Fonseca Andrade, em sua obra “Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores”, busca o conceito de sistema acusatório verificando as diversas definições doutrinárias comparativamente com as manifestações históricas do sistema. Por meio desse confronto, o autor apura os elementos que considera integrantes do sistema acusatório, através da diferenciação entre elementos fixos, necessários para sua caracterização na qualidade de base axiológica do sistema, e elementos variáveis, secundários, que permitem a mobilidade do sistema e podem estar presentes em mais de um modelo processual penal⁹.

Entre os elementos variáveis do sistema acusatório constatados na referida obra, estão os tribunais populares, hoje reservados para casos específicos, inclusive tendo em vista a inviabilidade de tais julgamentos em tão larga escala; as sentenças inapeláveis e a não intervenção do poder central, que consistem em desdobramentos dos tribunais populares e do sistema clássico, hoje ultrapassados;

⁵ COUTINHO, Introdução..., p. 165.

⁶ *Ibidem*, p. 166.

⁷ *Ibidem*, p. 167.

⁸ *Ibidem*, p. 166.

⁹ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 31.

e o princípio do “quem acusa investiga”, uma vez que suas exceções não desnaturalizam o sistema acusatório¹⁰.

Também o princípio da publicidade, entendida como a fiscalização da população sobre a tarefa jurisdicional, é um elemento variável segundo as constatações do autor, porque já se manifestou no sistema inquisitivo antigo e também porque não produz sempre o efeito fiscalizatório desejado, considerando a linguagem complexa do direito, bem como por não interferir de forma decisiva na conduta do julgador¹¹.

Além disso, aponta as exceções ao princípio, em que o segredo do processo é necessário para não expor abusivamente as partes, e destaca que há outras formas de controle mais eficientes atualmente, principalmente em razão da importância dos fundamentos das decisões.

Desse modo, o princípio da oralidade, entendido como a consideração pelo juiz somente de provas orais na sua decisão, por ser um mero instrumento do princípio da publicidade, também seria um elemento variável, admitindo exceções¹².

Da mesma forma, o contraditório é caracterizado como elemento variável, já que, por diversas vezes, é limitado, quando sua observância frustraria a tutela jurisdicional perseguida pela parte, por exemplo, em caso de deferimento de cautelares *inaudita altera pars*, ou mesmo por outros institutos como a preclusão, a possibilidade de retirada do acusado da audiência, etc. Como pode ser limitado, não é um elemento fixo, que requer a presença ininterrupta do princípio durante todo o processo¹³.

O mesmo ocorre com o princípio da liberdade do acusado. Como muitos sistemas admitem a prisão preventiva sem perder a natureza acusatória, a prisão do acusado somente após sentença condenatória é elemento variável, uma vez que pode ser relativizado e esteve presente em sistemas inquisitivos¹⁴.

Quanto ao princípio da igualdade, na visão do autor, não se consubstancia em um elemento essencial ao sistema acusatório. Conforme expõe, a concessão de mais instrumentos para a defesa no processo penal, em razão do princípio *favor rei* (o juiz deve dar prevalência aos interesses do acusado em detrimento à pretensão

¹⁰ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 119-123.

¹¹ *Ibidem*, p. 126-129.

¹² *Ibidem*, p. 141-142.

¹³ *Ibidem*, p. 134-139.

¹⁴ *Ibidem*, p. 152-153.

punitiva, concedendo-lhe garantias de forma a restringir a atuação punitiva do Estado ou a aumentar os instrumentos da defesa), muito recorrente nos sistemas processuais acusatórios contemporâneos, significaria uma desigualdade de armas, pendendo favoravelmente para a defesa, uma vez que privilégios como a possibilidade de uso de provas ilícitas pelo réu não são concedidos a título de compensação por alguma superioridade da acusação, mas em razão da preservação do *status libertatis* do acusado. Desse modo, o princípio da igualdade de armas não seria um elemento fixo, e sim variável no sistema acusatório¹⁵.

Em relação à passividade judicial, tema ao qual dedicaremos maior atenção em face do objeto deste trabalho, o autor explica que, na opinião de parte da doutrina, esse elemento derivaria da necessidade de provocação para a atuação do juiz, não podendo esse agir de ofício, como forma de garantir sua imparcialidade¹⁶. A justificativa para a adoção da passividade judicial como característica do modelo acusatório seria sua presença no direito clássico e nos países de *Common Law*.

O autor discorda de tal posição e afirma que o brocardo *ne procedat iudex ex officio*, frequentemente invocado como justificativa, não significa a vedação a qualquer ato processual de ofício do juiz, mas representa a proibição que este dê início a um processo sem provocação de uma das partes, de tal forma que a expressão não teria relação com a produção de provas de ofício pelo juiz¹⁷.

Aponta, ainda, que a relação com o direito romano clássico, derivada do princípio *non liquet*, não se justifica, tendo em vista que as decisões *non liquet* não equivalem à submissão do juiz à insuficiência de provas, mas a uma manifestação para que as partes desempenhassem melhor seu papel em uma ampliação do julgamento¹⁸.

Por outro lado, assevera que a determinação de provas de ofício pelo juiz não é, historicamente, uma característica do sistema inquisitivo, em cujos processos, a prova deveria ser requerida, via de regra, pelo acusador, e atuações de ofício somente eram permitidas a favor do réu. Com isso, a visão atual do sistema inquisitivo ligado ao juiz ativo não tem amparo histórico, mas somente do tipo ideal

¹⁵ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 188-189.

¹⁶ *Ibidem*, p. 190.

¹⁷ *Ibidem*, p. 191.

¹⁸ *Ibidem*, p. 192-193.

criado pela doutrina, sendo que a atuação de ofício do juiz não se relacionaria com a imagem tradicional juiz inquisidor que busca a punição do réu¹⁹.

Quanto às reformas europeias na Alemanha, Portugal e Itália, destinadas a afastar os poderes instrutórios do juiz, e na Espanha, visando à reforma da atuação do juiz na fase de investigação criminal, o autor afirma que elas não significam que esses países entendem a atuação de ofício do juiz na produção de provas durante a fase de instrução do processo como característica inquisitiva, uma vez que poderes instrutórios do juiz, no sistema europeu, têm outro significado, ligado à investigação dos fatos anteriormente ao ajuizamento do processo (juizado de instrução)²⁰:

Em suma, o que vemos na lição em comento é que, em termos simples, houve uma equiparação entre situações não-equiparáveis. Os *poderes instrutórios do juiz*, combatidos na Alemanha, Portugal, Itália e Espanha, disseram respeito aos exercidos pela figura do juiz-instrutor, responsável pela investigação criminal, ao invés daqueles exercidos na fase de produção probatória²¹.

O autor ainda ressalta que a separação das funções *acusar e julgar* em órgãos distintos, conferindo a legitimidade acusatória à instituição diversa da judicial, não importa necessariamente na proibição de poderes instrutórios ao juiz penal, situação que encontramos em diversos países europeus, como a Alemanha, que não são apontados como partidários do sistema inquisitivo²².

Além disso, destaca que nem mesmo os defensores do juiz passivo admitem sua aplicação absoluta, visto que o juiz sempre questiona algo ao acusado e às testemunhas (quanto à sua relação com o réu, por exemplo), e como usa esses elementos que colhe para decidir, não está totalmente vinculado às afirmações das partes.

O autor ainda argumenta ser a passividade judicial um retrocesso ao privatismo, afirmando que mesmo o processo civil já relativizou o princípio liberal que lhe regia ao reconhecer um interesse público na efetividade da justiça e sua aproximação da realidade, sendo que mesmo os países de *Common Law*, que têm essa passividade arraigada em sua origem histórica, já tem evoluído para um modelo público de processo. A decisão judicial tem efeitos que vão além das partes,

¹⁹ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 194-195

²⁰ *Ibidem*, p. 197.

²¹ *Ibidem*, p. 201.

²² *Ibidem*, p. 207.

não deve servir somente para satisfazer interesses privados, mas precisa buscar a justiça e a efetividade do ordenamento jurídico²³.

Esse autor ainda explica que, adotando-se a passividade do juiz, a aplicação da justiça estaria nas mãos das partes, ou seja, dependeria destas apresentarem um bom comportamento. Assim, quando não exercerem seu papel de forma correta, o juiz embasará sua decisão em elementos falsos ou incompletos, não condizentes com a realidade, lembrando que, no direito clássico, tal postura teve consequências nefastas (acordos entre as partes, como a *prevaricatio*, ameaças, chantagens) e que as soluções dadas por eles à época conflitam com os princípios modernos.

Assim,

Muitas vezes, o *inquisitorial system* não é corretamente compreendido por determinados setores da doutrina, que manifestam um profundo repúdio à figura do juiz mais ativo na fase probatória. Todavia, o que deve ficar claro é que um juiz pertencente a esse sistema não perde sua imparcialidade ou converte sua atividade jurisdicional em inquisitiva. Tal atividade somente se destina a impedir que as partes ocultem fatos ou provas, ou que venham deles dispor, sobre um tema que é de interesse público²⁴.

Por outro lado, o autor defende que a atuação probatória do juiz não se transforme em assistência ao acusado pela restrição da iniciativa probatória do magistrado à finalidade de beneficiar o réu, papel este que poria fim à imparcialidade do julgador e prejudicaria a busca pela justiça material.²⁵ Além do mais, o princípio da presunção da inocência não fundamenta essa postura, pois se houvesse necessidade de atuação do réu para provar sua inocência, isso significaria que a acusação já logrou superar a presunção de inocência e não há mais o princípio a ser defendido pelo juiz na busca de provas a favor do réu²⁶.

Andrade conclui, portanto, que a passividade do julgador não seria um elemento fixo do sistema acusatório, mas dependente da política processual criminal adotada por cada Estado, pois não se encontra presente nos sistemas processuais que têm uma ideologia de caráter público, mas naqueles que carregam uma ideologia liberal, como os países de *Common Law*, partidários do sistema adversarial²⁷.

²³ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 213-214.

²⁴ *Ibidem*, p. 219.

²⁵ *Ibidem*, p. 223.

²⁶ *Ibidem*, p. 221.

²⁷ *Ibidem*, p. 227-228.

Nesse sentido, aponta Eugênio Pacelli de Oliveira que “não será o fato de se atribuir iniciativa probatória ao juiz na fase processual, isto é, no curso da ação, que apontará o modelo de processo penal adotado”²⁸.

Ao contrário do autor estudado, que inclui o sistema adversarial entre o acusatório, em nosso estudo diferenciamos-nos, razão pela qual consideramos que a passividade judicial não integra o sistema acusatório, como bem demonstrado pelo jurista, mas é elemento do sistema adversarial, como principal ponto de diferenciação entre ambos.

Com isso, Andrade passa a identificar os elementos fixos do sistema acusatório. De pronto, indica que a necessidade de um acusador diferente do juiz é um deles, pois tal elemento esteve presente em todas as manifestações históricas de sistemas acusatórios, e, ainda que tal elemento possa estar presente em sistemas inquisitivos, nestes não é necessário, podendo o processo iniciar de ofício pelo juiz, enquanto nos sistemas acusatórios é imprescindível, uma vez que a finalidade de sua implantação foi auferir imparcialidade ao julgador²⁹.

No que se refere ao comprometimento da imparcialidade do julgador em razão da confusão das funções de acusar e julgar, afirma Pimenta Bueno, na obra intitulada “Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro”:

*O juiz não deve ser senão juiz, arbitro imparcial, e não parte. Ainda mesmo prescindindo dos abusos que essa acumulação facilita, uma tal confusão tende por si mesma a desvairar o espírito do julgador. Em verdade, quando elle é obrigado a crear em seu proprio espirito as primeiras suspeitas de quem seja o auctor do crime, em vez de sómente apreciar as que lhe são apresentadas, essas impressões influirão depois por modo perigoso. O amor proprio de sua previdencia convidará a que não aprecie bem as contradicções ou razões oppostas, a que faça triumphar sua penetração: elle julgará antes de ser tempo de julgar*³⁰.

Importante destacar que a problemática exposta não integra a atuação instrutória do juiz, uma vez que, ao determinar a produção de uma prova de ofício, o julgador não se compromete, em princípio, com nenhuma das teses de defesa ou de acusação, como ocorre na instituição do processo penal *ex officio*.

²⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 12.

²⁹ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 232.

³⁰ BUENO, José Antônio Pimenta [Marquês de São Vicente]. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. 4. ed. anotada pelo Dr. Vicente Ferrer de Barros W. Araújo. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1910. p. 165-166.

Assim, esse primeiro elemento fixo do sistema em estudo é identificado por Andrade como o princípio acusatório³¹, ressaltando-se que somente estará caracterizado o sistema acusatório quando esse princípio acusatório for material, ou seja, sem ingerência do juiz no conteúdo ou na apresentação da acusação (quando exerce essa influência seria princípio acusatório formal, em que, ao fim e ao cabo, a figura do juiz se mistura com a acusação).

Andrade ainda ressalva que a figura do acusador público não se restringe ao sistema misto, posteriormente estudado, pois ele esteve presente tanto no processo penal clássico, incorporado na figura dos *thesmothetai* (investigavam delitos públicos e acusavam ou investiam um cidadão do dever de acusar, sem poder de escolha), como no processo penal contemporâneo³². Portanto, a acusação em órgão diverso é um elemento fixo, não importando se o acusador é público ou privado.

Outro elemento fixo do sistema acusatório apontado pelo autor consiste na regra procedimental de que a acusação inicia o processo, por estar presente em todos os sistemas processuais acusatórios³³.

Em resumo, a partir do estudo anteriormente referido, podemos afirmar que o sistema acusatório é formado por dois elementos fixos: a separação de juiz e acusador em órgãos diferentes (princípio acusatório) e o início do processo por meio da acusação. Os demais elementos (publicidade, contraditório, oralidade) são integrantes, mas não indispensáveis, podendo variar de um ordenamento jurídico para outro sem que esses deixem de caracterizar-se como acusatórios.

No mesmo sentido, Fernandes, para quem a essência do sistema acusatório é a separação das funções de acusar, defender e julgar em órgãos distintos, considera que:

É essa separação de tarefas o sustento do que se pretende como ideal do sistema acusatório: evitar o retorno à época em que uma só pessoa ou um só órgão estava incumbido de investigar, instaurar o processo e julgar, quase se anulando a atuação defensiva e vendo-se o acusado como objeto do processo³⁴.

Conforme o autor antes mencionado, o importante na adoção desse sistema é assumir o ideal este que persegue: assegurar a reação defensiva e promover a imparcialidade do julgador, para o que é essencial a separação dos órgãos de

³¹ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 244-254.

³² *Ibidem*, p. 234-235.

³³ *Ibidem*, p. 243.

³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19.

acusação, defesa e julgamento (além de tutela à defesa por garantias fundamentais do devido processo legal), sendo menos relevante a busca por um “sistema acusatório puro”, entendido como aquele que conjuga todas as demais características normalmente a ele atribuídas pela doutrina (oralidade, produção das provas exclusivamente pelas partes, etc.)³⁵.

Importante ressaltar que, apesar de variáveis, no caso brasileiro, elementos como o princípio do contraditório não poderão deixar de ser observados, em razão de constituírem direitos fundamentais. Assim, ainda que se trate de elementos dispensáveis para a caracterização de um sistema processual como acusatório, são elementos necessários no processo brasileiro, como garantias constitucionais dos indivíduos.

Já o sistema adversarial, melhor identificado com os sistemas de *Common Law*, apesar de também apresentar como ponto central a separação das funções de julgar e acusar em órgãos distintos, destaca-se do sistema acusatório por estabelecer um juiz inerte e expectador, ao qual incumbe a função passiva de zelar pela obediência às regras de condução do processo, em uma posição de árbitro.

Paralelamente, tal sistema confere grande autonomia às partes no processo, à semelhança do processo civil, cabendo-lhes as tarefas de investigação e instrução, dentro dos limites legais³⁶. A ideia de justiça está intimamente ligada à observância das “regras do jogo”, ao comportamento das partes no processo, e não tanto ao fato delituoso objeto do processo, como no sistema continental. Isso cria uma atmosfera de duelo, de enfrentamento entre as partes, própria de um processo de ideologia privatística e liberal³⁷.

Esse ambiente de disputa, por um lado, é capaz de trazer grande número de informações ao processo; por outro, pode promover o desvio de foco na busca pela verdade, concentrando-se em desprestigiar os elementos da tese oposta e em encontrar subterfúgios nas regras do jogo.

³⁵ FERNANDES, **A reação...**, p. 19/21.

³⁶ Como exemplo da grande autonomia das partes, pode-se falar na existência de acordos, em que o acusado assume a culpa, e a acusação dispõe-se a postular uma pena mitigada (*plea bargaining*), bem como na vigência do princípio da disponibilidade na Inglaterra, em que cabe à acusação um juízo de interesse público a orientar a necessidade de persecução penal, de acordo com determinados fatores estabelecidos (DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos penais da Europa**. Tradução: Fauzi Hassan Choukr com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 272-274; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: TEMAS de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 155-178. p. 167).

³⁷ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 205.

De acordo com Gomes Filho, a natureza competitiva do júri, em conformidade com o primado da iniciativa individual, revela um ideal de Estado que somente soluciona os conflitos sociais, sem neles interferir, motivo pelo qual toda a iniciativa probatória é das partes, devendo o juiz apenas assegurar a correção da disputa, sem “*interferência direta na apuração dos fatos*”³⁸.

Nessa perspectiva, Malan propõe uma conceituação de sistema adversarial dissociada da classificação trinar tradicional do sistema romano-germânico (acusatório, inquisitivo e misto), entendido como aquele estruturado por meio da investigação oficial³⁹. O autor afirma, com base no conceito formulado por Stephan Landsman, que os três elementos centrais do sistema processual penal dos países de *Common Law* são: a passividade do julgador; a iniciativa instrutória das partes, vistas como adversários que irão contrapor suas teses; e o ambiente forense estruturado, composto de regras procedimentais e de comportamento das partes. Elementos como Tribunal do Júri, oralidade, publicidade não seriam elementos essenciais, ainda que decorrentes da ideologia do modelo⁴⁰.

Em relação à passividade judicial, o autor considera elemento imprescindível como forma de assegurar a neutralidade do julgador frente às versões das partes, a fim de reduzir os riscos de pré-julgamento, que seriam inerentes à atividade instrutória.

Essa passividade torna-se relevante como forma de adquirir a confiança da sociedade e legitimar o sistema, uma vez que a noção de justiça necessita da neutralidade do julgador. Seriam esses os motivos por que o sistema é favorecido pela técnica do júri, visto que órgãos judiciais compostos por jurados não têm o dever de supervisão da contenda, tampouco as predisposições de juízes togados, e, ainda que tenham pré-conceitos, podem ser excluídos do julgamento. Além do mais, por ser um órgão colegiado, a parcialidade de um não afetaria necessariamente a decisão de todos⁴¹.

Assim, há uma clara separação de tarefas no sistema adversarial, não sendo pertencente ao julgador a de atuar ativamente no esclarecimento dos fatos

³⁸ GOMES FILHO, **Direito...**, p. 39.

³⁹ MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 23.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 18-21.

⁴¹ *Ibidem*, p. 19.

(incumbência das partes de forma dialética), mas somente fiscalizar o procedimento e decidir se a acusação logrou comprovar suas alegações⁴².

Dessa forma, no sistema adversarial, caracterizado pela passividade judicial, atividades positivas do julgador são consideradas valorações prévias ao momento decisório, que originariam tendências para a decisão final, enquanto o sistema acusatório, que também dá grande importância à imparcialidade do juiz, admite uma postura mais ativa do julgador na busca de provas⁴³.

Conforme Delmas-Marty, no sistema inglês, no qual a jurisprudência possui grande importância uma vez que a referência legislativa para as normas processuais são encontradas preponderantemente em Atos do Parlamento, não havendo um código concentrando as normas processuais, encontra-se a orientação de que o arrolamento e o questionamento das testemunhas é tarefa das partes e não do juiz, como princípio informador de um sistema acusatório⁴⁴:

O juiz, usualmente um magistrado leigo, exerce um papel puramente reativo no que tange à produção a prova, expedindo mandados que autorizam a polícia a agir. Uma vez que as informações relevantes para o caso tenham sido coletadas pela polícia cabe às partes provar o seu caso na audiência⁴⁵.

A ausência de um juiz ativo nos processos de *Common Law*, identificados com o sistema adversarial, adquire sentido em razão das suas origens no direito romano clássico, apresentando um júri leigo, formado por cidadãos, e um magistrado para condução do processo.

Ao júri leigo, não era conveniente pedir a produção de provas, uma vez que a intenção seria a solução rápida do processo para que voltassem às suas atividades diárias. Já o magistrado, como não decidiria o caso, atuando apenas como mediador das partes, deveria ter uma conduta passiva a fim de não influenciar no julgamento do júri leigo. Essa cultura de juiz espectador foi se difundindo e acabou alcançando os processos com juiz singular⁴⁶.

Contudo, conforme Andrade, hoje se percebe uma tendência nos países que adotam o sistema adversarial de relativizar a postura passiva dos juizes⁴⁷. Malan⁴⁸

⁴² DELMAS-MARTY, **Processos...**, p. 271.

⁴³ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 105.

⁴⁴ DELMAS-MARTY, *op cit.*, p. 252-253.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 309.

⁴⁶ ANDRADE, *op cit.*, p. 203.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 204-205.

⁴⁸ MALAN, **Direito...**, p. 26-27.

cita exemplos de diversos poderes judiciais no processo penal adversarial atual, como a nomeação de peritos.

Da mesma forma, Delmas-Marty afirma ter havido aceitação pela jurisprudência inglesa de que o juiz produza provas negligenciadas pelas partes, como a convocação de testemunhas não arroladas por nenhuma das partes, sendo até mesmo sua obrigação fazê-lo se for para proteger os interesses do acusado⁴⁹, que geralmente não possui as mesmas condições de investigação e produção de provas que a acusação⁵⁰. Nesse sentido:

I think it is time to put aside the labels and the slogans that dominate our descriptions of our system (...). There is no disputing that European trial systems have been heavily influenced by the American legal system, especially by the rights accorded suspects in our system and by tradition of an open examination of the evidence at trial. But we are at a point in time when we could learn some things from their systems as well⁵¹.

Diferentemente, o sistema inquisitivo teve origem em regimes teocráticos, como no direito canônico, quando a perseguição de hereges passou a ser uma das grandes preocupações da Igreja Católica⁵².

O sistema inquisitivo se fez fortemente presente também em regimes absolutistas⁵³, como no direito comum de países continentais europeus no final da Idade Média e início da Idade Moderna, por meio de um sistema processual bastante formalista, que buscava a concentração da aplicação da justiça nas mãos do poder central.

Nesse ponto, Gomes Filho explica que, em razão da expansão das monarquias, havia interesse em aplicar lei penal para se impor sobre a autoridade dos senhores feudais, motivo pelo qual foram abandonadas as ordálias pra se fazer uma nova racionalidade probatória⁵⁴, e o inquérito foi o instrumento usado como forma de reconstruir os fatos passados para serem julgados no presente⁵⁵.

⁴⁹ DELMAS-MARTY, **Processos...**, p. 271, 275.

⁵⁰ Outros meios para atenuar a disparidade de condições entre réu e acusação foram desenvolvidos, tais como a apresentação à defesa das provas que a acusação pretende empregar (*Ibidem*, p. 287-288).

⁵¹ PIZZI, William T. The american "adversary system"? **West Virginia Law Review**, Morgantown, v. 100, p. 847-852, 1998. Disponível em: <http://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/west_virginia_article.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2010. p. 852.

⁵² ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 267-271.

⁵³ *Ibidem*, p. 383-384.

⁵⁴ GOMES FILHO, **Direito...**, p. 20.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 20-21.

Em tais sistemas, a prova mais valorizada era a confissão, que poderia ser buscada pelo uso de tortura e com a prisão preventiva do acusado, em muitos casos, obrigatória.

Primeiramente, já podemos destacar que o sistema inquisitivo caracteriza-se pelo protagonismo do julgador na condução do processo, admitindo a fusão das funções de acusar e julgar em um órgão ou autoridade, consubstanciada na figura do inquisidor.

Rogério Lauria Tucci caracteriza o processo inquisitório como aquele em que há o procedimento instaurado *ex officio* pelo juiz, sendo esse seu elemento necessário⁵⁶.

Seguindo a mesma linha adotada no estudo do sistema acusatório, novamente nos reportamos a Mauro Fonseca Andrade, para a identificação dos elementos que compõem o sistema inquisitivo.

Ao descrever o caráter prescindível do acusador, o autor destaca que, de fato, o que caracteriza o sistema inquisitivo não seria exatamente o acúmulo das funções de julgar e acusar em um só órgão, mas a desnecessidade de separação de tais funções em órgãos diferentes, uma vez que a figura do acusador era admitida por tais sistemas, mas não vista como imprescindível, podendo ser suprida pelo juiz, situações essas em que, realmente, acumularia as duas funções.

Essa seria a grande distinção entre os sistemas acusatório e inquisitivo. No primeiro, a necessidade de um acusador, distinto do juiz; e no segundo, justamente sua prescindibilidade, sendo esse um elemento fixo do sistema inquisitivo, pois encontrado somente nele.

Com isso, não se pode dizer que nos processos inquisitivos em que houvesse atuação do acusador estaríamos tratando de um sistema acusatório. Mesmo porque a imparcialidade do julgador, tão visada por este, ainda restaria comprometida em tais situações, pois o juiz estaria inserido em um sistema que lhe outorga como parte de sua função a tarefa de iniciar um processo de ofício, o que lhe embute uma tendência a atuar como um acusador, de forma mais repressiva⁵⁷.

Como consequência desse elemento fixo, surge outro, presente em todas as formas históricas do sistema inquisitivo: o início do processo através de acusação, *noticia criminis* ou de ofício, que acaba por consubstanciar também uma exigência

⁵⁶ TUCCI, Rogério Lauria. **Jurisdição, ação e processo penal**. Belém: CEJUP, 1984. p. 114.

⁵⁷ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 354.

do ideal desse sistema, que seria evitar a impunidade (é com esse fim que estabelece várias formas de se iniciar um processo, para garantir a persecução criminal)⁵⁸.

Como um dos elementos variáveis, o autor identifica o princípio da oficialidade, que consistiria na presença do Estado na persecução penal. O autor desdobra o princípio em duas formas de compreensão.

Se considerado como a mera presença de um acusador público, será um elemento variável, pois era admitida a acusação por meio de atores privados em diversas manifestações históricas desse modelo, devendo ser vista como uma medida política, em face da inatividade dos particulares em acusar. Além do mais, o acusador público é a escolha de muitos países com processos acusatórios.

Se esse princípio for considerado em sentido amplo, como a influência do poder central em todas as fases do processo através da figura do juiz, também não será um elemento fixo do sistema inquisitivo, pois essa participação do poder central também existe nos processos acusatórios (o juiz analisa a acusação, depois age como mediador, e assim por diante até a sentença). Nesse sentido, o princípio da oficialidade está em todos os sistemas processuais, ou é um juiz que julga ou é um juiz que cuida da tramitação do processo⁵⁹.

O segredo processual tampouco é um elemento fixo, pois, como afirmado anteriormente, está presente em algumas espécies de processos acusatórios e não esteve constantemente presente em todas as formas do sistema inquisitivo, sendo admitidas exceções ao princípio em algumas manifestações, citando como exemplo a leitura da acusação e da sentença, feitas em praça pública.

Além disso, o segredo era desnecessário para a formação do sistema⁶⁰. A sua justificativa no direito canônico era para proteção da integridade física de testemunhas e delatores, bem como para resguardar a honra do acusado e para incentivar as pessoas a informar as autoridades dos delitos de que tivessem conhecimento.

O segredo se constituiu, segundo pensamos, em uma maneira de fazer com que o novo sistema – que pretendia substituir o acusatório – se mostrasse mais eficaz e sem um dos graves defeitos de seu antecessor, protegendo, de forma imediata, aos sujeitos que atuavam no processo, e de forma mediata à sociedade, com a punição dos

⁵⁸ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 357.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 357-359.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 359-360.

criminosos. Em suma, o segredo processual não era necessário para um sistema inquisitivo que havia sido implantado e que já estava em vigor, sendo inicialmente utilizado como instrumento de proteção de sua efetividade⁶¹.

Quanto ao princípio da escritura, definido como o dever do juiz de decidir somente com base em provas apresentadas por escrito, sem assistir a debates, não é esse um elemento fixo do sistema inquisitivo, pois, na maioria dos processos desse modelo, o juiz presencia a produção de prova oral (em depoimentos ou assistindo à tortura), julgando com base nela, concluindo que, em realidade, o que ocorria era a aplicação do princípio da documentação de atos, que serve para conservação e segurança do processo e convive tanto com o princípio da escritura quanto com o da oralidade⁶².

Tampouco a ausência de contraditório, para o autor, seria um elemento fixo, pois em todos os modelos históricos que adotaram o sistema inquisitivo se permitiu ao acusado algum tipo de defesa, ainda que mitigada, seja nomeando testemunhas, ou lhe sendo fornecido um defensor (ainda que este seja um funcionário do poder central, repressor, serviria para apontar nulidades e contradições em depoimentos, além de recorrer da sentença). Portanto, como existia uma privação do contraditório relativa, o que também está presente em sistemas acusatórios, não é um elemento fixo⁶³.

Da mesma forma, a desigualdade de armas seria um elemento variável por estar presente no sistema acusatório na opinião do autor, conforme exposto anteriormente. Também é apontada uma exceção ao princípio no sistema inquisitivo, durante a *Constitutio Criminalis Carolina*, legislação alemã do século XVI, que teria proporcionado meios de defesa iguais aos da acusação, inclusive o uso da tortura, ordenada pelo juiz em favor do acusado.

Também a prisão preventiva obrigatória e a incomunicabilidade do réu seriam elementos variáveis, pois não apareceram em todas as manifestações históricas do inquisitivo⁶⁴.

Sobre outra característica, normalmente apontada como integrante do sistema em estudo (*o juiz que investiga também julga*), o autor esclarece que, de fato, na maioria dos processos inquisitivos, o julgador era encarregado também de investigar,

⁶¹ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 360.

⁶² *Ibidem*, p. 361.

⁶³ *Ibidem*, p. 364-365.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 375.

mas isso não seria uma característica intrínseca ao sistema, mas decorreria da ideia de que não há duas fases distintas no processo (uma de investigação, outra de julgamento), uma vez que a figura do acusador era dispensada nesses sistemas.

O autor explica que a ideia de afastar o juiz da investigação teria surgido mais tarde, em razão de preocupações com a neutralidade do julgador. Afirma que, à época, havia alguma preocupação com a imparcialidade do juiz, através da possibilidade de ser afastado do caso se reiteradamente violasse o procedimento legal, ou se tivesse alguma relação de amizade ou inimizade com o acusado, o que não ocorria era a associação entre o juiz parcial e o juiz que investiga, como nos dias de hoje. Exemplo disso seria a manutenção do juiz investigador com a adoção do sistema misto em um primeiro momento, pois não se havia relacionado ainda imparcialidade e afastamento do julgador de uma fase prévia de investigação⁶⁵.

Quanto ao sistema de prova legal, apesar de largamente utilizado no processo inquisitivo, não seria um elemento fixo desse sistema, visto que não foi estabelecido por ser essencial ao processo inquisitivo, mas para outorgar-lhe legitimidade, como meio de controle da arbitrariedade dos julgadores, uma vez que vinha em substituição ao sistema acusatório, em que o povo tinha o poder de decisão. Tinha, portanto, caráter secundário no sistema inquisitivo e, como pode estar presente em outros sistemas, é um elemento variável⁶⁶.

Desse modo, a tortura também não seria um elemento fixo, já que era praticada com o intuito de obter a confissão, a prova mais valiosa. Portanto, era integrante do sistema de prova legal, importante nesse modo de conceber a valoração da prova, e não em qualquer sistema inquisitivo⁶⁷.

Quanto à possibilidade de recurso e à anulação do processo como consequências a violações no procedimento estabelecido em lei, essas características não seriam elementos fixos do sistema inquisitivo por ser um mecanismo de controle do Estado e da Igreja sobre as decisões dos juízes, seus funcionários, não uma característica imprescindível para a existência desse específico sistema. Isso pode ser constatado pelo fato de que, atualmente, a

⁶⁵ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 368-369.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 370-372.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 372-373.

possibilidade de recurso e a nulidade do processo por ilegalidade estão presentes em qualquer sistema processual⁶⁸.

Com isso, o autor descreve o princípio inquisitivo como a prescindibilidade do acusador, podendo o processo penal iniciar-se através de outros legitimados. O outro elemento fixo (processo instaurado a partir de acusação, *notitia criminis* ou de ofício) seria somente uma regra procedimental, derivada do primeiro⁶⁹.

No mesmo sentido, diferenciando os sistemas processuais penais, Pacelli de Oliveira caracteriza o processo acusatório como aquele que inicia o processo com o oferecimento da acusação, bem como possui em órgãos distintos as funções de julgamento de um lado e de outro as funções de acusação e investigação, em contraposição ao sistema inquisitório, no qual o processo inicia-se com a *notitia criminis* e possui atuação do juiz na investigação⁷⁰.

O princípio inquisitivo hoje é visto como um provocador do afastamento da imparcialidade do juiz, pois, conforme foi explicado, quando tratamos desse elemento, o juiz que tenha inerente em sua função a possibilidade de exercer o papel do acusador está pré-disposto a analisar o processo com o olhar deste, ainda que, de fato, não venha propriamente a exercer a função em um caso específico.

Em suas reflexões finais sobre o sistema inquisitivo, Andrade afirma que, historicamente, tal sistema foi instaurado em substituição ao acusatório, uma vez que este último, na forma como estava estruturado à época, na Antiguidade, não correspondeu à expectativa por justiça, por dar margem à impunidade (a acusação por particular, por exemplo, fazia com que muitos crimes não fossem solucionados).

Posteriormente, o contrário sucedeu: quando o sistema inquisitivo, na forma como estava estruturado, deixou de corresponder à demanda social, foi substituído pelo acusatório reformado. Foram os “abusos e excessos” verificados nos elementos variáveis desses sistemas que impulsionaram a substituição de um por outro⁷¹.

Com isso, assumida a preferência pelo sistema acusatório, uma vez que os elementos fixos do sistema inquisitivo (prescindibilidade do acusador e ação penal iniciada por meio de acusação, *notitia criminis* ou de ofício), conforme acreditamos, levam o juiz a uma posição parcial no processo, a configuração do sistema

⁶⁸ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 376-377.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 383.

⁷⁰ OLIVEIRA, **Curso...**, p. 9.

⁷¹ *Ibidem*, p. 387.

acusatório, em seus elementos variáveis deve respaldar as necessidades sociais de combate à criminalidade.

Para o autor em estudo, a outorga de poderes instrutórios ao juiz seria um instrumento para tanto:

De tudo isso, algumas conclusões prévias podem ser obtidas, a primeira delas é que, o que sempre motivou o renascimento do sistema inquisitivo foi a falência do sistema acusatório, em razão da forma como este último estava estruturado. E, para que isso não volte a ocorrer, o sistema acusatório deve estar formado por elementos que garantam a defesa da sociedade contra a criminalidade, organizada ou não. Como exemplos, podemos citar a presença de um acusador público que centralize ou compartilhe sua legitimidade ativa com um acusador particular ou popular, e a possibilidade do juiz adotar uma conduta ativa durante a fase probatória, desde que condicionada à observância de certos requisitos. Do contrário, a edificação de um sistema acusatório frouxo – por influência da doutrina ou decisão do Poder Judiciário, a partir da presença de um juiz passivo na fase probatória, e de acusadores não-públicos – simplesmente irá contribuir para a continuidade desse verdadeiro vai-e-vem entre os sistemas processuais, pois se repetirão os mesmos erros históricos verificados ao longo de sua existência⁷² (grifo nosso).

Após a compreensão dos sistemas acusatório e inquisitório, podemos passar ao estudo do sistema misto.

Coutinho nega a existência de um sistema misto, uma vez que baseia sua classificação nos princípios acusatório e inquisitivo, conforme o critério de gestão da prova, e, assim, não haveria um princípio misto. Para o autor, como não há, na realidade, nenhum sistema puro, poder-se-ia dizer, nesse sentido, serem todos mistos, uma vez que se constituem sobre o princípio de um dos sistemas, como opção política, agregando elementos do outro⁷³.

O sistema misto tem origem em reformas processuais que acabaram por combinar elementos do sistema inquisitivo com elementos do sistema acusatório, de modo a não permitir que as consequências negativas já experimentadas em cada um dos sistemas se repetissem⁷⁴. Foi adotado por muitos países europeus no século XIX, como forma de rompimento com o processo inquisitivo antes vigente.

Seguindo os ensinamentos de Mauro Fonseca Andrade, o sistema misto deverá ser formado a partir dos elementos fixos dos sistemas acusatório e inquisitivo

⁷² ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 389.

⁷³ COUTINHO, Introdução..., p. 167; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente marcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. p. 109-110.

⁷⁴ ANDRADE, *op cit.*, p. 401-406.

que o inspiram. Com isso, o autor conclui que rege o sistema misto a possibilidade de instauração do processo a partir de *notitia criminis*, delação secreta ou de ofício pelo juiz, elemento fixo do sistema inquisitivo. Portanto, o processo tem início com uma fase de investigação, com características inquisitivas, visando ao combate à impunidade.

Contudo, verifica-se a vigência do princípio acusatório, estabelecendo a necessidade de um legitimado ativo distinto do juiz⁷⁵.

Desse modo, o sistema misto será necessariamente bifásico, como resultado da combinação desses dois elementos fixos apontados: do princípio acusatório decorre a formulação de uma acusação que iniciará uma nova fase, já que se deu início ao processo com a *notitia criminis*, ou de ofício pelo juiz, conforme o sistema inquisitivo⁷⁶.

Os demais elementos presentes nos sistemas inquisitivo e acusatório seriam naturalmente incorporados, especialmente tendo em vista que qualquer processo na atualidade tem presentes os princípios do contraditório, da publicidade, do segredo, da possibilidade de recurso, etc⁷⁷.

A existência do sistema misto como sistema processual penal autônomo somente se sustenta considerando o caráter jurisdicional das duas fases (investigação e julgamento), caso contrário o sistema misto seria naturalmente absorvido pelo sistema acusatório, pois o elemento fixo do inquisitivo (início do processo sem a acusação) seria afastado. Ou seja, considerando-se a fase investigativa como meramente administrativa, o processo só teria início com a acusação, integrando ao sistema os dois elementos identificados como elementares ao sistema acusatório, não havendo mais qualquer diferença do pretendido sistema misto para este⁷⁸.

Nesse ponto, importa lembrar que, em princípio, o sistema misto não exige que a fase investigativa seja presidida por um juiz, admitindo em tal posição o Ministério Público ou seu equivalente, ou mesmo a polícia judiciária, como

⁷⁵ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 412-413.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 414.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 413.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 421-422.

estabelecido pelo próprio *Code d'Instruction Criminelle*⁷⁹, considerado o diploma instaurador do sistema misto na França⁸⁰.

Contudo, a atual doutrina sobre jurisdição exige nessa fase a presidência de um juiz para ser-lhe conferida natureza jurisdicional. Disso resulta a identificação do regime de Juizado de Instrução com a instauração de um sistema misto⁸¹.

Entretanto, é reconhecido que o Juizado de Instrução afasta a imparcialidade do juiz (mesmo adotando-se a regra “o juiz que investiga não julga”, como forma de preservá-la na fase de julgamento), uma vez que a instauração do processo de ofício e a condução das investigações presumem convicções prévias a respeito do fato apurado. Com isso, o Juizado de Instrução afastaria a vigência do princípio da presunção da inocência, pois o juiz instrutor diligenciará na produção de provas para confirmação do seu entendimento sobre o ocorrido como um verdadeiro perseguidor⁸².

Isso explicaria a opção da maioria dos países pelo sistema acusatório, com a fase de investigação de natureza administrativa, presidida pelo Ministério Público ou pela polícia judiciária.

Com esse panorama, é possível diferenciar a opção por uma maior ou menor atividade probatória do juiz (relembrando que aqui nos referimos sempre à fase processual de julgamento, e não à fase investigativa) da comparação entre sistema acusatório e inquisitório, uma vez que o cerne dessa discussão não está na possibilidade de produção de prova pelo julgador, mas na separação desse com o legitimado ativo para promover a ação penal, bem como no procedimento que dá início ao processo.

Marcos Alexandre Coelho Zilli proclama a necessidade de separar as dicotomias adversarial/inquisitorial e acusatório/inquisitório. Explica que a verdadeira impossibilidade da iniciativa instrutória do juiz, em tese, dá-se na dicotomia entre

⁷⁹ Conforme o entendimento de Coutinho, aqui exposto, o *Code* seria um sistema inquisitorial que agrega elementos acusatórios (COUTINHO, Sistema..., p. 110.). De acordo com Antônio Magalhães Gomes Filho, o *Code* era reflexo da “*mentalidade autoritária e centralizadora*” do Estado instaurado por Napoleão, e o procedimento possuía duas fases: a primeira secreta, escrita, sem defesa, em que o juiz de instrução colhe elementos probatórios; e a segunda com a presença de júri, contraditório, publicidade, oralidade. Afirma que, ao manter o critério da íntima convicção, o *Code* passou a legitimar o arbítrio judicial, pois era o magistrado quem colhia as informações na primeira fase, sem nenhuma garantia ao acusado, as quais, posteriormente, seriam objeto de livre valoração (GOMES FILHO, *Direito...*, p. 30-31).

⁸⁰ ANDRADE, *Sistemas processuais...*, p. 431.

⁸¹ *Ibidem*, p. 433.

⁸² *Ibidem*, p. 435-436.

sistemas adversarial, típico dos países de *Common Law*, e inquisitorial, identificado como os sistemas continentais, em que a primeira deixa a cargo das partes o desenvolvimento dos atos processuais, atividade que incumbiria ao juiz no segundo sistema.

Sobre o tema, Delmas-Marty, após distinguir o sistema acusatório, em que o juiz é apenas um árbitro, deixando às partes, igualmente, a responsabilidade pela condução do processo (o qual, segundo a terminologia adotada por este trabalho corresponderia ao sistema adversarial), e o sistema inquisitório, em que todos os poderes de investigação e julgamento estão nas mãos do juiz, afirma que a realidade dos países europeus demonstra a inconsistência da prática com tais modelos rígidos, devendo ser superada tal diferenciação⁸³.

De outra forma Zilli caracteriza a dicotomia entre os sistemas acusatório e inquisitório, em que a diferenciação dá-se pela junção das funções de acusar e julgar em um mesmo órgão ou autoridade, situação vedada no modelo acusatório e presente no inquisitório. O referido autor inclusive menciona a possibilidade de um sistema acusatório-adversarial e outro acusatório-inquisitorial, conforme se encontra a prerrogativa da condução da atividade probatória nas mãos dos sujeitos processuais ou do magistrado, respectivamente⁸⁴.

Tratando-se de sistema simplesmente acusatório, portanto, preservando-se a separação das funções persecutória e decisória, não haveria, em tese, impedimentos para que a autoridade incumbida de julgar procedesse a atividades probatórias, dentro de certos limites, uma vez que não estaria afetada sua imparcialidade.

Com essa premissa, cumpre verificar qual o sistema processual penal estabelecido pela Constituição de 1988 para o Estado Brasileiro.

Para Coutinho, que baseia a diferenciação entre sistemas na gestão da prova, conforme visto anteriormente, o Brasil teria um sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo com elementos do sistema acusatório, pois a gestão da prova está principalmente nas mãos do juiz, lembrando o autor que não haveria um sistema puro em sua concepção⁸⁵.

⁸³ DELMAS-MARTY, **Processos...**, p. 508.

⁸⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 27.

⁸⁵ COUTINHO, Introdução..., p. 167.

A consideração de elementos variáveis, na classificação de Andrade, como característicos de um e outro sistema conduz muitos autores a afirmar a impossibilidade de adequação de qualquer sistema processual real a esses tipos ideais.

Entretanto, de acordo com a exposição acerca dos elementos que caracterizam cada sistema processual penal, poderíamos afirmar, em princípio, que o Brasil teria optado pelo sistema acusatório, em razão do estabelecido no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal^{86,87} e nos artigos 24 e 30 do Código de Processo Penal, que determinam a legitimidade ativa do Ministério Público e do ofendido, diferenciando os casos de ação penal pública e privada.

A combinação desses artigos excluiria a possibilidade de o juiz possuir legitimidade ativa no processo penal, bem como determinam que o início do processo dá-se por meio de uma acusação, aqui entendida em sentido amplo, como o ajuizamento de uma ação penal condenatória. Com isso, estariam presentes os dois elementos fixos do sistema acusatório, anteriormente desenvolvidos^{88,89}.

De acordo com a classificação aqui proposta, cumpre ainda diferenciar o processo brasileiro do sistema adversarial.

Como ponto de partida, verifica-se que as origens do processo brasileiro muito diferem da origem do sistema adversarial anteriormente explicada. O ordenamento processual penal brasileiro recebeu influência das codificações europeias continentais, correspondentes ao *inquisitorial system*.

Além do mais, o processo brasileiro possui uma ideologia publicística de processo. O Código de Processo Penal de 1941 surgiu em meio a um contexto de centralização e ideais autoritários, como produto do Estado Novo, para dar mais eficiência à ação do Estado contra a delinquência⁹⁰. A Constituição de 1988 inseriu

⁸⁶ Art. 129. "São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei" (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 41. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. (Coleção Saraiva de Legislação)).

⁸⁷ FERNANDES, **A reação...**, p. 20-21.

⁸⁸ ANDRADE, **Sistemas processuais...**, p. 460.

⁸⁹ Cumpre ressaltar o posicionamento de Mauro Fonseca Andrade, o qual aponta que o Brasil careceria de uma unidade de normatização processual, uma vez que convive em nosso ordenamento um modelo acusatório, para a maior parte dos processos criminais, e um modelo misto, em que um magistrado preside as investigações, empregado nos casos de delitos praticados por magistrados (art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar 35 de 14/03/1979) e delitos praticados nas dependências do Supremo Tribunal Federal (art. 43 do Regimento Interno deste Tribunal) (*Ibidem*, p. 460).

⁹⁰ ZILLI, **A iniciativa...**, p. 173.

em todo o ordenamento o ideal democrático, mas não afastou uma postura ativa do Estado⁹¹.

Segundo Pacelli de Oliveira, a inércia do juiz é característica do que chama “sistema de partes” norte-americano, neste trabalho correspondente ao sistema adversarial, e “encontra fundamentação em premissas e postulados valorativos absolutamente incompatíveis, não só com nossa realidade atual, mas com a essência do processo penal”, uma vez que pressupõe a igualdade formal das partes, permitindo a possibilidade de condenações por insuficiência defensiva⁹².

Com isso, podemos afirmar que não foi afastada, em princípio, a possibilidade de atividade instrutória do juiz penal no processo brasileiro em razão do sistema processual adotado, como configurado até as reformas de 2008, encabeçadas pela Lei 11.690/08.

Assim, passa-se a analisar com maior profundidade em que consiste a iniciativa instrutória do juiz no processo penal e qual sua extensão no processo brasileiro até as referidas reformas legais de 2008.

2. Os Poderes Instrutórios do Juiz Penal

Para compreendermos os poderes instrutórios do juiz no processo penal, primeiramente, é preciso conhecer os poderes do juiz e, mais especificamente, seu poder de atuação de ofício.

Cumprido lembrar que, neste capítulo, trataremos do Código de Processo Penal brasileiro até as reformas de 2008, as quais serão objeto de análise na terceira etapa deste trabalho.

O Art. 251 do Código de Processo Penal, mesmo antes das alterações processuais de 2008, afirma: “Ao juiz, incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública”⁹³.

⁹¹ ZILLI, **A iniciativa...**, p. 176.

⁹² OLIVEIRA, **Curso...**, p. 12.

⁹³ BRASIL. **Código Penal, processo penal e Constituição Federal**: Decreto-lei nº 3.689, de 3-10-1941. Colaboração: Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Com base em tal artigo, desdobram-se os poderes do juiz em poderes de polícia ou administrativos, a fim de manter a ordem e o decoro na tramitação do processo, e poderes jurisdicionais⁹⁴.

Os poderes de polícia são designados em dispositivos como o art. 497, inciso I; art. 792, §1º e art. 794, todos do Código de Processo Penal, anteriormente às reformas de 2008, que permitem ao juiz praticar, de ofício, atos de polícia ou requisitá-la para a manutenção da ordem durante as audiências e sessões.

Já os poderes jurisdicionais dizem respeito mais propriamente ao exercício da jurisdição. Entre eles, os poderes-meios e poderes-fins⁹⁵.

São poderes meios aqueles destinados a possibilitar a tramitação regular do processo, como designação de audiências, determinação de citações e intimações, que também são passíveis de atuação *ex officio*, e poderes instrutórios, de determinação de produção de provas para a formação de sua convicção, constantes nos artigos 156, 209, 502 do Código de Processo Penal, etc.

São poderes-fins aqueles relacionados à tomada de decisões, como decretar a prisão do réu, conceder liberdade provisória, proferir sentença, etc.

Também são citadas funções anômalas do juiz, como a que permite a remessa do inquérito policial ao procurador-geral em caso de pedido de arquivamento pelo Ministério Público do qual o juiz discorde (artigo 28 do Código de Processo Penal).

Decorre do referido artigo 251 do Código de Processo Penal, portanto, o dever do juiz de não somente evitar que irregularidades formais no processo ocorram, mas também de promover a aplicação justa do direito penal material, através do exercício dos poderes aqui mencionados.⁹⁶ É dever do juiz administrar o processo e zelar pela sua regularidade, “processo” entendido não somente no sentido físico, dos autos, mas também no sentido de expressão da prestação jurisdicional.

Dessa forma, percebe-se que o ordenamento atribui poderes ao magistrado de acordo com o seu dever, com as atividades que lhe são imbuídas.

Acerca da concessão de poderes pelo ordenamento jurídico, ensina Salvatore Pugliatti que o poder é um meio para o cumprimento de uma função, pública ou

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 173.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 173-174.

⁹⁶ MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 326.

privada. Desse modo, a noção de poder se completa com a noção de dever, na seguinte cadeia: o ofício impõe a seu titular o dever de cumprir a função específica que o fundamenta; o cumprimento dessa função ocorre pelo exercício de um poder, concedido pelo ordenamento com esse fim ao titular do ofício⁹⁷.

Segundo Pugliatti, o titular do ofício é aquele que, no interesse alheio, em obediência a um dever e com a força de um poder próprio, relacionado ao mesmo dever, expressa em seu próprio nome uma atividade⁹⁸. Nesse sentido, o poder tem caráter instrumental, ou seja, é um meio destinado à realização de um determinado fim, e juntamente com o dever, especifica a função atribuída ao sujeito titular, que, por sua vez, pressupõe a existência de um ofício⁹⁹. Desse modo, o ofício público é instituído como forma de realização de determinado interesse público¹⁰⁰.

O dever é, portanto, elemento essencial do poder, pois é o que conecta o interesse público à atuação do sujeito titular do ofício. Como o ofício se justifica pela necessidade de realização desse interesse público, o poder concedido ao titular da função pressupõe a necessidade de sua atuação, o seu dever de agir no cumprimento da função pública derivada desse ofício¹⁰¹.

Em outras palavras, frente ao interesse público que ensejou a criação de um ofício, o titular desse não pode furtar-se a agir na extensão dos poderes concedidos para a concretização da função pública. No mesmo sentido, explica Danilo Knijnik que o juiz possui um plexo de atribuições ao qual está obrigado, como um dever seu para com seus jurisdicionados¹⁰²: “Portanto, há determinados deveres aos quais o juiz não pode renunciar: instado pelo interessado ou não, há questões que se ligam, precisamente, ao officium iudicis e, portanto, devem ser exercidas”¹⁰³. Dessa forma, compreende-se que “o agir de ofício é exercer o officium iudicis”¹⁰⁴.

No processo penal, de pronto, apresenta-se como poder-dever central do juiz o de prestar jurisdição, englobando genericamente diversas tarefas do juiz.

De acordo com Rogério Lauria Tucci, jurisdição é o “poder-dever de realização de justiça estatal, mediante declaração, satisfação ou assecuração do

⁹⁷ PUGLIATTI, Salvatore. **Esecuzione forzata e diritto sostanziale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1935.p. 23-24.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 27.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 24-25.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 73.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 75.

¹⁰² KNIJNIK, Danilo. **A exceção de pré-executividade**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 170.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 171.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 173.

direito”¹⁰⁵, ou seja, é a função específica do Estado de realizar a justiça, do que resulta a atividade do Judiciário no seu exercício. É tanto a potência quanto a própria atividade, resultado da apropriação pelo Estado da tarefa de realizar a justiça, em substituição à atuação vingativa dos indivíduos¹⁰⁶.

Pacelli de Oliveira ressalva que, embora a substituição do particular pelo acusador público ocorra, não justifica suficientemente a imprescindibilidade da aplicação do direito penal material. O Estado deve a ação penal a toda a comunidade jurídica, uma vez que é forma de defesa de direitos fundamentais, ameaçados pelas condutas criminosas típicas¹⁰⁷.

Segundo Tucci, o Estado, portanto, incumbiu-se da função de exercer o *ius puniendi* de acordo com as normas penais¹⁰⁸. Contudo, não pode exercê-lo diretamente, pois o *ius puniendi* não é autoexecutável, mas um meio de coerção indireta, que necessita do processo penal, como instrumento para o exercício da jurisdição¹⁰⁹.

Em razão disso, o Estado divide-se em Estado-Administração (titular do poder-dever punitivo, do interesse de punir) e Estado-Jurisdição, ou Estado-Juiz (titular do poder-dever de tutela jurídica processual, ou encargo jurisdicional) – o primeiro é titular do interesse punitivo; o outro é responsável pelo processo em que isso é feito¹¹⁰.

Com isso, cumpre lembrar que o juiz atua representando o Estado-Juiz, verdadeiro sujeito processual, que deve realizar de forma pacífica o direito penal material¹¹¹. Assim, relacionando-se as lições de Tucci e Pugliatti, o ofício público do magistrado ou *officium iudicis*, atrelado à função jurisdicional, é instrumentalizado por meio do poder-dever de prestar jurisdição. Importa identificarmos com qual fim, ou seja, com qual interesse público o nosso ordenamento estabelece esse poder-dever.

¹⁰⁵ TUCCI, **Jurisdição...**, p. 8.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 6-7.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, **Curso...**, p. 422.

¹⁰⁸ Cumpre ressaltar a posição de Pacelli de Oliveira, que afirma a inexistência de exercício de *ius puniendi* no processo penal, sendo este característico do direito penal material. Segundo o autor, no processo penal, portanto, não haveria conflito entre *ius puniendi* e direito à liberdade, mas sim “*dever da ação penal*”, relacionado com a obrigatoriedade da ação penal pública (*Ibidem*, p. 423-424).

¹⁰⁹ TUCCI, *op cit.*, p. 12.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 12.

¹¹¹ CAPEZ, **Curso...**, p. 173.

Tucci diferencia o procedimento do efetivo exercício da tutela jurisdicional, propriamente dito, através da distinção entre procedimento inquisitório e inquisitividade:

(...) tendo-se em vista, obviamente, a distinção inafastável entre *procedimento inquisitório*, cuja concepção atende às *formas* ou *esquemas formais* em que o processo se exterioriza, e a *inquisitividade* da atuação dos agentes estatais relativamente à verificação da realidade dos fatos tidos como pertinentes e relevantes para a instrução e julgamento de uma causa submetida, *oportuno tempore*, à apreciação judicial¹¹².

Com isso, afirma que o processo penal moderno caracteriza-se por ser formalmente acusatório, em relação ao seu procedimento, e substancialmente inquisitivo, pois busca o conhecimento da verdade material, uma vez que o processo penal põe em cheque interesses públicos e indisponíveis, quais sejam, o direito à liberdade do indivíduo e o interesse punitivo estatal¹¹³. Esses seriam os fins da função jurisdicional penal, a tutela do interesse punitivo estatal, que tem por trás a defesa social e a proteção dos bens jurídicos relevantes, bem como a proteção dos direitos individuais de liberdade.

Nessa busca, o juiz deve conduzir o processo penal¹¹⁴. A ele incumbe esse dever, portanto. Contudo, atualmente, a verdade material tem sido questionada ante o reconhecimento da impossibilidade da percepção completa acerca de eventos passados, bem como pelo estabelecimento de limites nessa procura com o fim de preservar direitos fundamentais.

Todavia, ainda que reconhecidas tais barreiras à busca da verdade, em razão da esfera em que se encontra, constituída dos direitos públicos e indisponíveis antes mencionados, a concretização do direito penal material deve se cercar de todas as informações possíveis de serem alcançadas.

Em outras palavras, a tônica do processo penal é o conflito de interesses entre o Estado, que tomou para si a prerrogativa exclusiva de persecução e punição dos agentes de crimes (titular do poder-dever punitivo), e o acusado, titular da liberdade jurídica (não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, exceto em virtude de lei ou decisão judicial). “É mediante o processo que o Estado prestigia a ordem jurídica vigente, impondo as normas de Direito Material às situações da vida

¹¹² TUCCI, **Jurisdição...**, p. 13-14.

¹¹³ *Ibidem*, p. 20-21, 115.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 113.

real”¹¹⁵. Portanto, o interesse prevalente no processo é de natureza pública, alimentado, pois, pelo princípio publicístico, ou seja, “recomposição da ordem social e observância da liberdade jurídica do indivíduo”¹¹⁶.

Tal princípio publicístico tem dupla natureza: a imposição da sanção penal ao agente do delito tipificado e a obstaculização à aplicação dessa sanção a inocentes, visando, por fim, a uma justiça penal, que somente pode ser atingida pela aplicação correta da norma de direito penal material, que, por sua vez, leva à busca pela verdade, somente realizável atribuindo-se inquisitividade aos agentes estatais na atividade de persecução penal e ao órgão jurisdicional no poder da instrução criminal que lhe cabe¹¹⁷.

No entanto, o juiz encontra limites na busca pela verdade, não podendo utilizar-se de qualquer meio para tanto, pois está vinculado ao procedimento ao qual a lei atribui eficácia probatória. Destarte, a obtenção da verdade real/material/objetiva não é atingível, mas somente alguns de seus aspectos. Entretanto, essa impossibilidade não deve traduzir em menor esforço no processo penal para a reconstrução dos fatos em questão, já que o resultado final pode traduzir-se na imposição de uma sanção¹¹⁸.

Assim, ainda que a verdade material não possa ser alcançada e não deva ser buscada por completo, isso não implica a retirada de inquisitividade à atuação jurisdicional, uma vez que os interesses públicos envolvidos no processo penal requerem uma apuração fática detalhada em razão da efetividade da atividade jurisdicional.

Coutinho assevera que a afirmação da verdade material é base para o processo inquisitório, e que, ainda assim, jamais seria alcançada no processo penal, em razão da impossibilidade intrínseca de obtenção de tal conhecimento, devendo buscar-se, em vez disso, um juízo de certeza¹¹⁹.

Em sentido contrário, Gomes Filho afirma:

Embora a obtenção de uma verdade absolutamente correspondente à realidade dos fatos seja incompatível com a própria natureza da atividade processual, a sua procura constitui, inegavelmente, um *valor* a ser perseguido. No Estado democrático de direito, somente

¹¹⁵ VIEIRA, Helena Cunha. Poderes instrutórios do juiz no processo brasileiro. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 21, v. 60, p. 313-332, mar.1994. p. 315.

¹¹⁶ ZILLI, **A iniciativa...**, p. 111.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 112-113.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 113-114.

¹¹⁹ COUTINHO, Introdução..., p. 195.

as decisões fundadas no *conhecimento* dos fatos podem legitimar as restrições à liberdade pessoal; mas, para ser efetivamente legítimo, esse conhecimento deve resultar de uma pesquisa imparcial, na qual as proposições acusatórias não somente sejam plenamente comprovadas, mas também que os procedimentos respectivos sejam realizados com a participação e o controle da defesa e, ainda, que possa haver *contraprova*¹²⁰.

Já Grinover afirma a existência da busca pela verdade material no processo penal, mas compreendida em seu sentido correto, qual seja, a irrelevância do comportamento processual das partes (prova penal como reconstrução histórica, que deve ser realizada independentemente de haver reconhecimento dos fatos em concordância por ambas as partes¹²¹), o que não deve ser confundido com a busca pelos fatos a qualquer preço, sentido utilizado para permitir a atuação ilimitada do juiz, justificando de forma viciada a realização da pretensão punitiva estatal acima dos direitos de liberdade para alcançar o fim de defesa social, uma vez que “*a noção de verdade está constantemente condicionada àquela série de valores que se traduzem pelo método através do qual se desenvolve sua busca*”¹²², devendo a prova penal consubstanciar uma prova processualmente válida¹²³.

Grinover, em sua obra “Novas Tendências do Direito Processual Penal, de acordo com a Constituição de 1988”, percebe o exercício da jurisdição não como apenas um dever do juiz, mas como uma garantia constitucional, derivada do princípio do devido processo legal, o que permitiria uma atuação positiva do juiz no âmbito probatório através da promoção do contraditório.

Segundo a citada jurista, o princípio do devido processo legal não deve ser visto somente pelo lado das partes, mas também do ponto de vista do Estado, da justiça que ele administra. Dessa forma, o mencionado princípio consubstancia direitos públicos subjetivos, por meio de uma ótica individualista, mas também possui uma dimensão objetiva, enquanto garantia, não só para os indivíduos, mas também para o justo processo, de acordo com uma ótica mais publicista, que considera o interesse geral na justiça de uma decisão judicial¹²⁴.

¹²⁰ GOMES FILHO, **Direito...**, p. 172.

¹²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 131.

¹²² *Ibidem*, p. 131.

¹²³ *Ibidem*, p. 132.

¹²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 1.

Essas garantias possuem, portanto, natureza assecuratória, não meramente declaratória, pois operam como um instrumento de outros direitos, tutelando seu exercício.

Garantias, não apenas das partes, mas sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz; do outro lado, essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia de regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões¹²⁵.

A autora afirma que a garantia da jurisdição, através do devido processo legal, dá ao processo uma estrutura cooperatória: a atuação das partes, orientada por esse princípio, resulta em cooperação no exercício da jurisdição, pois a estrutura dialética (tese do autor, antítese da defesa e resultado da decisão pela análise de ambas) que se forma pela atuação das partes serve à qualidade da prestação jurisdicional ao promover a correspondência entre a decisão e a situação levada a juízo.

Melhor explicando, a estrutura dialética, formada por ação e defesa, está intimamente ligada aos princípios que integram o devido processo legal: defesa e contraditório, que são intrínsecos à antítese; e igualdade e *par conditio*, para que as partes tenham a mesma eficácia no convencimento do juiz, necessário para o resultado em uma dinâmica dialética, a qual permite ao juiz uma cognição do caso sem abrir mão de sua imparcialidade¹²⁶.

Segundo a autora, defesa e contraditório (consistente na informação e possibilidade de reação) estariam conectados, pois a defesa, ao mesmo tempo em que necessita do contraditório, no sentido de informação, como condição de sua existência (para exercer a defesa, é necessário o conhecimento da tese do autor), também é instrumento deste, no sentido de servir à reação, pois a defesa é um modo de reação, de exercer o contraditório¹²⁷.

Já o princípio do contraditório relaciona-se com a igualdade dinâmica (dever do Estado de suprir as desigualdades, realizar a igualdade material), como resultado da contraposição dialética no processo, que só funciona com a igualdade de armas. Nas palavras da autora:

¹²⁵ GRINOVER, **Novas...**, p. 2.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 2-4.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 4-5.

Segundo a concepção tradicional, o princípio do contraditório exprime estaticamente, em correspondência com a igualdade formal das partes, a exigência de equilíbrio das forças, traduzindo-se na necessidade de lhes garantir a possibilidade de desenvolverem plenamente a defesa de suas próprias razões. Mas a concepção menos individualista e mais dinâmica do contraditório postula a necessidade de a equidistância do juiz ser adequadamente temperada, mercê da atribuição ao magistrado de poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das partes no contraditório e, conseqüentemente, sua colaboração e cooperação no justo processo.

Observe-se, a propósito, que esses amplos poderes conferidos ao juiz, longe de dificultarem a atuação do contraditório, integram-no e o disciplinam, temperando em certos casos o desequilíbrio dinâmico que pode criar-se entre as partes devido a imperfeições na organização dos ofícios da acusação e da defesa. Nem afetam, esses poderes assistenciais, a imparcialidade do juiz que, como já se viu, não só é mantida, mas até acrescida, no momento da síntese, pela avaliação de alegações e provas produzidas em condições efetivamente paritárias pelas partes¹²⁸.

Ou seja, o juiz deve atuar ativamente para estimular o exercício do contraditório pelas partes, a fim de promover sua cooperação com o processo, e isso não lesa sua imparcialidade, pois lhe permite uma avaliação da tese e antítese produzidas igualitariamente pelas partes.

(...) A *plenitude* e a *efetividade* do contraditório indicam a necessidade de se utilizarem todos os meios necessários para evitar que a disparidade de posições no processo possa incidir sobre seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças¹²⁹.

A autora acrescenta que esse exercício do contraditório efetivo deve ser promovido na atividade instrutória, primeiro com o conhecimento das provas, permitindo a organização de atividade de defesa e, posteriormente, com a participação na atividade de produção da prova¹³⁰.

Mais adiante na obra referida, a autora afirma que garantia do contraditório tem como elemento central o direito à prova, pois o exercício da ação e da defesa depende da possibilidade de influência na decisão judicial, o que é feito por meio da atividade probatória¹³¹.

É evidente, portanto, que o concreto exercício da ação e da defesa, tendo por escopo influir sobre o desenvolvimento e o resultado do processo, fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do evento posto como fundamento

¹²⁸ GRINOVER, *Novas...*, p. 7-8.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 11.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 10.

¹³¹ *Ibidem*, p. 19.

da ação ou da exceção: ou seja, à possibilidade de a parte servir-se das provas¹³².

Com isso, podemos concluir que a produção de prova sustenta a possibilidade do exercício efetivo do contraditório, na medida em que é sobre ela que as partes terão possibilidade de sustentar seus argumentos. O argumento serve à conclusão de que o juiz deve verificar se o contraditório e a defesa são efetivos, reais; caso contrário, deve promovê-los ou se considera o réu indefeso e o processo viciado, pois não estariam presentes a igualdade e *par conditio*, necessárias para o exercício da jurisdição de acordo com o devido processo legal¹³³.

No mesmo sentido, afirma Zilli que o Estado Democrático de Direito exige que o exercício do poder estatal, entre eles o de jurisdição, observe a igualdade, tanto no sentido de promovê-la nas relações sociais como no tratamento dado às partes na fiscalização e condução do processo. Dessa igualdade depende a justiça processual, ou melhor dizendo, o devido processo legal. Em outras palavras, o devido processo traz para o direito processual o princípio da igualdade e, havendo desequilíbrio entre as partes processuais, cabe ao juiz afastá-lo. Desse modo, o princípio da igualdade exige do juiz um comportamento mais ativo, e não estático¹³⁴.

Contudo, seguindo o raciocínio inicial de Grinover, pode-se sustentar a mesma atuação ativa do juiz não somente para os casos em que uma das partes se mostra mais fraca, incapaz ao exercício do contraditório efetivo, mas também para aqueles em que as partes atuam de forma insuficiente na produção da prova.

Entendendo-se que a produção de provas integra a garantia do contraditório, a atuação insuficiente das partes nesse sentido acaba por prejudicar a efetividade do contraditório, na medida em que revela a falta de elementos para o embasamento fático das partes na apresentação de suas teses, ou seja, a falta de elementos para o convencimento do juiz, o que, por fim, prejudica o exercício da jurisdição na estrutura dialética determinada pela garantia do justo processo, em sua visão publicista.

Coopera com tal entendimento, a ideia de busca pela certeza no processo penal, em lugar da verdade material, compreendida como conhecimento da realidade dos fatos ocorridos.

¹³² GRINOVER, **Novas...**, p. 19.

¹³³ *Ibidem*, p. 12-13.

¹³⁴ ZILLI, **A iniciativa...**, p. 128-129.

É em relação a essa necessidade de atendimento à possibilidade de convencimento do juiz que previam o artigo 156¹³⁵ e o artigo 502, *caput*¹³⁶, do Código de Processo Penal a possibilidade de iniciativa instrutória do juiz.

Portanto, a atuação do juiz através de iniciativa probatória, como promoção do exercício efetivo do contraditório, não deve consistir em uma ajuda a uma das partes, mesmo porque, no momento da produção da prova, o juiz não sabe previamente a favor de quem penderá o resultado obtido. Deve ser vista como uma assistência à garantia da jurisdição, derivada do princípio do devido processo legal em seu caráter mais publicista, a fim de preservar a estrutura dialética do processo. Como possui esse viés, a atuação do juiz não compromete sua imparcialidade.

Grinover ressalta que, por ser uma garantia constitucional integrante do princípio do devido processo legal, consolidado no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o exercício da jurisdição estaria acima de modificações legislativas ordinárias, bem como de mudanças políticas governamentais¹³⁷. Com isso, entende-se que a ideia publicista de garantir a jurisdição não é uma mera política criminal passageira, mas um princípio importante na ordem constitucional do país, que deve ser respeitada pela legislação inferior.

Nesse contexto, Tucci destaca que o princípio publicístico orienta todo o processo penal, particularmente o brasileiro, e como nele se manifesta tanto a intenção de punição a conduta penalmente relevante quanto a proteção da liberdade individual, há sempre um interesse público “*em altíssimo grau*”¹³⁸.

Portanto, admitindo que a Constituição Federal de 1988 adota uma ideologia publicista de processo, a qual, como foi vista na primeira parte desse capítulo, integra a diferença central entre os sistemas adversarial e acusatório, resultando na admissão de uma postura mais ativa do juiz somente neste último, o sistema constitucional do país não vedaria a possibilidade de iniciativa instrutória do juiz, desde que conjugada com as demais garantias e direitos individuais estabelecidos pela Constituição.

¹³⁵ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (BRASIL, **Código...**).

¹³⁶ “Art. 502. Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz que, dentro de 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade” (*Ibidem*).

¹³⁷ GRINOVER, **Novas...**, p. 2.

¹³⁸ TUCCI, **Jurisdição...**, p. 123.

Assim, Zilli afirma que o dever de prestar jurisdição do juiz pressupõe a correta aplicação da norma penal, o que somente é eficaz com o melhor acerto fático possível, refletindo na tutela adequada dos interesses públicos envolvidos no processo penal (liberdade jurídica do acusado e bem jurídico atacado pela violação da norma penal). Isso permitira a iniciativa instrutória do juiz, desde que não seja “preponderante” ou “sufocadora” à atuação das partes, traduzindo-se em iniciativas esporádicas, com base nos elementos da denúncia, uma vez que não se trata de atividade investigativa, mas instrutória¹³⁹.

Em caminho diverso, Giacomolli, identificando o sistema inquisitório com a gestão da prova a cargo do juiz e ausência de regulamentação extensa sobre prova, afirma que o processo penal brasileiro possui um perfil de “*ambíguo garantismo inquisitório*”, característico do sistema misto adotado pela Itália que serviu de inspiração para o Brasil, através dos artigos 209 e 156 do Código de Processo Penal, permitindo a instrução de ofício pelo juiz apesar da garantia *in dubio pro reo*¹⁴⁰.

Segundo o referido autor, a partir da aplicação desses artigos, o juiz estaria aderindo à acusação: “A autorização legal ao juiz produzir prova é um resquício inquisitorial, forjado na concepção da presunção de culpabilidade e não na presunção de inocência”¹⁴¹.

Ainda, nas palavras do autor:

O direito à prova é das partes, numa relação dialética e contraditória entre si e não um direito e nem uma atividade (poder menos ainda) de quem irá julgar. O processo contraditório, constitucionalmente garantido, possui uma dialeticidade no plano horizontal e não exclusivamente verticalizado. No que tange à prova, a função do juiz é avaliar a admissibilidade dos meios e a metodologia proposta, avaliando os resultados da prova, no momento da decisão, com paradigmas constitucionais e humanitários¹⁴².

No mesmo sentido, Coutinho, que, como vimos anteriormente, também identifica os sistemas processuais penais de acordo com a gestão da prova, afirma que a iniciativa probatória do juiz “Trata-se, por elementar, de uma opção política, mas o preço que se paga é muito alto”¹⁴³.

¹³⁹ ZILLI, **A iniciativa...**, p. 117.

¹⁴⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 5, 7-8.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 8.

¹⁴² *Ibidem*, p. 12.

¹⁴³ COUTINHO, **Introdução...**, p. 179.

Ademais, a história mostrou – e continua mostrando – não ser em nada melhor para o processo penal uma tal liberdade, justo porque mantém intacta a possibilidade – natural – de se decidir antes e, tão-só depois, sair-se à cata da prova suficiente para justificar a decisão previamente tomada¹⁴⁴.

Nesse sentido, para Giacomolli, haveria uma discrepância entre a estrutura inquisitória do Processual Penal brasileiro e a Constituição Federal, que teria caráter acusatório, ao estabelecer como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, determinando que o Estado opere em função do acusado, e não o contrário¹⁴⁵.

Além do mais, segundo o autor, o ônus probatório no processo penal seria somente da acusação, havendo, por parte da defesa, apenas interesse na produção de prova¹⁴⁶. Dessa forma, cumpriria à acusação comprovar de forma válida e suficiente a procedência da ação condenatória: “Não demonstrar de forma clara, límpida e segura é como não provar e, deixar o magistrado em dúvida equivale à inexistência probatória”¹⁴⁷.

Para o autor, apesar de o processo ser um procedimento em contraditório, em razão das características particulares do processo penal (obrigatoriedade de defesa técnica, oficialidade acusatória, etc.), o que prepondera no processo penal é a presunção da inocência e seus desdobramentos, e não o contraditório, não se aplicando a triangularização processual¹⁴⁸.

Conforme se percebe, o autor visualiza um processo penal voltado para o acusado, para garanti-lo. Contudo, pensamos, o processo penal deve equilibrar o interesse punitivo, público e social, com a proteção da liberdade do acusado, público e individual. Nesse sentido:

O processo penal reflete a busca do equilíbrio entre dois rumos: o de assegurar ao Estado meios para exercer, com eficiência, o seu poder punitivo e o de garantir a todo indivíduo com plenitude o direito de se defender antes de ser julgado¹⁴⁹.

É o processo o palco no qual devem se desenvolver, em estruturação equilibrada e cooperadora, as atividades do Estado (jurisdição) e das partes (autor e réu). Nenhuma dessas atividades deve ser o centro, impondo-se sobre as outras. O excessivo realce à predominância da jurisdição sobre as partes é reflexo do valor dado

¹⁴⁴ COUTINHO, Introdução..., p. 179-180.

¹⁴⁵ GIACOMOLLI, **Reformas...**, p. 10-11.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 15.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 16.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 21.

¹⁴⁹ FERNANDES, **A reação...**, p. 21.

ao intervencionismo estatal na sociedade e na vida dos indivíduos. (...) Colocar a defesa como a razão do processo é, também, valorizar uma das partes da relação jurídica processual em prejuízo da outra. O processo é o ponto de convergência e de irradiação. Reflexo desse posicionamento centrado no processo é, na atualidade, o destaque dado ao exame das garantias do devido processo legal, abrangendo-se nelas as garantias das partes e da atividade jurisdicional¹⁵⁰.

Para Junoy, a exacerbação do princípio da imparcialidade do juiz vem do equívoco de não se diferenciar objeto do processo e o processo mesmo, de modo que, em relação ao primeiro, não cabe permitir ao juiz tomar iniciativa; mas em relação ao segundo, o contrário deve acontecer, com certos limites, pois somente assim o processo será um instrumento idôneo para lograr a tutela estatal real e efetiva dos interesses em conflito¹⁵¹:

(...) El proceso es el instrumento que poseen los jueces y tribunales para llevar a cabo su función jurisdiccional (art. 117.1 CE), por lo que es del todo inadecuado no atribuirles las facultades necesarias que, sin menoscabar ningún derecho procesal de las partes, les permitan cumplir justa y eficazmente la citada función jurisdiccional¹⁵².

Dessa forma, não conjugamos nossa visão de processo penal com a de Giacomolli e Coutinho, uma vez que, conforme exposto anteriormente, adotamos conceitos diversos de sistemas processuais. Enquanto para os referidos juristas o sistema inquisitório se baseia na atuação positiva do juiz, em oposição ao sistema acusatório, baseado no reconhecimento de direitos fundamentais, consideramos, como argumentado no primeiro capítulo, cabível no sistema acusatório a atuação positiva do juiz, consubstanciando os direitos fundamentais, principalmente o princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal) em limites para tal atuação.

Zilli destaca que a iniciativa instrutória do juiz penal deve obedecer às regras orientadoras e limitadoras do devido processo legal, como todo o processo penal, para a concretização do Estado Democrático de Direito. Portanto, não pode violar o princípio do juiz natural, da imparcialidade, a presunção de inocência, a motivação dos atos decisórios, a duração razoável do processo, a publicidade dos atos

¹⁵⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 33.

¹⁵¹ JUNOY, Joan Picó I. **La imparcialidad judicial y sus garantías**: la abstención y recusación. Barcelona: José María Bosch, 1998. p. 105.

¹⁵² *Ibidem*, p. 105.

processuais, a licitude e a legitimidade das provas, a ampla defesa e o contraditório¹⁵³.

Com isso, parece claro que a iniciativa instrutória deva ser realizada pelo juiz natural da causa, com motivação (a fim de afastar a arbitrariedade da iniciativa probatória), dando a devida publicidade ao ato, dentro das limitações das provas ilícitas (sendo aceitas provas inválidas somente quando em benefício do réu, em razão da preponderância do valor da não condenação de inocentes). Quanto à aplicação de tais princípios, não parece haver maior dificuldade, motivo pelo qual nos absteremos de tecer maiores considerações, a despeito de sua grande importância. As dúvidas impõem-se quando se trata da imparcialidade do juiz, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à imparcialidade do juiz, caracterizada pelo desinteresse subjetivo do juiz pela causa¹⁵⁴, consubstanciada nas vedações dos artigos 254 e 252 do Código de Processo Penal, Zilli afirma que deve ser verificada caso a caso, não sendo afetada, em princípio, pela iniciativa instrutória do juiz, uma vez que não altera a posição de equidistância do juiz, que não sabe previamente se a sua atuação irá beneficiar uma ou outra parte, até mesmo porque a inércia do magistrado também poderá vir em benefício de um ou de outro¹⁵⁵.

Ora, o que se exige no exercício da função jurisdicional é uma atuação desprovida de preferências subjetivas ou pessoais, favoráveis ou desfavoráveis, a qualquer um dos sujeitos parciais. Determinar, portanto, a produção de uma dada prova, por si só, não desqualifica a imparcialidade, a menos que esta venha imbuída por interesses outros que não o de permitir uma eficiente aplicação do direito material¹⁵⁶.

Nas palavras de Arthur César de Souza:

Igualmente não se observa qualquer mácula ao princípio da imparcialidade do juiz (se é que existe efetivamente algum ser humano totalmente imparcial), uma vez que o exercício dos poderes instrutórios voltados à produção probatória não decorre de uma postura tendenciosa e vinculada aos interesses de uma determinada parte que compõe a relação jurídica processual, mas, sim, ao objetivo último da atividade jurisdicional que é a busca de um processo justo e equo¹⁵⁷.

¹⁵³ ZILLI, **A iniciativa...**, p. 133-134.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 140.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 144-145.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 274.

¹⁵⁷ SOUZA, Arthur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 868, p. 429-452, fev. 2008. p. 450.

Contudo, a imparcialidade não se restringe às vedações dos artigos 252 e 294 do Código de Processo Penal, mas também é reflexo da separação entre órgão acusador e julgador, premissa principal de um sistema acusatório.

Como já mencionado na primeira parte deste capítulo, e de acordo com Antonio Scarance Fernandes, o ideal do sistema acusatório é promover a imparcialidade do juiz e garantir a reação defensiva, o que não é impedido pela iniciativa instrutória do juiz, nos termos expostos pelo mesmo autor:

Não se deve mesmo retirar do juiz o poder probatório, pois não há por que impedi-lo de, para seu convencimento, esclarecer algum aspecto da prova produzida pelas partes ou a respeito de algum dado probatório vindo dos autos. O poder do juiz é assim complementar, o que não é possível é o juiz se colocar na posição de uma das partes e buscar descobrir prova para a acusação ou para a defesa¹⁵⁸. (grifo nosso).

Em outras palavras, não cabe juiz refém das partes nem juiz inquisidor.

Com posicionamento mais flexível, Zilli afirma que é o acerto fático o dever do juiz que justifica a outorga de poderes instrutórios como instrumento para a concretização desse dever, possuindo natureza discricionária, mas limitado o seu âmbito de atuação na narrativa da conduta delituosa da denúncia, e todos os elementos que constituem o tipo conforme a teoria do delito, uma vez que é esse o acerto fático buscado¹⁵⁹. Nas palavras do autor:

Como observado, a iniciativa instrutória de que aqui se trata é informada pela necessidade do melhor acerto possível do fato posto a julgamento em virtude do dever imposto ao juiz de aplicar, eficazmente, o direito penal. E nesses precisos termos, trata-se de situação excepcional, concretizável, apenas e tão-somente, quando as partes processuais não tiverem sido suficientemente hábeis a ponto de esclarecer o fato, seus pontos e circunstâncias relevantes. Não pode assumir, portanto, contornos de atividade, o que lhe emprestaria características de reiteração e continuidade, sob pena, aí sim, de concentração de todos os poderes nas mãos de um único sujeito processual, abrindo espaço para que dúvidas fossem levantadas quanto à preservação da imparcialidade do julgador. Deve aproximar-se, destarte, de uma atuação supletiva àquela a cargo dos sujeitos parciais¹⁶⁰.

Respeitosamente divergimos de tal opinião, por considerar que a atuação do juiz voltada à produção de prova indiscriminadamente sobre qualquer alegação da acusação constitui uma violação à separação das funções de julgar e acusar, o que,

¹⁵⁸ FERNANDES, **A reação...**, p. 17.

¹⁵⁹ ZILLI, **A iniciativa...**, p. 118-121.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 144.

por sua vez, acarreta a parcialidade do órgão judicial, devendo limitar-se, em caso de dúvida, à complementação do que já foi apresentado pelo acusador. Relacionando-se com o conceito de Zilli, restringimos o melhor acerto fático possível não aos fatos narrados na inicial acusatória, mas sim às provas já apresentadas.

Em relação ao artigo 209 do Código de Processo Penal¹⁶¹, Zilli limita sua aplicação:

Entretanto, num processo democrático, em que a iniciativa instrutória do juiz não deve ser hipertrofiada e tampouco sobrepujar a atividade dos sujeitos parciais, a permissão legal deve ser empregada em caráter complementar, sendo cabível somente quando um quadro já tiver sido por aqueles apresentado. E será sobre tal quadro, então, que deverá recair uma análise acerca da necessidade e da pertinência de maiores acertos fáticos¹⁶².

Tal limite, associado a um estado de dúvida relevante, deve ser estendido aos demais dispositivos legais que autorizam a iniciativa instrutória do juiz, especialmente os artigos 176¹⁶³; §1º do 209; 234¹⁶⁴ e 242¹⁶⁵; todos do Código de Processo Penal, que trazem pouco claro a extensão de sua aplicação, mormente o artigo 234, que não pode ser utilizado de modo a permitir o ingresso de conhecimentos privados do juiz no processo.

Outros artigos, como o 147¹⁶⁶, o 156¹⁶⁷; o *caput* do 168¹⁶⁸ e o 180¹⁶⁹; todos do Código de Processo Penal, podem ser mais facilmente interpretados conforme a

¹⁶¹ “Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem (...)” (BRASIL, **Código...**).

¹⁶² ZILLI, **A iniciativa...**, p. 188-189.

¹⁶³ “Art. 176. A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da audiência” (BRASIL, *op cit.*).

¹⁶⁴ “Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível” (*Ibidem*).

¹⁶⁵ “Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes” (*Ibidem*).

¹⁶⁶ “Art. 147. O juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade” (*Ibidem*).

¹⁶⁷ “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (*Ibidem*).

¹⁶⁸ “Art. 168. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou do acusado, ou de seu defensor” (*Ibidem*).

¹⁶⁹ “Art. 180. Se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto de exame as declarações e respostas de um e de outro, ou cada um redigirá separadamente o seu laudo, e a autoridade nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos” (*Ibidem*).

Constituição, pois trazem em sua redação um indicativo do limite de sua aplicação, normalmente relacionando a iniciativa do magistrado com alguma dúvida ou informação incompleta constante em prova produzida pelas partes, estabelecendo poderes instrutórios para o juiz de acordo com o permitido pelo ordenamento brasileiro. As mesmas observações podem ser realizadas em relação aos artigos 181¹⁷⁰; 196¹⁷¹; *caput* do 502¹⁷² e *caput* do 538¹⁷³, todos do mesmo Diploma Legal.

Destaca-se que o referido artigo 156 constitui uma cláusula geral para a iniciativa instrutória do juiz, sendo aplicável, portanto para os meios de prova que não possuem previsão legal específica nesse sentido.

Sobre a iniciativa instrutória do juiz na busca de documentos, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1570-2, declarou a inconstitucionalidade parcial do artigo 3º da lei do crime organizado (Lei 9064/95) que permitia, “*em qualquer fase do processo*”, a busca e apreensão de documentos, realizada pessoalmente pelo juiz, no que refere a dados fiscais e eleitorais (no que refere a dados financeiros e bancários estaria revogado o artigo por incompatibilidade com a Lei Complementar nº 105), conforme a seguinte ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. ACÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas

¹⁷⁰ “Art. 181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade, complementar ou esclarecer o laudo. Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente” (BRASIL, **Código...**).

¹⁷¹ “Art. 196. A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes” (*Ibidem*).

¹⁷² “Art. 502. Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz que, dentro de 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade” (*Ibidem*).

¹⁷³ “Art. 538. Após o tríduo para a defesa, os autos serão conclusos ao juiz, que, depois de sanadas as nulidades, mandará proceder às diligências indispensáveis ao esclarecimento da verdade, quer tenham sido requeridas, quer não, e marcará para um dos 8 (oito) dias seguintes a audiência de julgamento, cientificados o Ministério Público, o réu e seu defensor” (*Ibidem*).

pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. (ADI 1570, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 22-10-2004 PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-00192-03 PP-00838)¹⁷⁴.

Em seu voto, o Ministro relator Maurício Correa afirma a adoção do sistema acusatório no processo penal brasileiro, o que vedaria a atuação de ofício do julgador autorizada pelo artigo em questão, voto acompanhado pela maioria dos ministros, à exceção do ministro Carlos Velloso, que afirmou a natureza pública do processo, sendo contrário à figura do juiz inerte.

Importante destacar o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que, mesmo acompanhando o voto do relator, diferencia a atuação de ofício do juiz na fase investigativa e na fase processual, considerando inconstitucional apenas aquela, distinção que não é realizada com clareza nos demais votos.

Quanto ao *caput* do artigo 209¹⁷⁵, observa-se que possui constitucionalidade duvidosa, uma vez que a sua redação expressamente autoriza a iniciativa instrutória do magistrado totalmente independente de qualquer atividade das partes, permitindo que proceda à colheita de prova testemunhal desvinculada de qualquer indicação produzida pelas partes, mesmo indireta, conforme propugna o seu §1º, autorizando, em princípio, a atuação do juiz substitutiva às partes.

Lídia Reis de Almeida Prado, em sua obra “O juiz e a emoção”, expõe que, normalmente, o juiz antecipa a decisão que considera justa e, somente em momento posterior, busca a norma que pode fundamentar essa decisão.¹⁷⁶ Assim, a sentença decorreria primeiramente de uma intuição, adquirindo caráter de silogismo só depois¹⁷⁷:

¹⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 1.570-2 União Federal**. [Decisão STF ADI 1570]. Relator: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 22-10-2004 PP-00004 Ement vol-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ vol-00192-03 PP-00838. [Brasília, DF], 12 fev. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>>. Acesso em: 12 jun. 2010.

¹⁷⁵ “Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes” (BRASIL, **Código...**).

¹⁷⁶ PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 3. ed. Campinas, SP: Millenium, 2005. p. 13.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 14-15.

Sendo isso considerado, as normas jurídicas que dirigem a atividade judicial devem evitar que, durante a instrução, o julgador atue produzindo prova de acordo com o que já decidiu, ou seja, não somente busque o fundamento legal para a sentença que projeta em sua mente, mas também busque o fundamento fático, que deve estar a cargo da acusação.

Em outras palavras, a iniciativa probatória do juiz não poderá ocorrer de forma substitutiva à atuação das partes, caso contrário, violar-se-ia o princípio da imparcialidade do juiz. Como já explicado anteriormente, a atuação do juiz como órgão acusatório prejudica o exercício da jurisdição de forma imparcial, uma vez que o magistrado passa a envolver-se com a tarefa acusatória.

Postas essas considerações, parece claro que a iniciativa instrutória do juiz deva dar-se posteriormente à produção de prova pelas partes, uma vez que somente sobre ela se pode verificar a insuficiência que gere dúvida sobre ponto relevante, a ensejar a atuação do magistrado.

No que se refere ao âmbito de aplicação da atividade probatória do juiz, para que não configure investigação judicial, Junoy explica que: (a) deve estar restrita aos fatos discutidos no processo delimitados na inicial acusatória, em respeito ao princípio acusatório, que vincula o julgador aos elementos fáticos alegados na acusação (o juiz não pode modificar o objeto do processo, evitando o ingresso de conhecimento privado do juiz ou informações extraprocessuais); (b) deve constar nos autos a fonte de prova que sustentará a produção de ofício, de modo que, para a prova testemunhal, exige-se a revelação de sua identidade e da possibilidade de conhecimento dos fatos durante o juízo; para a prova documental, faz-se necessário que algumas das partes tenham citado o documento; para a prova pericial, deve haver fatos que demandem conhecimento especializado para sua aferição; e para a prova de reconhecimento, é necessário que as partes individualizem objeto ou pessoa a ser reconhecido; (c) deve observar o contraditório e a ampla defesa¹⁷⁸.

Também acerca dos limites à atividade instrutória do juiz, Mauro Fonseca de Andrade, após afirmar a necessidade de sua imposição, uma vez que a sua finalidade não é “conferir um monopólio ao juiz, mas apenas tolher o monopólio das partes”¹⁷⁹, considera que o contraditório não seria um verdadeiro mecanismo de controle, mas apenas consequência da juntada da prova aos autos. Da mesma

¹⁷⁸ JUNOY, **La imparcialidad...**, p. 106-108.

¹⁷⁹ ANDRADE, **Sistemas...**, p. 224.

forma, seriam insuficientes a exigência de fundamentação, que não impede que o juiz produza provas de cuja existência só ele sabe, e o caráter secundário da iniciativa instrutória do juiz, que, em vez de ser uma forma de controle, é justamente o que provoca a atuação judicial (a inatividade das partes), uma vez que o julgador não possui poderes pra produzir provas antes ou concomitantemente aos sujeitos processuais ou demonstra que tem conhecimentos do caso extra-autos.

O autor sugere como mecanismo de controle eficaz o caráter supletório à atividade das partes e a iniciativa probatória restrita às informações contidas no processo, com o que se restringiria a possibilidade da produção de provas *ex officio* somente à finalidade de dirimir alguma obscuridade, ao mesmo tempo em que se impediria que o juiz levasse ao processo informações privadas ou extra-autos¹⁸⁰.

No entanto, cumpre ressaltar que, para muitos autores, o princípio da igualdade de armas, cuja tutela é dever do órgão jurisdicional, pode demandar o ativismo judicial.

Arthur César de Souza, conjugando os princípios da igualdade material e da paridade de armas com a demanda social pelo reconhecimento das diferenças, afirma que, no seu conceito de parcialidade positiva como comprometimento com a efetivação de um processo justo e equo, seria exigida uma conduta positiva do juiz voltada ao réu, à vítima e à sociedade como um todo pra que se desenvolva o processo penal e civil em conformidade com os princípios democráticos fundamentais da Constituição Federal de 1988¹⁸¹:

(...) se por um lado o princípio da imparcialidade exige a atuação de um juiz sem qualquer vinculação ou interesse pessoal em favor de uma das partes, ou que possa realizar qualquer discriminação entre elas, por outro lado, reconhece a necessidade de o órgão jurisdicional levar em consideração as diferenças sociais, culturais e econômicas daqueles que se encontram envolvidos na relação jurídica processual, desde que essas diferenças possam de alguma maneira afetar o contraditório e a ampla defesa, bem como o próprio interesse da sociedade no resguardo da observância das normas legais, a fim de que não se ponha em risco a própria estabilidade do Estado de Direito Democrático¹⁸².

Outros consideram que, no processo penal, somente o réu poderia revelar-se em condições inferiores, de modo que a aplicação desse princípio ensejaria a

¹⁸⁰ ANDRADE, **Sistemas...**, p. 224-227.

¹⁸¹ SOUZA, Arthur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 211.

¹⁸² *Ibidem*, p. 64-65.

atuação de ofício do juiz apenas em benefício do réu que se encontrar em situação de desigualdade, condição que fica mais evidente nos casos de assistência judiciária gratuita.

A par dessa situação, compreendida a limitação da atividade probatória do juiz em relação à acusação, tampouco a presunção de inocência, entendida tanto como o tratamento que deve ser dado ao acusado durante o processo como a aplicação do princípio *in dubio pro reo* (absolvição do réu em caso de dúvida)¹⁸³, será violada, uma vez que a atuação probatória judicial será no sentido de esclarecimento da prova já apresentada pela acusação, e não introduzirá novo argumento ao processo.

Zilli afasta qualquer ofensa a tal princípio pela iniciativa probatória do juiz penal argumentando que a absolvição *in dubio pro reo* não deve ter lugar em caso de um “estado relativo de dúvida” do magistrado, quando há possibilidade concreta de esclarecimento, em razão do dever de busca pelo melhor acerto fático possível¹⁸⁴.

Ainda sobre a questão, Arthur César de Souza esclarece que o princípio *in dubio pro reo* deve ser aplicado como a regra de julgamento que é, ou seja, não deve ser empregado durante a fase de instrução do processo, mas somente após a realização das medidas probatórias necessárias, na fase de sentença, para, então, restando dúvida, determinar a absolvição do réu¹⁸⁵:

Na verdade, o princípio *in dubio pro reo* tem por objetivo fundamentar uma decisão absolutória quando, após a avaliação de todos os meios de prova produzidos em juízo, permanecer uma dúvida razoável no que diz respeito à responsabilidade penal do acusado¹⁸⁶.

A atividade probatória *ex officio*, por sua vez, desenvolve-se em momento anterior àquele no qual se pode aplicar o princípio *in dubio pro reo*, razão pela qual, durante a fase instrutória não há falar em dúvida objetiva¹⁸⁷.

Da mesma forma, tampouco se poderá opor à iniciativa instrutória do juiz, nos limites aqui propostos, o ônus da prova no processo penal, que incumbe à acusação, uma vez que estará vedada a atuação do magistrado de forma supletiva ao acusador, não lhe eximindo da incumbência probatória que lhe cabe.

¹⁸³ ZILLI, **A iniciativa...**, p. 147-148.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 149-150.

¹⁸⁵ SOUZA, **A parcialidade...**, p. 115-116.

¹⁸⁶ SOUZA, **O ativismo...**, p. 447.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 448.

Quanto a essa questão, cumpre referir que persistem as divergências em relação mesmo à própria existência de um ônus probatório em processo penal¹⁸⁸, mas, entendendo-o presente, não há, em princípio, contrariedade à iniciativa instrutória complementar do juiz penal nos termos aqui propostos.

Quanto aos princípios do contraditório e da ampla defesa, estes já foram objeto de análise anteriormente. Contraditório é a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los¹⁸⁹. Como explicado anteriormente, a ampla defesa está relacionada ao contraditório, sendo esse instrumento necessário para a efetivação daquela.

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe os meios para que tenha condições reais de contrariá-los^{190,191}.

Cumpre ressaltar nesse momento que a iniciativa probatória do juiz não poderá furtar-se ao exercício do contraditório e da ampla defesa, a ele relacionado, assegurados pelo art. 5º, inciso LI, da Constituição Federal, que se desdobra em: a) proibição ao uso de fatos sem a prévia introdução no processo e sem o debate entre as partes; b) proibição de usar provas fora do processo ou colhidas na ausência das partes; c) obrigação do juiz que determina produção de provas de ofício de submetê-las ao contraditório das partes, participando na sua produção e possibilitando a contraprova¹⁹².

Nas palavras de Scarance Fernandes, “o processo não é só procedimento e contraditório; é procedimento, contraditório e participação. A idéia de contraditório efetiva-se mediante a participação das partes e do juiz”¹⁹³.

Sendo colhida a prova pelo juiz, portanto, a participação e intervenção das partes devem ser prévias¹⁹⁴, o que não significa a “obrigatoriedade de sua presença em todo ato de qualquer tipo de processo, mas de colocá-la ‘em condições de

¹⁸⁸ SOUZA, O ativismo..., p. 448.

¹⁸⁹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973. p. 79 *apud* ZILLI, **A iniciativa...**, p. 166.

¹⁹⁰ FERNANDES, *op cit.*, p. 61.

¹⁹¹ Em posição contrária, Pacelli de Oliveira afirma que o contraditório limita-se à exigência de participação, enquanto a ampla defesa estende o imperativo para a necessidade de “*realização efetiva*” dessa participação (OLIVEIRA, **Curso...**, p. 40).

¹⁹² GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, **As nulidades...**, p. 123.

¹⁹³ FERNANDES, **Processo...**, p. 44.

¹⁹⁴ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, *op cit.*, p. 125.

participar”¹⁹⁵. Por exemplo, em caso de determinação pelo juiz de produção de prova pericial, deve ser assegurada às partes a apresentação de quesitos.¹⁹⁶ Nas palavras de Grinover:

(...) a garantia não significa apenas que a parte possa defender-se contra as provas apresentadas contra si, exigindo-se, ainda, que seja colocada em condições de participar, assistindo às que forem colhidas de ofício pelo juiz, é que tudo quanto for utilizado sem prévia intervenção e participação das partes acaba sendo conduzido a conhecimento privado do juiz¹⁹⁷.

O respeito aos preceitos constitucionais do devido processo legal são não somente preocupação da parte, mas de toda a sociedade, visto que redundam no exercício correto da jurisdição, interesse público.

Da idéia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusivista de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do “devido processo legal” como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc. constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa¹⁹⁸.

Portanto, para que não sejam violados princípios e direitos subjetivos do acusado vigentes na Constituição, como o *in dubio pro reo*, a iniciativa probatória do juiz penal, autorizada nos artigos antes referidos do Código de Processo Penal, deve ser tomada a fim de esclarecer os fatos nos limites em que foram trazidos pelas partes, mormente pela acusação, sempre possibilitando o contraditório e a defesa do réu sobre o que for obtido.

Desse modo, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, nesse momento focado no período anterior às reformas de 2008, o juiz pode ter iniciativa instrutória limitada, sempre submetida a prova produzida às partes em contraditório, o que cumpre com os fins de garantia da jurisdição, sem afetar-lhe a imparcialidade, uma vez que contribui para a dinâmica dialética do processo, integrante do princípio do devido processo legal.

¹⁹⁵ FERNANDES, *op cit.*, p. 79.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 88-89.

¹⁹⁷ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, *op cit.*, p. 125.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 24.

Grinover destaca que o processo penal é o âmbito em que se vê de forma mais clara a necessidade de limites à atividade instrutória, por lidar com a liberdade dos indivíduos, “e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade do acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas”. O rito probatório tem essa finalidade, é um limite para a instrução probatória como exigência ética a ser respeitada, garantia do indivíduo: “as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia”¹⁹⁹.

Como se vê, o Código de Processo Penal, com a configuração analisada neste capítulo, não logra esclarecer, por si só, a existência de limites à iniciativa instrutória do juiz, esses limites são percebidos fazendo-se uma leitura da Constituição, o que se torna ainda mais relevante se recordarmos a origem do Código de Processo Penal de 1941, que explicita em sua Exposição de Motivos referência ao Código Rocco e ideais contrários à atual ordem constitucional²⁰⁰.

¹⁹⁹ GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, **As nulidades...**, p. 130.

²⁰⁰ “Não se pode continuar a contemporizar pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social” (BRASIL. **Código Penal, processo penal e Constituição Federal**: Decreto-lei nº 3.689, de 3-10-1941. Colaboração: Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008).

II – OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ PENAL E AS REFORMAS DE 2008 E DO ANTEPROJETO 156

Como visto, os poderes instrutórios do juiz penal, até 2008, constituíam-se através de previsão legal em diversos dispositivos do Código de Processo Penal, limitado, primordialmente, pelos princípios promulgados na Constituição Federal.

Observe-se que o Código de Processo Penal estava a essa altura bastante defasado, sendo necessária constante releitura de seus artigos para conformá-lo à ordem constitucional mais moderna, de 1988.

Ao longo dos anos, houve inúmeras reformas pontuais no Processo Penal brasileiro; a prática e a doutrina, contudo, exigiam modificações mais profundas. Com essa finalidade, foi criada, então, em 2000, uma Comissão de juristas, composta por Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria e Sidnei Beneti, e presidida por Ada Pellegrini Grinover. A Comissão de Reforma optou pela formulação de oito projetos, tendo em vista as dificuldades na aprovação de um Código novo²⁰¹.

O resultado do trabalho dessa Comissão resultou na promulgação de diversas leis, aqui em exame na primeira etapa deste capítulo as promulgadas a partir de 2008. Estas instituíram reformas profundas na conjuntura processual penal, em diferentes aspectos, como a instituição da resposta preliminar à acusação, modificações nos institutos da *mutatio libelli* e *emendatio libelli*, e na consideração de ilicitude das provas. O objetivo, contudo, será examinar apenas o que foi estabelecido em relação aos poderes instrutórios do juiz penal, em comparação com a situação anterior, vista no primeiro capítulo.

Apesar das inovações, muitas críticas foram feitas às reformas de 2008, mormente quanto ao fato de, novamente, imiscuírem-se na tarefa de uma reforma ampla e completa no Código, deixando de encará-lo verdadeiramente como um ordenamento, um complexo de normas com unidade. Nesse sentido: “Não me parece de boa técnica, como tantas vezes já destaquei, tais mudanças setoriais, que

²⁰¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MAHMOUD, Mohamad Ale Hassan. A reforma processual penal: precedentes do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 155-166, jul./set. 2009. p. 156.

acabaram por transformar o nosso pobre e envelhecido CPP numa verdadeira colcha de retalhos”²⁰².

A fim de concretizar uma reformulação global do processo penal, atualmente está em tramitação o Projeto de Lei do Senado nº 156, elaborado com base no Anteprojeto da seguinte Comissão: Hamilton Carvalhido (coordenador); Eugênio Pacelli de Oliveira (relator); Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar, Tito Souza do Amaral.

Desde 1961, foram elaborados diversos anteprojeto; porém, nenhum até o momento logrou a aprovação do Congresso Nacional. Criou-se uma grande expectativa em torno deste último, que, ao mesmo tempo em que é muito elogiado pela iniciativa de mudanças estruturais no processo penal, é também alvo de grande divergência doutrinária a respeito de suas disposições. Novamente, a fim de concretizar o objeto deste trabalho, limitaremos o estudo àquelas que dizem respeito essencialmente aos poderes probatórios do juiz.

1. As Reformas de 2008 e os Poderes Instrutórios do Juiz Penal

No que refere aos poderes instrutórios do juiz, mantida pelas reformas de 2008, Giacomolli reafirma sua crítica. Segundo o autor, as referidas reformas fragmentaram o processo penal, mas não romperam com “*a base epistemológica e política*” do código anterior, permanecendo a supremacia do *ius puniendi* sobre o direito de liberdade e a busca da verdade material, com a atuação *ex officio* do juiz, “*bases inquisitoriais ofuscantes da Constituição*”²⁰³.

O referido jurista afirma que a Lei 11.690/08 continuou o caminho inquisitorial do Código de Processo Penal, ao autorizar o magistrado a determinar a produção de provas independentemente de pedido das partes na nova redação do artigo

²⁰² HAMILTON, Sérgio Demoro. Visão crítica das modificações na legislação processual penal brasileira: os procedimentos. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 30, p. 88-103, jun./jul. 2009. p. 89.

²⁰³ GIACOMOLLI, **Reformas...**, p. 1

156²⁰⁴: “É das partes o encargo de propor os meios de prova e da metodologia probatória. Porém, em razão da presunção de inocência, é da acusação a carga da persuasão da prova, de convencer o julgador da culpabilidade do acusado”²⁰⁵. Desse modo, o sistema acusatório constitucional (art. 129, I, CF) só permitiria a atuação de ofício do juiz como garantidor das liberdades do acusado, ou seja, para garantir os direitos deste²⁰⁶.

A função do juiz no processo é analisar a admissibilidade dos meios de prova e da metodologia probatória, avaliando o que for produzido nos autos. No momento em que o magistrado ordena a produção antecipada de provas, antes do início da ação processual penal, mesmo quando urgentes e relevantes (art. 156, I, CPP), ou quando determina diligências, no curso da instrução, para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II, CPP) está atuando como parte, exercendo uma atividade que não é sua²⁰⁷.

O inciso I do referido artigo foge ao objeto deste trabalho, tendo em vista que não trata propriamente de atividade instrutória do juiz, uma vez que dispõe sobre a fase investigatória, em que não há, efetivamente, ação penal.

Sobre o segundo inciso, que manteve a redação do parágrafo único do mesmo artigo antes de ser reformado, o autor assevera não ter cabimento no processo acusatório, já que, em caso de dúvida sobre ponto relevante, deve ser aplicado o princípio *in dubio pro reo* para absolver o acusado, e determinar diligências seria produzir prova pra acusação, já que qualquer dúvida vem em benefício do réu, mesmo sobre excludentes de ilicitude e punibilidade invocadas por ele, pois, se existem dúvidas, há condição suficiente para que não seja provida a ação criminal. Com isso, somente seria possível a determinação de diligências pra proteger *status libertatis* do acusado²⁰⁸.

O autor argumenta que ao juiz não compete provar nem contraprovar, apenas julgar com o que consta nos autos; não poderia sequer fazer perguntas a

²⁰⁴ Art. 156. “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (BRASIL Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 24 mar. 2010).

²⁰⁵ GIACOMOLLI, **Reformas...**, p. 29.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 35.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 35-36.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 35-36.

testemunhas, réu ou ofendido, nem supletivamente nem subsidiariamente, pois seria interferir no encargo das partes de produção da prova. Só se admitiria atuação de ofício em favor do acusado para evitar condenação injusta, em razão dos direitos fundamentais e do direito à defesa²⁰⁹.

Contudo, seguindo-se a ideia do autor, mesmo nesse caso a iniciativa instrutória do juiz seria desnecessária, pois se houvesse qualquer dúvida a respeito da inocência do acusado, levando o magistrado a determinar prova para comprovar a inocência do réu, haveria dúvida razoável a ensejar sua absolvição por falta de provas.

Mauro Fonseca de Andrade critica essa posição de Giacomolli, considerando-a contraditória em relação à afirmação anterior acerca da atividade do juiz não comportar a produção de prova, e defende a compatibilidade do sistema acusatório com a iniciativa instrutória do juiz não atrelada ao favorecimento do réu (a vinculação do benefício ao acusado estaria, na realidade, mais associada historicamente ao sistema inquisitivo), como já explicado no primeiro capítulo deste trabalho²¹⁰.

Revisando os argumentos da doutrina contrária à iniciativa instrutória do juiz penal após a reforma da Lei 11.690, o autor afirma não ter cabimento a invocação dos ensinamentos de Franco Cordeiro, no que se refere ao juiz paranoico (inquisidor), uma vez que o próprio jurista já afirmou sua conformidade com a produção de prova *ex officio* pelo juiz durante o processo judicial, não consistindo em uma descaracterização do sistema acusatório²¹¹.

Andrade, ainda, afasta a violação ao princípio da igualdade de armas (para o autor inexistente em nosso sistema em razão da vigência do princípio do *favor rei*) ou ao contraditório, visto que a iniciativa probatória do juiz não impede o acesso das partes ao que for produzido de ofício, descaracterizando a prévia vinculação do julgador que instrui o processo na fase judicial com a acusação. Além disso, assevera não haver qualquer contrariedade ao princípio *in dubio pro reo*, uma vez que, conforme a doutrina de José da Costa Pimenta, somente poderia ser invocado

²⁰⁹ GIACOMOLLI, **Reformas...**, p. 37.

²¹⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. A atividade probatória *Ex Officio Judicis* na recente reforma processual penal. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, n. 3, p. 49-75, jan. 2009. p. 68-69.

²¹¹ *Ibidem*, p. 61.

depois de ter o magistrado diligenciado oficiosamente para afastar a dúvida remanescente²¹².

Ainda sobre o artigo 156, II do Código de Processo Penal, na redação conferida pela Lei 11.690/08, Pacelli de Oliveira afirma a Constituição Federal como limitador da liberdade instituída pelo artigo reformado:

Nesse ponto, o sistema acusatório *imposto* pela Constituição Federal de 1988, no qual foram delimitadas as funções do juiz e as atribuições do Ministério Público, deverá funcionar como um redutor e/ou controlador da aplicação do mencionado dispositivo, em face da *imparcialidade* que deve nortear a atuação judicial²¹³.

Na citação, imparcialidade entendida não somente como causas externas que possam influir no ânimo do juiz (causas de impedimento, suspeição ou incompatibilidade), mas quanto à “*atuação concreta do juiz na causa*”²¹⁴. Melhor explicando:

O juiz não poderá *desigualar* as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais²¹⁵.

O autor diferencia iniciativa instrutória de iniciativa acusatória do juiz. A iniciativa acusatória consiste no fato de que o juiz “*empreenda atividade probatória de iniciativa da acusação*”, e quando essa atividade for substitutiva ou supletiva da imposta como ônus processual ao Ministério Público. Como exemplo, invoca o artigo 564, inciso III, alínea “b” do Código de Processo Penal, que exige exame de corpo de delito pra crimes que deixam vestígios: caso o Ministério Público não peça a produção dessa prova, o juiz não poderia fazê-lo com fundamento na verdade real, pois estaria substituindo o *Parquet* em atividade tipicamente acusatória.

Contudo, segundo o autor, esse raciocínio não se aplica para a defesa. Em caso de provas por ela não requeridas, o juiz poderia produzir de ofício, sempre que houver a possibilidade de inocentar o réu. O autor afirma que não constituiria em violação ao princípio da igualdade de armas, pois a igualdade exigida é material, não formal, e o Estado agiria em posição de “*superioridade de forças*”, pois é responsável pela investigação, persecução em juízo e pela decisão²¹⁶.

²¹² ANDRADE, A atividade..., p. 63-65, 67.

²¹³ OLIVEIRA, **Curso...**, p. 325-326.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 326.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 326.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 326-327.

No entanto, encontramos dificuldades em considerar que o juiz saberá, sempre de antemão, se a prova que pretende produzir de ofício serviria melhor à defesa ou à condenação. E, em caso de engano, ou seja, se o juiz determinou *ex officio* a produção de uma prova acreditando que estaria colaborando para a prova da inocência do acusado, e ao final comprovou-se o contrário, questiona-se se tal prova deveria ser desconsiderada, ainda que produzida regularmente no processo.

Por outro lado, Pacelli de Oliveira esclarece que a iniciativa instrutória do juiz, somente para dirimir dúvida sobre ponto relevante, é adequada, mas restrita à prova já produzida no processo:

Por *dúvida*, que deve se dirigir ao questionamento acerca da qualidade ou da idoneidade da prova, não se pode entender a *ausência* dela (prova), como ocorreria no exemplo anterior (...). No campo probatório, ela ocorreria a partir de possíveis conclusões diversas acerca do material probatório então produzido, e não sobre o *não produzido*. Assim, é de se admitir a dúvida do juiz apenas sobre *prova produzida*, e não sobre insuficiência ou a ausência da atividade persecutória²¹⁷.

Em outras palavras, como já argumentado no capítulo anterior, a iniciativa instrutória do juiz não deve servir para a produção de provas sobre qualquer alegação das partes, mas para esclarecer dúvida sobre aquilo que foi efetivamente introduzido por elas no processo.

Contudo, em razão do princípio da ampla defesa, que deve ser efetiva e não somente oportunizada, bem como para observância do princípio da igualdade de armas, para muitos seria cabível a produção de provas pelo juiz de ofício a fim de comprovar a inocência do réu, permanecendo, entretanto, a dificuldade (já mencionada) sobre a capacidade de previsão da prova que beneficiará o acusado ou não.

O art. 212²¹⁸ também foi alterado pela Lei 11.690/08, pondo fim ao sistema presidencialista²¹⁹ antes vigente para a tomada de depoimentos, o que, para muitos

²¹⁷ OLIVEIRA, **Curso...**, p. 327.

²¹⁸ Art. 212. “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição” (BRASIL **Lei nº 11.690...**).

²¹⁹ Cumpre ressaltar que, apesar de prevalecer o entendimento de ter a reforma adotado o *cross examination*, há setores da doutrina que o negam (MOURA; MAHMOUD, A reforma..., p. 159).

significou o afastamento do juiz da gestão da prova²²⁰, uma vez que a técnica do *cross examination* está naturalmente associada ao sistema adversarial, como meio de instrumento para a busca da verdade, obtida (de acordo com os sistemas de *Common Law*) mais através do confronto dialético das teses das partes do que pela reconstrução judicial dos fatos²²¹.

Entretanto, o parágrafo único do artigo autoriza o magistrado a fazer perguntas aos depoentes após as partes. Para Giacomolli, não deveria conter essa autorização, pois “Mesmo sendo o julgador o destinatário da prova, cabe às partes perguntar o que interessa ao direcionamento do convencimento que desejarem, num jogo dialético entre elas, próprio de um modelo acusatório de processo penal”²²².

Cumprido destacar que reforma não incluiu como novidade a possibilidade de o juiz questionar as testemunhas. No sistema anterior, o magistrado perguntava primeiro, depois as partes dirigiam suas perguntas a ele (primeiro a parte que arrolou a testemunha, depois a parte contrária). Agora as partes questionam diretamente a testemunha, sob a fiscalização do juiz, e depois, supletivamente, o juiz faz as suas perguntas²²³.

Com isso, a nova redação parece limitar as perguntas do juiz ao que, perguntado pelas partes, não ficou suficientemente claro, ou seja, parece restringir a produção da prova pelo juiz ao âmbito do que já foi demonstrado pelas partes, o que, no aspecto de produção de prova de ofício pelo juiz, nos parece mais adequado, conforme a exposição no capítulo anterior, uma vez que o magistrado irá apenas complementar a instrução probatória a cargo das partes.

Mesmo Giacomolli, fortemente contrário aos poderes instrutórios do juiz penal, afirma que aqueles que admitem atuação do magistrado devem interpretar o artigo restritivamente, para que a intervenção do julgador seja supletiva à atuação das partes, ou seja, somente sobre pontos não esclarecidos e dentro da matéria levantada pelas partes (pontos que não foram abordados pelas partes não devem ser questionados pelo juiz)²²⁴.

²²⁰ BAUM, Adler. O sistema presidencial no processo penal e as implicações da Lei nº 11.690/2008. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 10, n. 58, p. 209-212, out./nov. 2010. p. 209.

²²¹ MALAN, **Direito...**, p. 25, 43, 50-51.

²²² GIACOMOLLI, **Reformas...**, p. 57.

²²³ *Ibidem*, p. 71.

²²⁴ *Ibidem*, p. 57.

Acerca da aplicação do artigo 212 reformado, cumpre referir que as mais recentes decisões do STJ têm negado a anulação da audiência realizada em desobediência ao preceito legal. Exemplificativamente, o acórdão da 6ª Turma no *Habeas Corpus* nº 121.215/DF, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, vencida, com Relatoria para o Acórdão do Ministro Fernandes, julgado em 01/12/2009, publicado em 22/02/2010, com a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. LEI Nº 11.690/08. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. NULIDADE. NOCORRÊNCIA.

1. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado *cross-examination*, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.

2. A nova lei objetivou não somente simplificar a colheita de provas, mas procurou, principalmente, garantir mais neutralidade ao magistrado e conferir maiores responsabilidades aos sujeitos parciais do processo penal, que são, na realidade, os grandes interessados na produção da prova.

3. No caso, observa-se que o juiz de primeiro grau concedeu às partes a oportunidade de questionar as testemunhas diretamente. A ausência dessa fórmula gera nulidade absoluta do ato, pois se cuida de regramento jurídico cogente e de interesse público.

4. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade de natureza relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes.

5. Não se pode olvidar, ainda, o disposto no art. 566 do CPP: "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

6. Habeas corpus denegado²²⁵ (grifo nosso).

²²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processo HC 121215/DF**. [Decisão do STJ (HC 121215/DF)] Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relator p/ Acórdão: Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, julgado em 01/12/2009, DJE 22/02/2010. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28HC+121215%29+E+%28%22Sexta+Turma%22%29.org.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28HC+121215%29+E+%28%22Sexta+Turma%22%29.org.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>)>. Acesso em: 12 jun. 2010.

Já a nova redação do artigo 404²²⁶ estabeleceu a possibilidade de o julgador produzir prova imprescindível antes da prolação da sentença, também criticado por Giacomolli, por considerar mantido o poder de gestão da prova nas mãos do julgador²²⁷.

Observa-se a necessidade da imprescindibilidade da prova para a autorização à iniciativa instrutória do juiz, deixando uma larga margem para a interpretação, em razão da indeterminação do conceito do termo “imprescindível”.

Foi mantido o controverso artigo 209, reafirmada sua aplicação na nova redação do art. 401²²⁸. Contudo, recentemente, a Sexta Turma do STJ determinou uma interpretação restritiva desse preceito legal. Em 18 de maio de 2010, a turma decidiu, unanimemente, no *Habeas Corpus* nº 143.889 de Relatoria do Ministro Nilson Naves, anular decisão de juiz que determinou a oitiva de testemunha quando nenhuma fora arrolada pelas partes, entendendo ser cabível a iniciativa instrutória do juiz nesse sentido apenas excepcionalmente, em caso de dúvida razoável acerca de fatos apurados na instrução, vedada a atuação judicial substitutiva à acusação, conforme a seguinte ementa:

Processo penal (natureza). Provas (produção). Iniciativa (juiz/Ministério Público). Magistrado (imparcialidade).

1. É acusatório, ou condenatório, o princípio informador do nosso processo penal, daí, então, ser vedado ao juiz o poder de investigação. Cabe à acusação a prova da culpabilidade do réu.

2. Incumbe ao juiz, é verdade, dirigir o processo, competindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento, não lhe sendo lícito, também é verdade, substituir a acusação. Permitido lhe é, isto sim, auxiliar a defesa, tal o eterno princípio da presunção de inocência: "ninguém será considerado culpado..."

3. Pode o juiz ouvir outras testemunhas (Cód. de Pr. Penal, art. 209), porém não o pode fazendo as vezes da acusação, substituindo-a, em caso, como este, em que não havia testemunhas a serem inquiridas, porque não havia testemunhas arroladas pelo Ministério Público (tampouco pela defesa).

4. São diferentes iniciativa probatória e iniciativa acusatória, aquela é lícita, claro é, ao juiz em atitude complementar – por exemplo,

²²⁶ “Art. 404. Ordenado diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais” (BRASIL Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 24 mar. 2010).

²²⁷ GIACOMOLLI, **Reformas...**, p. 61.

²²⁸ “Art. 401. Na instrução poderão ser inquiridas até 8 (oito) testemunhas arroladas pela acusação e 8 (oito) pela defesa. § 1º Nesse número não se compreendem as que não prestem compromisso e as referidas. § 2º A parte poderá desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, ressalvado o disposto no art. 209 deste Código” (*Ibidem*).

tratando-se de diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (atual art. 402).

5. Já a iniciativa acusatória – o desempenho das funções que competem a outrem – bate de frente com princípios outros, entre os quais o da imparcialidade do julgador, e o da presunção de inocência do réu, e o do contraditório, e o da isonomia.

6. Ordem concedida a fim de se anular o processo desde quando se determinou a inquirição. (HC 143889 – SP, 6ª T. Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 18/05/2010, publicado eletronicamente em 21/06/2010)²²⁹.

Já o artigo 538²³⁰ teve a redação modificada, não havendo a referência anterior à possibilidade de iniciativa instrutória do juiz em processo sumário. Entretanto, permanece aplicável a cláusula geral estabelecida no novo art. 156, II.

Desse modo, com exceção do art. 212, a respeito da inquirição de testemunhas, as demais mudanças produzidas pela reforma não tiveram grande repercussão sobre os poderes instrutórios do juiz. Persistem, portanto, pertinentes as observações feitas no capítulo anterior, destacando-se que, a fim de manter-se a separação das funções de acusar e julgar exigida pelo sistema acusatório adotado pela Constituição, a possibilidade de iniciativa instrutória do magistrado deve complementar aquilo que foi produzido pelas partes, e não substituir a atuação das mesmas, o que deve ser observado na aplicação do artigo 404, de redação bastante vaga conforme anteriormente exposto.

Nesse sentido, afirma Pacelli de Oliveira que o princípio da verdade real (não existente de fato, pois toda verdade judicial é processual) muitas vezes é manipulado para justificar a substituição do órgão acusador pelo juiz, em relação ao ônus probatório que compete àquele, o que pode ser afastado por meio de uma leitura constitucional do processo penal, afirmando a imparcialidade do juiz²³¹.

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. A iniciativa probatória do juiz deve limitar-se, então, ao esclarecimento de questões ou

²²⁹ BRASIL Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 143.889 – SP**. Acórdão do STJ 6ª Turma, julgado em 18/05/2010. Relator: Ministro Nilson Naves, publicado no DJ em 21/06/2010. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=963019&sReg=200901500593&sData=20100621&formato=PDF>. Acesso em: 24 jun. 2010.

²³⁰ “Art. 538. Nas infrações penais de menor potencial ofensivo, quando o juizado especial criminal encaminhar ao juízo comum as peças existentes para a adoção de outro procedimento, observar-se-á o procedimento sumário previsto neste Capítulo” (BRASIL, **Lei nº 11.719...**).

²³¹ OLIVEIRA, **Curso...**, p. 10.

pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos da nova redação do art. 156, II, do CPP, trazida pela Lei 11.690/08. Obviamente, não estamos sustentando o aprisionamento do juiz na investigação dos fatos, o que, à evidência, seria completo e rematado retrocesso. Mas vedar a atuação judicial *em substituição* ao Ministério Público não é outra coisa senão afirmar um modelo acusatório *igualitário*, ou tendente à realização do efetivo equilíbrio de forças na relação processual penal²³².

Por fim, destaca-se a modificação do artigo 257²³³, que reafirma a titularidade do Ministério Público para a propositura da ação penal, solidificando a adoção do sistema acusatório já prevista na Constituição Federal, através do seu artigo 129, inciso I.

Houve um aperfeiçoamento técnico da lei, no art. 257, I, ao acrescentar que ao MP compete privativamente promover a ação penal pública. Na redação anterior dizia-se, apenas, que o MP promoverá a ação penal pública (art. 257 do CPP). Cogita-se de correta adaptação da lei ordinária aos termos da CF (art. 129, I), que consagrou o sistema acusatório em nossa legislação²³⁴.

2. O Anteprojeto e os Poderes Instrutórios do Juiz Penal

Ainda que as recentes reformas processuais tenham implicado uma modernização do processo penal, no sentido de buscar a sua adequação à Constituição Federal, há muito era sentida a necessidade de promulgação de um novo Código de Processo Penal, de forma que suas disposições tenham unidade.

O texto de 1941 parece chegar ao esgotamento, pois nem bem entrava em vigor a reforma pontual promovida pelas Leis nº s 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008 e já se anunciava a formação de uma comissão de notáveis juristas para confecção de um novo Código de Processo Penal, adequado aos novos tempos, especialmente aos 20 anos de nova ordem constitucional estável, inaugurada desde a redemocratização, nos anos 80, do século XX²³⁵.

Ao contrário da justificativa, no Requerimento nº 227 de 2008, a qual argumentou a elaboração de um novo Código de Processo Penal com vistas à

²³² OLIVEIRA, **Curso...**, p. 10.

²³³ “Art. 257. Ao Ministério Público cabe: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e II - fiscalizar a execução da lei” (BRASIL, **Lei nº 11.719...**).

²³⁴ HAMILTON, **Visão (...) os procedimentos...**, p. 90.

²³⁵ MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. A reforma processual penal de 2008: um ponto de avanço e um ponto de recuo à luz da ampla defesa e do contraditório. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 10, n. 59, p. 74-83, dez. 2009/jan. 2010. p. 74.

celeridade e à efetividade da aplicação da lei penal²³⁶, a exposição de motivos do Anteprojeto revela justamente a intenção de ajustar o processo penal aos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, afirmando o atraso do Código anterior, tanto em relação ao acusado quanto à vítima e às testemunhas, dando-lhes maior segurança ao prestar depoimento. Afirma ainda o garantismo como exigência de um processo penal fundado em conhecimento, para que a decisão judicial não configure um ato de autoridade:

O *garantismo*, quando conseqüente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado. De modo geral, o processo judicial pretende viabilizar a aplicação de uma norma de Direito, necessária à solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados. Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em *conhecimento* – o mais amplo possível – de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade²³⁷.

Agora mais afinada à justificativa, a exposição de motivos aponta a inexistência de necessário conflito entre celeridade e garantias individuais, sendo necessário conciliá-las com efetividade e rapidez da prestação jurisdicional, que não deixam de ser, por sua vez, também direitos fundamentais como se pode extrair do Art. 5º, inciso LXXVIII²³⁸ da Constituição.

É o que se revela no artigo 5º do Anteprojeto²³⁹, fixando como vetor interpretativo a proibição de excesso, a máxima proteção dos direitos fundamentais e a efetividade da tutela penal. Conforme Antônio Henrique Graciano Suxberger:

(...) são vetores interpretativos indissociáveis, cuja aplicação nos casos concretos não ensejarão juízos de predileção ou predominância de um em favor de outro de modo absoluto. Essa máxima proteção dos direitos fundamentais só é possível se assegurar a efetividade da tutela penal; a tutela penal só será efetiva se observar a necessária proteção dos direitos fundamentais²⁴⁰.

²³⁶ Ainda que não conste no Requerimento nº 227, o seu relator, Renato Casagrande, em outro escrito, reconheceu a necessidade de um novo Código de Processo Penal também em função da necessidade de ajustamento à Constituição Federal de 1988 (CASAGRANDE, Renato. A urgência de um novo Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 189-192, jul./set. 2009. p. 189).

²³⁷ Exposição de motivos (BRASIL, **Anteprojeto...**).

²³⁸ Art. 5º. (...): “LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, **Constituição...**).

²³⁹ “Art. 5º. A interpretação das leis processuais penais orientar-se-á pela proibição de excesso, privilegiando a máxima proteção dos direitos fundamentais, considerada, ainda, a efetividade da tutela penal” (BRASIL, **Anteprojeto...**, *op cit.*, p. 31).

²⁴⁰ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. O regime jurídico do interrogatório no Projeto do Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 21-34, jul./set. 2009. p. 25.

Nessa perspectiva, o Anteprojeto traz logo em seu primeiro título dispositivos acerca dos direitos fundamentais a serem respeitados em todo o processo penal, afirmando, no art. 4º²⁴¹, a adoção do sistema acusatório.

A importância da referência no próprio Código aos direitos fundamentais vem em razão da sistematização que isso lhe confere, bem como da especificação das balizas do processo penal que se pretende construir. Além disso, tais garantias dão o contorno do sistema acusatório que expressamente é adotado, em afinidade com o que temos defendido neste trabalho. Tais considerações são tecidas pela própria exposição de motivos do Anteprojeto:

A relevância da abertura do texto pela enumeração dos princípios fundamentais do Código não pode ser subestimada. Não só por questões associadas à ideia de *sistematização* do processo penal, mas, sobretudo, pela especificação dos balizamentos teóricos escolhidos, inteiramente incorporados nas tematizações levadas a cabo na Constituição da República de 1988.

Com efeito, a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional²⁴².

Quanto aos poderes instrutórios do juiz, importa primeiramente o referido art. 4º. Pela sua redação, pode-se afirmar que o sistema acusatório adotado pelo Anteprojeto não está atrelado ao poder de gestão da prova, que, em princípio, vedaria a concessão de poderes probatórios ao juiz, mas à proibição de o magistrado assumir atividades de acusação, tanto tomando iniciativas na fase de investigação²⁴³ (modificando a criticada permissão da reforma do art. 156, inciso I,

²⁴¹ “Art. 4º. O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, **Anteprojeto...**, p. 31).

²⁴² *Ibidem*, p. 17.

²⁴³ “(...) Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado. A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função jurisdicional. Esclareça-se que as cláusulas de reserva de jurisdição previstas na Constituição da República, a demandar ordem judicial para a expedição de mandado de prisão, para a interceptação telefônica ou para o afastamento da inviolabilidade do domicílio, não se posicionam ao lado da preservação da eficiência investigatória. Quando se defere ao juiz o poder para a autorização de semelhantes procedimentos, o que se pretende é tutelar as liberdades individuais e não a qualidade da investigação” (*Ibidem*, p. 17).

pela Lei 11.690/08) quanto substituindo a incumbência da acusação durante o processo penal posteriormente configurado.

Pelo entendimento de Coutinho, que atribui à gestão da prova o critério diferenciador entre os sistemas processuais penais, a afirmação da adoção do sistema acusatório no Anteprojeto mudará a perspectiva do Brasil de um sistema inquisitivo com elementos do sistema acusatório, para um sistema acusatório, reclamado pela Constituição de 1988, com elementos do sistema inquisitório em menor escala²⁴⁴.

De acordo com Mauro Fonseca de Andrade, autor adotado no primeiro capítulo deste trabalho para fins de definição dos sistemas processuais, o Anteprojeto, ao afirmar a vedação à iniciativa do juiz na investigação²⁴⁵, na realidade, não explica o princípio acusatório, uma vez que este está presente também no sistema misto, caracterizado pela existência de um juizado de instrução²⁴⁶.

Porém, o que parece mais relevante para os fins deste trabalho é observar a expressa compatibilidade entre a iniciativa probatória do juiz, na fase processual, portanto, com o sistema acusatório:

Assim, seja do ponto de vista da preservação do distanciamento do julgador, seja da perspectiva da consolidação institucional do *parquet*, não há razão alguma para permitir qualquer atuação substitutiva do órgão da acusação pelo juiz do processo. Não se optou pelo juiz inerte, de resto inexistente nos países de maior afinidade processual com o Brasil, casos específicos de Portugal, Itália, Espanha e Alemanha, e que também adotam modelos acusatórios, mas, sim, pelo fortalecimento das funções de investigação e, assim, das respectivas autoridades, e pela atribuição de responsabilidade processual ao Ministério Público. O que não significará, um mínimo que seja, o alheamento judicial dos interesses da aplicação da lei penal. Instaurado o processo, provocada a jurisdição, poderá o juiz, de ofício, adotar até mesmo medidas acautelatórias, quando destinadas a tutelar o regular exercício da função jurisdicional²⁴⁷.

Como se percebe, o Anteprojeto enfrentou a questão e posicionou-se explicitamente favorável aos poderes instrutórios do juiz penal não como medida de

²⁴⁴ COUTINHO, Sistema..., p. 112-113.

²⁴⁵ Observa-se que no art. 15, Incisos IX e X são permitidas iniciativas judiciais, contudo somente voltadas ao benefício do investigado (ANDRADE, Mauro Fonseca de. O sistema acusatório proposto no projeto de novo Codex penal adjetivo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009. p. 173).

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 172.

²⁴⁷ Exposição de motivos, Anteprojeto 156 (BRASIL, **Anteprojeto...**, p. 17-18).

busca à verdade real, mas como forma de tutela à efetividade da prestação jurisdicional, relacionados com os deveres do juiz (art. 53 do Anteprojeto²⁴⁸ similar ao antes mencionado art. 251 do Código vigente), reconhecendo constitucionalidade e compatibilização com o princípio acusatório, nitidamente considerado como a separação das funções de acusar e julgar.

O Anteprojeto reafirma a possibilidade de iniciativa instrutória do juiz em diversos artigos, como os artigos 162 e seu parágrafo único²⁴⁹; 175, §1º²⁵⁰; 202²⁵¹; 208, inciso III²⁵²; 265, §2º²⁵³ e 305, §2º²⁵⁴.

Com exceção do inciso III do artigo 208, com texto mais aberto, admitindo uma margem de interpretação ainda maior, pode-se perceber na redação de tais artigos clara referência à limitação do poder instrutório do juiz ao artigo 4º antes mencionado e ao material já apresentado pelas partes, em conformidade com a vedação à iniciativa instrutória do juiz substitutiva à acusação, destacando-se a manutenção do procedimento de audiência do art. 212 reformado, sendo cabível às partes iniciar as perguntas, somente posteriormente autorizada a formulação de perguntas pelo julgador.

²⁴⁸ “Art. 53. Ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos” (BRASIL, **Anteprojeto...**, p. 41).

²⁴⁹ “Art. 162. As provas serão propostas pelas partes. Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º” (*Ibidem*, p. 63).

²⁵⁰ “Art. 175. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

§1º Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição” (*Ibidem*, p. 64).

²⁵¹ “Art. 202. Em caso de lesões corporais, se o primeiro exame pericial tiver sido incompleto, proceder-se-á a exame complementar por determinação da autoridade policial ou judiciária, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da vítima ou do acusado, ou de seu defensor” (*Ibidem*, p. 69).

²⁵² “Art. 208. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte: (...)

III – a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados” (*Ibidem*, p. 70).

²⁵³ “Art. 265. Na audiência, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações da vítima, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (...)

§2º. O juiz arguirá os depoentes se, ao final da inquirição das partes, tiver dúvida relevante sobre elementar ou circunstância do fato imputado” (*Ibidem*, p. 81).

²⁵⁴ “Art. 305. Recebida a peça acusatória, o relator determinará a expedição de carta de ordem para a instrução do processo, que obedecerá, no que couber, ao previsto para o procedimento ordinário. (...)

§2º O relator, ou o tribunal, poderá, de ofício, determinar diligências para o esclarecimento de dúvidas sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4º” (*Ibidem*, p. 88).

Além do mais, não há dispositivo correspondente ao criticado artigo 209 do Código atual, tratado no capítulo anterior.

Quanto ao artigo 162 antes mencionado, cabe uma observação. O dispositivo possibilita a iniciativa instrutória do juiz “antes da sentença”, o que pode ser interpretado de duas formas: ou se entende cabível a produção de prova *ex officio* somente no momento anterior à sentença, ou se compreende que a possibilidade abrange todo o curso do processo, com limite final da prolação da sentença.

Antônio Magalhães Gomes Filho entende ter o Anteprojeto adotado a primeira interpretação, criticando a escolha como

(...) excessivamente radical, pois não é razoável imaginar um juiz que se mantenha expectador totalmente passivo diante da atividade probatória das partes, deixando de esclarecer, no próprio momento da produção, as dúvidas e omissões que possam surgir a respeito das provas²⁵⁵.

Respeitosamente divergimos do douto jurista, uma vez que admitimos que possa ser aferida do dispositivo a segunda interpretação, mormente em razão do estabelecido nos artigos 175, §1º, 208, inciso III e 265, §2º. Destaca-se ainda que tal entendimento é mais favorável para o exercício do contraditório e da ampla defesa, dando-se a conhecer às partes a prova produzida de ofício durante a instrução e não somente ao seu final.

Quanto ao interrogatório em juízo do acusado, ocorrem mudanças significativas. O Anteprojeto propõe duas fases, de acordo com os artigos 70 a 72.²⁵⁶ Na primeira etapa, o magistrado informa o acusado de seus direitos e procede à sua qualificação, tal como no procedimento atual, e questiona o acusado a fim de colher informações acerca de sua conduta social, com vistas à aplicação individual da pena. Na segunda etapa, acerca dos fatos, o acusado é questionado pelas partes

²⁵⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 35-45, jul./set. 2009. p. 37.

²⁵⁶ “Art. 70. No interrogatório realizado em juízo, caberá à autoridade judicial, depois de informar o acusado dos direitos previstos no art. 65, proceder à sua qualificação.
Parágrafo único. Na primeira parte do interrogatório, o juiz indagará ainda sobre as condições e oportunidades de desenvolvimento pessoal do acusado e outras informações que permitam avaliar a sua conduta social.
Art. 71. As perguntas relacionadas aos fatos serão formuladas diretamente pelas partes, concedida a palavra primeiro ao Ministério Público, depois à defesa.
Parágrafo único. O juiz não admitirá perguntas ofensivas ou que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem repetição de outra já respondida.
Art. 72. Ao término das indagações formuladas pelas partes, o juiz poderá complementar o interrogatório sobre pontos não esclarecidos, observando, ainda, o disposto no §3º do art. 66” (BRASIL, **Anteprojeto...**, p. 45).

(primeiramente pelo Ministério Público e depois pela defesa), sendo cabíveis perguntas complementares do juiz, sobre pontos não esclarecidos, os quais, conforme nosso entendimento, deve ser interpretado como aqueles que foram objeto de prova no curso do processo.

Observe-se que o interrogatório do acusado não deixou de ser visto como meio de defesa, qualidade que lhe foi atribuída após a reforma da lei 11.719/08, uma vez que é mantido como ato final da colheita de prova, possibilitando que o acusado manifeste-se, se assim quiser, sobre todo o material probatório colhido no processo.

Importante ressaltar ainda o art. 17²⁵⁷, que impede que o magistrado que atuar na fase de investigação como juiz de garantias, definida sua atuação nos artigos 15 e 16, seja competente posteriormente na fase processual propriamente dita, excetuadas as ações penais sobre infrações de menor potencial ofensivo (artigo 16, *caput*), bem como das ações penais originárias (artigo 302, inciso I).

A par das dificuldades técnicas de implantação de tal sistema de competências, o dispositivo busca assegurar maior imparcialidade ao julgador final, que fica bastante afastado da investigação do acusado, com exceção da decisão de eventuais questões pendentes (art. 16, §1º²⁵⁸). Conforme a exposição de motivos do Anteprojeto:

O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação²⁵⁹.

Essa separação é muito criticada por Andrade²⁶⁰, mas o dispositivo pode, ao menos, diminuir o peso da parcialidade alegada por aqueles que são contra a iniciativa instrutória do juiz penal. O juiz da fase processual inicia sua cognição com as duas partes à sua frente: acusação e defesa (a resposta à acusação estabelecida pela Lei 11.719/08, por meio da reforma do art. 396, é mantida pelo Anteprojeto no

²⁵⁷ “Art. 17. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo” (BRASIL, **Anteprojeto...**, p. 34).

²⁵⁸ “Art. 16. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal.

§1º Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo” (*Ibidem*, p. 33).

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 18.

²⁶⁰ ANDRADE, O sistema..., p. 179-182.

art. 261) o que dificulta a aferição de que o juiz que determina a produção de prova de ofício estaria aderindo à acusação.

Acerca da iniciativa instrutória do juiz assistencialista ao acusado, não parece haver posição definitiva do Anteprojeto. Andrade afirma que, pela redação do artigo 4º, anteriormente comentado, que veda a atuação substitutiva somente em relação à acusação, haveria a permissão implícita de atuação judicial nesse sentido em favor do réu, o que, segundo o autor, entra em conflito com a adoção de um sistema acusatório, em que somente se visualiza a atividade judicial em prol de qualquer das partes ou nenhuma atividade judicial (recordando que o autor reúne o sistema de *Common Law* no acusatório), sendo o juiz defensor característico historicamente do sistema inquisitivo, sem a preocupação com a preservação da imparcialidade do juiz²⁶¹.

Por outro lado, importante lembrar os argumentos expostos a favor do juiz defensor em razão da aplicação dos princípios da paridade de armas e da efetivação da igualdade material e do contraditório, relativizando o princípio da imparcialidade.

Barbosa Moreira, acerca da evolução sobre o direito processual civil e penal observa que, enquanto o processo civil partiu da inércia judicial para uma maior atuação de ofício do juiz, relativizando princípios como o da disponibilidade das partes em nome de uma publicização do processo civil (que passou a tratar de direitos públicos), o processo penal, em oposição, partiu de uma grande atividade judicial para uma tendência à passividade judicial, em razão da maior abrangência dada a princípios como o da imparcialidade do juiz.²⁶²

Como se pode perceber, esse foi o caminho seguido pelo Anteprojeto, dispondo de forma a restringir a atuação probatória de ofício em comparação com as permissões conferidas pelo Código atual. Entretanto, seguir esse caminho a ponto de eliminar de vez a iniciativa instrutória do juiz não nos parece a melhor alternativa, uma vez que se deve garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

Apona-se, nesse contexto, a contradição existente em afirmar que a iniciativa probatória ofende a imparcialidade do juiz no processo penal e aceitar o juiz ativo no processo civil sem essa reserva. Nas palavras de Arthur César de Souza:

A concepção de processo (seja ele civil ou penal) que o concebe como um instrumento do poder desenvolvido por uma relação

²⁶¹ ANDRADE, O sistema..., p. 174-176.

²⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e processo penal: mão e contramão? *In*: TEMAS de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 201-215. p. 209-210.

jurídica em contraditório, reclama um maior intercâmbio na condução probatória entre os sujeitos processuais, seja no processo civil como no processo penal²⁶³.

Mauro Fonseca de Andrade afirma que o motivo da diferença entre processo civil e penal no âmbito da iniciativa probatória do juiz dá-se em razão dos “traumas” produzidos pelo juiz inquisidor, sendo necessária sua superação para que o processo penal alcance maior nível técnico, motivo pelo qual o autor critica a posição do Anteprojeto em preocupar-se com a possibilidade ou não da iniciativa instrutória e, sendo possível a favor de quem, considerando a necessidade maior de uma definição dos limites de tal iniciativa e da adequação ou não de fixá-los em lei²⁶⁴.

Nesse sentido, não nos parece adequada a iniciativa instrutória ilimitada do juiz. Ainda que para alguns possa parecer excessivamente restrita a atividade instrutória do juiz nos parâmetros de complementação da prova da acusação, tal limite, em princípio, parece ser exigido pelo princípio da imparcialidade do juiz. Como alternativa à ampliação da atividade probatória judicial na apuração dos fatos, pode-se pensar na instrução e instrumentalização dos órgãos policiais, responsáveis pela investigação, o que é mais adequado também em razão do contato destes com o fato na hora em que ele ocorre, ou seja, estão temporalmente mais próximos ao fato e, por isso, têm mais facilidade pra encontrar substratos que esclareçam o ocorrido.

Nessa perspectiva, pela análise dos artigos que dispõem sobre a iniciativa instrutória do juiz penal, o Anteprojeto parece conduzir a interpretação de que esta deve possuir caráter complementar à atividade probatória da acusação, autorizada a atuação positiva do juiz em caso de dúvida acerca de elementos probatórios trazidos pela acusação. Interessante referir a sugestão de Gomes Filho, que propõe a exigência de motivação, como estímulo à imparcialidade, para a produção de prova de ofício pelo juiz²⁶⁵.

Contudo, cumpre ressaltar que, na prática, não é possível afirmar que a ideia dos formuladores do Anteprojeto será seguida. Em razão da adoção do princípio do livre convencimento do juiz, o tema da prova não se exaure em sua dimensão

²⁶³ SOUZA, **A parcialidade...**, p. 97-98.

²⁶⁴ ANDRADE, **O sistema...**, p. 179.

²⁶⁵ GOMES FILHO, **Princípios...**, p. 37.

jurídica. Tal princípio faz com que a valoração da prova se retire do âmbito das regras jurídicas no momento em que ela é atribuída ao juiz, e não ao legislador²⁶⁶.

*(...) diventa così evidente che il fenomeno della prova non può (o non può più) risolversi nelle norme che lo regolano. Più in generale, diventa impossibile definire ed analizzare compiutamente la prova collocandosi esclusivamente all'interno della dimensione giuridica del problema*²⁶⁷.

Desse modo, ainda que o Anteprojeto seja aprovado com tal redação, caberá ao juiz interpretar até que ponto a atividade instrutória do magistrado não será substitutiva à acusação (nos termos do artigo 4º) e não violará o sistema acusatório adotado. Em outras palavras, caberá à prática definir a real amplitude da iniciativa instrutória do juiz no processo penal, através da interpretação do resultado dessa atuação em relação aos limites legais e constitucionais impostos. Nesse sentido:

A maior ou menor participação do órgão jurisdicional no campo probatório decorre de cada situação fática, e segundo a necessidade de consagrar concretamente determinados valores fundamentais que servem de garantia ao processo penal²⁶⁸.

²⁶⁶ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**: nozioni generali. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992. v. 3, t. 2, sez. 1. Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo, continuato da Luigi Mongoni, p. 2.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 3.

²⁶⁸ SOUZA, **A parcialidade...**, p. 99.

CONCLUSÕES

O tema dos poderes instrutórios do juiz penal é cercado de divergências doutrinárias, refletidas não apenas no aspecto específico da atuação de ofício do juiz durante o processo penal na produção de prova, mas também nos seus elementos mais básicos, relativos aos conceitos de sistemas processuais e à identificação das garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição de 1988.

As recentes reformas processuais de 2008 e a perspectiva de um novo Código de Processo reacenderam a discussão, especialmente considerando o texto do Anteprojeto em tramitação no Congresso Nacional que expressa a opção política de adoção do sistema acusatório.

No entanto, remanesce a discussão acerca do conteúdo desse sistema. Neste trabalho, foi adotada a pesquisa de Mauro Fonseca de Andrade, que assevera ser acusatório aquele sistema processual que determina a separação entre julgador e acusador, bem como o início do processo através de acusação, deixando a possibilidade de atividade probatória judicial em aberto.

Foi restringida a necessidade de inércia judicial aos processos de sistema adversarial, o qual não se reflete na história brasileira nem na legislação. Nesse ponto, é importante lembrar a observação de Delmas-Marty no primeiro capítulo, de que a realidade dos países tem demonstrado a mistura de tendências acusatórias (adversariais na terminologia adotada neste trabalho) e inquisitivas (*inquisitorial system*), no sentido de não haver uniformidade na proibição de iniciativa instrutória do juiz, motivo pelo qual a distinção entre os dois sistemas deveria ser superada.

Dessa forma, conclui-se pela possibilidade de outorga de poderes probatórios ao juiz penal brasileiro, justificada ainda pelo princípio publicístico de processo, que enseja a participação do magistrado, juntamente com as partes e sem com elas confundir-se, a fim de efetivar a prestação de jurisdição, diante dos interesses públicos que constituem o processo penal (aplicação da lei penal e direito individual à liberdade), o que requer contraditório real na formação do convencimento do juiz.

Contudo, pondera-se a necessidade de limites a tal atuação, a fim de que o julgador não se subsuma à atividade probatória da acusação, de forma que a separação entre órgão julgador e acusador se torne meramente formal. Nesse ponto, relacionado com a necessidade de imparcialidade judicial, como garantia

constitucional, a vinculação da atividade instrutória do juiz ao esclarecimento de dúvida relevante acerca do material probatório trazido pelas partes parece adequada, relegando-se a limitação de tais poderes à interpretação no código atual, mesmo após as reformas pontuais de 2008, que não lograram esclarecer o tema (talvez mesmo em razão do seu aspecto fragmentado).

O Anteprojeto nº 156 enfrenta a questão e posiciona-se favoravelmente à produção de prova de ofício pelo juiz sobre a prova produzida, vedando somente a atuação substitutiva do juiz à acusação (art. 4º), o que novamente depende da interpretação dada a tal dispositivo, dessa vez porém com maior substrato legal.

Ainda que a determinação legislativa sobre o tema seja essencial, por outro lado, a fixação de parâmetros em lei para essa atuação do juiz não pode consistir em um engessamento excessivo da atuação judicial, em que as normas tornem-se facilmente ultrapassadas e inviabilizem o exercício de tal poder, o que já é prevenido no sistema do Código em análise pela cláusula geral contida no artigo 156; após a reforma, artigo 156, inciso II; e no Anteprojeto, artigo 162. A interpretação a ser dada a esses dispositivos, por sua vez, deverá guiar-se pelas garantias constitucionais do devido processo legal e pelo princípio acusatório.

De acordo com Gomes Filho, o procedimento probatório não está somente no âmbito jurídico, mas também no social, pois se destina preponderantemente a obter consenso da sociedade representada pela decisão, de forma que o magistrado atua no interesse de toda a sociedade e a ela deve prestar contas para que as conclusões obtidas através do procedimento probatório tenham validade. Por isso a atividade probatória não seria técnica e neutra, mas impregnada de elementos sociais e culturais, que variam no tempo²⁶⁹.

A forma como o direito é regulado representa o reflexo dos valores dominantes em determinado momento histórico. Sendo assim, as alterações políticas no tempo e a diversidade de ideologias em uma mesma época fazem com que haja diferentes tratamentos aos institutos processuais na evolução histórica e nos vários países. Em virtude disso, afirma-se que os conceitos dos institutos fundamentais do direito processual não são definitivos, mas relativos. Dependem, essencialmente, da predominância que se dê ao indivíduo em confronto com o Estado, ou, ao contrário, ao Estado em face do indivíduo. A concepção dominante no Estado condiciona o tratamento dispensado aos direitos e às garantias do indivíduo²⁷⁰.

²⁶⁹ GOMES FILHO, **Direito...**, p. 17-18.

²⁷⁰ FERNANDES, **Processo...**, p. 15.

Em outras palavras, a prova judiciária não se destina ao estabelecimento de uma verdade circunscrita ao processo, até porque este não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de solução de conflitos sociais; e, para que esta finalidade última seja alcançada, a produção do convencimento judicial deve obedecer a determinados padrões e rituais, através dos quais a coletividade possa reconhecer-se²⁷¹.

Nesse sentido, atualmente, para a sociedade reconhecer-se na prestação de jurisdição, é necessário o respeito às garantias fundamentais, sobretudo ao devido processo legal e à ordem constitucional. O legislativo tem dado seus primeiros passos nesse sentido através das reformas recentes e do Anteprojeto; restará, porém, aos juízes e tribunais concretizarem o novo processo penal constitucional.

²⁷¹ GOMES FILHO, **Direito...**, p. 18.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. A atividade probatória *Ex Officio Judicis* na recente reforma processual penal. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, Porto Alegre, n. 3, p. 49-75, jan. 2009.

ANDRADE, Mauro Fonseca de. O sistema acusatório proposto no projeto de novo Codex penal adjetivo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2009.

BAUM, Adler. O sistema presidencial no processo penal e as implicações da Lei nº 11.690/2008. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 10, n. 58, p. 209-212, out./nov. 2010.

BRASIL. **Anteprojeto [nº 156]**. Coordenador, Ministro Hamilton Carvalhido; relator, Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira. Brasília, DF: Senado, 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2010.

BRASIL. **Código Penal, processo penal e Constituição Federal**: Decreto-lei nº 3.689, de 3-10-1941. Colaboração: Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 41. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. (Coleção Saraiva de Legislação).

BRASIL Presidência da República, Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 24 mar. 2010.

BRASIL Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 24 mar. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Processo HC 121215/DF**. [Decisão do STJ (HC 121215/DF)] Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Relator p/ Acórdão: Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 01/12/2009, DJE 22/02/2010. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%28HC+121215%29+E+%28%22Sexta+Turma%22%29.org.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2#>>. Acesso em: 12 jun. 2010.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 143.889 – SP**. Acórdão do STJ 6ª Turma, julgado em 18/05/2010. Relator: Ministro Nilson Naves, publicado no DJ em 21/06/2010. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=963019&sReg=200901500593&sData=20100621&formato=PDF>. Acesso em: 24 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 1.570-2 União Federal**. [Decisão STF ADI 1570]. Relator: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 22-10-2004 PP-00004 Ement vol-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ vol-00192-03 PP-00838. [Brasília, DF], 12 fev. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385546>>. Acesso em: 12 jun. 2010.

BUENO, José Antônio Pimenta [Marquês de São Vicente]. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. 4. ed. anotada pelo Dr. Vicente Ferrer de Barros W. Araújo. Lisboa: Livraria Clássica Editora de A. M. Teixeira, 1910.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASAGRANDE, Renato. A urgência de um novo Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 189-192, jul./set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 30, n. 30, p. 163-198, 1998. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1892/1587>>. Acesso em: 6 jun. 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente marcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). **Processos penais da Europa**. Tradução: Fauzi Hassan Choukr com a colaboração de Ana Cláudia Ferigato Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Princípios gerais da prova no Projeto de Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 35-45, jul./set. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HAMILTON, Sérgio Demoro. Visão crítica das modificações na legislação processual penal brasileira: os procedimentos. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 30, p. 88-103, jun./jul. 2009.

JUNOY, Joan Picó I. **La imparcialidad judicial y sus garantías**: la abstención y recusación. Barcelona: José María Bosch, 1998.

KNIJNIK, Danilo. **A exceção de pré-executividade**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENEZES, Paulo de Tarso Duarte. A reforma processual penal de 2008: um ponto de avanço e um ponto de recuo à luz da ampla defesa e do contraditório. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 10, n. 59, p. 74-83, dez. 2009/jan. 2010.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. *In*: TEMAS de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 155-178.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo civil e processo penal: mão e contramão? *In*: TEMAS de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 201-215.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MAHMOUD, Mohamad Ale Hassan. A reforma processual penal: precedentes do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 155-166, jul./set. 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PIZZI, William T. The american "adversary system"? **West Virginia Law Review**, Morgantown, v. 100, p. 847-852, 1998. Disponível em: <http://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/west_virginia_article.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2010.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 3. ed. Campinas, SP: Millenium, 2005.

PUGLIATTI, Salvatore. **Esecuzione forzata e diritto sostanziale**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1935.

SOUZA, Arthur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 868, p. 429-452, fev. 2008.

SOUZA, Arthur César de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. O regime jurídico do interrogatório no Projeto do Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 21-34, jul./set. 2009.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridic**: nozioni generali. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992. v. 3, t. 2, sez. 1. Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo, continuato da Luigi Mongoni.

TUCCI, Rogério Lauria. **Jurisdição, ação e processo penal**. Belém: CEJUP, 1984.

VIEIRA, Helena Cunha. Poderes instrutórios do juiz no processo brasileiro. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, ano 21, v. 60, p. 313-332, mar.1994.

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

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**: esquematizado. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009.

BATISTI, Leonir. **Curso de direito processual penal**: v. 1. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL Presidência da República, Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei 11.900/2009**. Brasília, DF, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm>. Acesso em: 24 mar. 2010.

BRASIL Superior Tribunal de Justiça. Juiz pode ouvir testemunha que não foi citada pelas partes apenas em caso excepcional. **Notícia do STJ**, Brasília, DF, 21 maio 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97352>. Acesso em: 12 jun. 2010.

BRASIL. **Vade Mecum compacto**. Colaboração: Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. A mudança no tratamento do interrogatório. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 200, p. 19-20, jul. 2009.

FLORES, Marcelo Marcante; POTTER, Raccius. A motivação da decisão judicial: o mito da neutralidade e a influência dos discursos punitivistas no modo de pensar dos magistrados brasileiros. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 10, n. 59, p. 60-73, dez. 2009/jan. 2010.

GOMES, Marcus Alan de Melo. O Projeto de Lei do Código de Processo Penal: a escolha de um novo horizonte? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 209, p. 4-5, abr. 2010.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. O livre convencimento do juiz no projeto de Código de Processo Penal: primeiras anotações. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 200, p. 8-9, jul. 2009.

GRECO FILHO, Vicente; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A prova penal no contexto da dignidade da pessoa humana. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 99, p. 137-153, set. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os poderes do juiz penal na América Latina. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 379, p. 127-134, maio 2009.

HAMILTON, Sérgio Demoro. Visão crítica das modificações na legislação processual penal brasileira: a “prova”. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 29, p. 87-102, abr./maio 2009.

KNIJNIK, Danilo. Os *standarts* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do juiz: inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 141-153, jul./set. 2009.

MAYA, André Machado. O juiz das garantias no projeto de reforma do Código de Processo Penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 204, p. 6-7, nov. 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal. *In*: TEMAS de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 217-227.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do Código de Processo Penal: procedimentos. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 370, p. 101-124, ago. 2008.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Breve notícia sobre o Projeto de Lei do Senado Federal 156/2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 200, p. 4-5, jul. 2009.

NUNES, Adeildo. A reforma processual penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 28, p. 5-22, fev./mar. 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. O processo penal como dialética da incerteza. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 67-75, jul./set. 2009.

PRADO, Geraldo. Sobre o projeto de Código de Processo Penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 95-102, jul./set. 2009.

STRECK, Lênio Luiz. Novo Código de Processo Penal: o problema do sincretismo de sistemas (inquisitorial e acusatório). **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009.