

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

**Gabriela Pinto Alvares**

**O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E O ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE  
PROCESSO PENAL: DA CONCEPÇÃO DECLARADA À EVIDENCIADA.**

**Porto Alegre**

**2013GABRIELA PINTO ALVARES**

**O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E O ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE  
PROCESSO PENAL: DA CONCEPÇÃO DECLARADA À EVIDENCIADA.**

**Monografia apresentada ao Departamento de  
Ciências Penais da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
como requisito parcial para obtenção do grau  
de Bacharel.**

**Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen**

**Porto Alegre**

2013GABRIELA ALVARES

**O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E O ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE  
PROCESSO PENAL: DA CONCEPÇÃO DECLARADA À EVIDENCIADA.**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel.

Aprovada em 18 de Dezembro de 2013.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen  
Orientador

---

Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade

---

Professor Doutor Marcus Vinícius Aguiar Macedo

**AGRADECIMENTOS**

À minha mãe, que me inspira e motiva todos os dias. Ao meu pai, que, apesar não estar sempre perto fisicamente, tem um lugar reservado no meu coração. Ao meu namorado, Konrad, pela compreensão nos momentos difíceis e por sempre estar disposto a me ajudar.

Também à minha vó Zuleima e ao meu irmão Victor. Apesar de ter sido privada da companhia deles cedo demais, não há um dia que se passe em que eu não me lembre com carinho e sinta saudades.

**RESUMO**

O tema da iniciativa instutória do juiz no processo penal tem sido palco para inúmeros debates tanto no âmbito doutrinário quanto no jurisprudencial. A promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe novos aspectos para essa discussão, na medida em que, supostamente, incluiu ao texto supralegal características típicas do sistema acusatório. A reforma processual penal ocorrida no ano de 2008 fomentou essa disputa, porquanto aumentou as possibilidades de participação do julgador na instrução processual com a alteração dos dizeres do art. 156 – o que diversos autores consideram como característica do sistema inquisitivo, cuja implantação seria um retrocesso na opinião desses mesmos juristas. Outros doutrinadores, contudo, têm opinião distinta. Entre eles, destacam-se Ada Pellegrini Grinover e Mauro Fonseca Andrade, que sustentam que a presença de um juiz-ativo no processo não é incompatível com a Constituição. A primeira defende que a realidade processual penal brasileira condiz com o modelo de *inquisitorial system*, dentro do sistema acusatório. O segundo acredita que nosso sistema processual penal não se enquadra em nenhuma das classificações existentes, o que deve ser alterado por meio de uma reforma processual penal total. Mais do que demonstrar e comparar as opiniões aqui referidas, pretende-se, através de uma pesquisa jurisprudencial, expor de que maneira esses embates doutrinários se refletem na jurisprudência.

**Palavras-chave:** Sistemas processuais penais. Sistema acusatório. Sistema inquisitório. Sistema misto. *Acusatorial system*. *Inquisitorial system*. Gestão da prova. Atuação do juiz criminal. Iniciativa probatória. Poderes instrutórios do juiz. Art. 156. Código de Processo Penal.

## ZUSAMMENFASSUNG

Das der Richter am Strafprozess Initiative hat Beweise zu erhebung ist ein Thema verantwortlich für zahlreiche Debatten über ihre doktrinär und Jurisprudentiae Anwendungsbereiche. Die Verkündung der Bundesverfassung in 1988 fügte neue Aspekte in dieser Diskussion hinzu, denn angeblich wurde in das Grundgesetz typische Merkmale des kontradiktorischen Strafverfahrenstyp angenäht. In 2008 nach der Strafprozessreform wurde dieses Dialog erhöht, denn sie verstärkte die Möglichkeiten für eine Beteiligung des Richters in der Verfahrensanweisung mit der Änderung des Art. 156 - die viele Autoren charakteristisch für den inquisitorischen System gelten und sind deswegen der Meinung dass dieser Umsatz ein Rückschlag sein würde. Andere Juristen haben jedoch andere Meinungen. Unter ihnen haben wir Ada Pellegrini Grinover und Mauro Fonseca Andrade, die behaupten, dass die aktive Beteiligung eines Richters in dem Prozess nicht unvereinbar mit der Bundesverfassung ist. Der erste argumentiert, dass der brasilianische Strafverfahren zu das Modell des „*inquisitorial system*“ entspricht und innerhalb des akkusatorischen Strafverfahrenstyp ist. Der zweite Autor denkt, dass unser Strafprozessrecht keine Entsprechung in der bestehende Klassifizierung hat, deswegen spricht er als Lösung für eine tiefe Strafprozessreform. Diese Arbeit möchte nicht nur die unterschiedliche Ansichten zeigen, sondern auch ausstellen wie diese Konflikte die Entscheidungen und Urteile der Richter beeinflusst.

**Schlüsselwörter:** Strafverfahrenstyp, akkusatorischen Verfahren, inquisitorischen Verfahren, Verwaltung der Beweise, Leistung des Strafrichters, Initiative Beweise zu erheben, Beweiserhebung der Richter.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
<b>1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....</b>	<b>11</b>
1.1. OS SISTEMAS NA CONCEPÇÃO TRADICIONAL DA DOUTRINA.....	13
1.1.1. Sistema acusatório.....	13
1.1.2. Sistema inquisitivo.....	17
1.1.3. Sistema misto.....	20
1.2. A CONCEPÇÃO DA ESCOLA PAULISTA DE DIREITO PROCESSUAL.....	22
1.2.1. Sistema acusatório.....	23
1.2.1.1. <i>Adversarial system</i> .....	24
1.2.1.2. <i>Inquisitorial system</i> .....	25
1.2.2. Sistema inquisitivo.....	27
<b>2. O PODER DE GESTÃO DA PROVA PELO JULGADOR E O ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....</b>	<b>29</b>
2.1. O PODER DE GESTÃO DA PROVA PELO JUIZ.....	29
2.2. LIMITES AO PODER DE GESTÃO DA PROVA PELO JUIZ.....	38
2.2.1. O contraditório.....	40
2.2.2. A motivação das decisões.....	43
2.2.3. Proibição de provas ilícitas e ilegítimas.....	43
2.3. O ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	44
2.3.1. <i>Caput</i> .....	45
2.3.1. Inciso I.....	46
2.3.1. Inciso II.....	47
<b>3. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO ENTRE A CONCEPÇÃO DECLARADA E A EVIDENCIADA.....</b>	<b>49</b>
3.1. A CONCEPÇÃO DECLARADA.....	49
3.2. A CONCEPÇÃO EVIDENCIADA PELA JURISPRUDÊNCIA À LUZ DO ART. 156 DO CPP.....	50
3.2.1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	51
3.2.2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	52
3.2.3. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.....	57
3.2.4. Considerações a respeito do conceito de verdade real na doutrina.....	61
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>69</b>

## INTRODUÇÃO

Grande parte da doutrina considera que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, estabeleceu como sistema processual penal brasileiro, ao separar as funções de julgar e acusar, o acusatório. Esse modelo se caracterizaria, entre outras, não só pela clara distinção entre as atividades de acusar e julgar, como também pela iniciativa probatória das partes e pela manutenção do juiz como um terceiro imparcial, alheio à investigação e passivo no que se refere à coleta de provas tanto de defesa como de acusação.

Contudo, parte da doutrina entende que o Código de Processo Penal de 1941 (que, apesar das modificações sofridas ao longo do tempo, até hoje se encontra em vigor) não estaria completamente de acordo com esse sistema, uma vez que prevê a atribuição de poderes instrutórios ao juiz, como se aduz da leitura do artigo 156, incisos I e II<sup>1</sup>.

A respeito da inovação trazida pela CF de 1988, quando comparada à estrutura do CPP, aponta o doutrinador Eugênio Pacceli que, enquanto o Código pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais<sup>2</sup>, a começar pela afirmação “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII).

A partir daí, mostra-se uma aparente incompatibilidade entre a Constituição e o Código de Processo Penal. Para solucioná-la, muitos juristas afirmam que o sistema processual penal brasileiro seria misto, possuindo características tanto do sistema acusatório quanto do inquisitório.

A jurista Ada Pellegrini Grinover, integrante da Escola Paulista de Direito Processual, entretanto, adotou uma teoria segundo a qual não existe sistema misto, apenas inquisitivo e acusatório, sendo que esse último se dividiria em *inquisitorial system* e *acusatorial system*, ambos modelos de produção de prova.<sup>3</sup>

Dessa maneira, segundo a teoria de Grinover, hoje nosso sistema seria puramente acusatório, seguindo a orientação dada pela Constituição, o que não impediria a adoção do *inquisitorial system*, na medida em que ele também faz parte do mesmo sistema, e não do inquisitório.

A respeito dos modelos de produção de prova, ensina Pacceli Oliveira que toda questão relativa aos métodos de prova em processo penal passa, necessariamente, pelo exame da espécie do

---

1 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.

2 PACCELI OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 11

3 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Op. cit.*, passim.

modelo processual adotado, no que se refere à definição das funções interrogatórias e acusatórias, bem como da fixação e da distribuição dos ônus processuais às partes.<sup>4</sup>

Ainda, outros juristas, como Mauro Fonseca Andrade, possuem uma terceira visão, segundo a qual não há definição sobre o sistema processual brasileiro nem mesmo na Constituição, uma vez que os princípios e garantias nela elencados também estariam presentes no sistema inquisitório em determinados períodos da história.

**Tendo em vista a dificuldade da doutrina de chegar a um consenso (necessário, haja vista que a solução da lide no caso concreto requer uniformidade), este trabalho pretende, a partir de análise das decisões jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, comparar a solução dada ao caso por ela à realidade prática dos principais tribunais do país.**

**Assim, primeiramente discorrerei sobre os diferentes sistemas processuais penais a que a doutrina faz referência e, em seguida, dissertarei acerca do poder de gestão da prova pelo juiz, seus limites e o artigo 156 do CPP. Dessa maneira, pretendo verificar qual a opinião majoritária da doutrina sobre o tema.**

**Por fim, realizarei a pesquisa jurisprudencial, a partir de cujo resultado poderei aduzir se a concepção declarada e a evidenciada são iguais, e, caso não forem, quais suas similitudes e diferenças, sempre tendo em vista os princípios constitucionais que regem o processo penal brasileiro, com a finalidade de buscar melhorar a aplicação da justiça no caso concreto.**

---

4 PACCELI OLIVEIRA, Eugênio. *Op. cit.*, p. 332.

## 1. OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Conforme lecionado por Mauro Fonseca Andrade, para aprofundar-se no estudo dos sistemas processuais penais, é necessário, primeiramente, definir o significado da palavra sistema na ciência do Direito. Do grego, a palavra sistema se origina de *synítemi*, que significa estar junto de; já do latim, *systema, sistematis*, que se traduz por reunião. Deve-se, portanto, partir da definição do gênero – sistema jurídico – para então chegar à definição de sistema processual penal, que é uma de suas espécies<sup>5</sup>.

**Em seu livro Os Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores, o autor examina o significado da palavra sistema entre as culturas jurídicas mais próximas à nossa para, então, concluir que o conceito de sistema está ligado a algo amplo e complexo, que não pode ser composto apenas por um princípio, regra, elemento ou parte. Nesse mesmo sentido, Marcos Zilli explicita que:**

“(...) partindo de um exame quanto aos pontos de similitude entre várias relações, podemos agrupá-las, de acordo com determinados critérios, em espécies de bolsões que nada mais serão do que os sistemas.

Sistemas processuais penais são, pois, campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa. Funcionam como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias.”<sup>6</sup>

Haja vista que um sistema é composto por vários elementos, cumpre distinguir seus elementos fixos e variáveis. Os fixos compõe o núcleo duro do sistema jurídico, o que faz deles elementos sem os quais o próprio sistema não existiria, uma vez que são essenciais tanto para a sua existência como para diferenciação entre os sistemas que já existem. Os variáveis, de outro lado, têm como função permitir a mobilidade ou o funcionamento do sistema. Dessa maneira, não são essenciais, podendo estar ora presentes, ora ausentes, mas ajudam a regular a aplicação do sistema em determinado período.

Assim, Mauro conceitua os sistemas processuais penais como: “subsistemas jurídicos formados a partir da reunião, ordenada e unificada, de elementos fixos e variáveis de natureza processual penal”<sup>7</sup>.

---

5 ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Porto Alegre: Juruá, 2008, p. 28.

6 ZILLI, Marcos. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

7 ANDRADE. *Op. cit.*, p. 465.

É importante também destacar que os referidos sistemas estão sujeitos à mutabilidade, tanto por ação das mudanças histórico-culturais como devido ao fato de que cada autor apresenta a sua própria descrição de como é cada sistema. Quanto a essa variabilidade de autor para autor, deve-se ressaltar que tendem a descrever seus tipos ideais dos sistemas processuais penais conhecidos, o que é criticado por Weber, que aponta que esses conceitos ideais, na realidade, são irreais.

Ainda, é de suma importância compreender qual a função dos sistemas processuais penais, como aduz Mauro Fonseca Andrade:

“(…) seja qual for o sistema adotado por um país, seu processo sempre exercerá a função de promover a paz social, cuja perturbação está intrinsecamente ligada ao que o poder dominante entenda justamente por paz social.

(…) não se pode confundir a função exercida pelo processo penal com a função atribuída aos sistemas processuais penais. Enquanto ao processo cabe promover a paz social, **os sistemas processuais atuam como um instrumento fundamental de auxílio ao legislador, à hora de estabelecer a política criminal, em âmbito processual, que vigorará em seu país.**

(…)A função dos sistemas processuais penais é servir como um instrumento de auxílio ao legislador, à hora de estabelecer a política criminal em âmbito processual. **Eles são responsáveis por determinar o grau de eficiência da repressão criminal, o grau de imparcialidade do juiz e o grau de tecnicidade da persecução penal.**”<sup>8</sup>

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Aury Lopes Júnior entende que os sistemas processuais penais são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época. Assim, dentro de um contexto social e histórico de maior violência seria necessários criar instrumentos que buscassem freiá-la.<sup>9</sup>

É também o entendimento de J. Goldschmidt: “los principios de la política processual de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal em general.”<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> *Ibidem, passim.*

<sup>9</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106-107.

<sup>10</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935, p. 67.

Por conseguinte, pode-se perceber que os sistemas processuais penais nada mais são do que manifestações históricas de como o processo penal de um determinado período da humanidade foi regulamentado.<sup>11</sup>

## **1.1. OS SISTEMAS NA CONCEPÇÃO TRADICIONAL DA DOUTRINA**

De modo geral, a doutrina costuma separar o sistema processual inquisitório do modelo acusatório pela titularidade atribuída ao órgão de acusação. Inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa ou órgão, enquanto o acusatório seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas ou órgãos distintos.<sup>12</sup>

O sistema misto, por sua vez, reuniria características de ambos.

Cumprido, desde já, destacar que o que se pretende, ao melhor analisá-los abaixo, não é dar a razão a determinado autor, mas sim verificar quais os argumentos fazem com que a doutrina justifique a adoção de um ou outro sistema processual penal no Brasil para, em seguida, comparar os dados aqui colhidos à jurisprudência nacional.

### **1.1.1. Sistema acusatório**

É notória a dificuldade doutrinária para estabelecer os elementos integrantes de um sistema processual penal que se consubstancie ao rótulo acusatório. Todavia, os processualistas concordam no sentido de que a separação equilibrada de poderes exercidos ao longo da persecução penal é o traço fundamental desse sistema. Porquanto há equilíbrio e divisão de poderes no processo, o órgão acusador não coincide com o julgador – fator considerado essencial para distinguir o sistema acusatório do inquisitório.<sup>13</sup>

---

11 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Op. cit.*, p. 340.

12 PACCELI OLIVEIRA, Eugênio. *Op. cit.*, p. 9.

13 ZILLI, Marcos. *Op. cit.*, p. 38.

A doutrina estabelece características variáveis para o sistema acusatório, porém, comumente, são comumente indicadas como características inerentes a esse sistema, entre outras:

- “1. A jurisdição penal é exercida, essencialmente, por tribunais populares, posicionando-se o julgador como um árbitro imparcial entre acusador e acusado;
2. A persecução penal é exercida por uma pessoa física que não possui qualquer vínculo com os órgãos oficiais de persecução;
3. O acusador é considerado como um sujeito de direitos estando, pois, em posição de igualdade frente ao acusado;
4. O procedimento desenvolve-se mediante um debate público, oral, contínuo e contraditório; (...)”<sup>14</sup>

Outra característica bastante relevante do sistema acusatório, e em que a doutrina parece ser uníssona, é o fato de que ele se funda no *princípio dispositivo*, segundo o qual a gestão da prova está nas mãos das partes, e o juiz, por consequência, é mero espectador.

Na opinião de Ada Pellegrini Grinover, graças ao Código Modelo de Processo Penal para Ibero-América, o modelo acusatório vem se propagando na América Latina (na qual, anteriormente, predominava o sistema inquisitório). Isso traz vantagens no sentido de que o processo penal seria, agora, aderente às garantias constitucionais e fiel às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos.<sup>15</sup> No mesmo sentido, Eugênio Pacceli de Oliveira sustenta que o sistema acusatório é “um dos pilares do sistema de garantias individuais postos pela Constituição de 1988.”<sup>16</sup>

Contudo, na visão do jurista, o caráter do Código de Processo Penal brasileiro é inquisitivo, em razão do que preceituam alguns de seus artigos, o que geraria dificuldades na estruturação de um modelo efetivamente acusatório.

Para ele, a iniciativa probatória do juiz deveria ser limitada ao esclarecimento de dúvidas surgidas a partir de provas produzidas pelas partes no processo (e somente no processo, nunca durante a fase de investigação), bem como a possibilidade de produção *ex*

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 38 *et. seq.*

<sup>15</sup> PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Op. cit.*, p. 15.

<sup>16</sup> PACCELI OLIVEIRA, Eugênio. *Op. cit.*, p. 12.

*officio* pelo magistrado deveria se restringir ao esclarecimento da prova já produzida (exceção feita à matéria defensiva, para a qual não deve haver limitação à atuação do juiz). Feitas essas considerações, o processo penal brasileiro pode ser qualificado como de natureza acusatória.

A respeito do mesmo tema, continua:

“Por certo que não se trata de um modelo *adversary*, ou *de partes*, tal como é o modelo estadunidense, em que o juiz se afasta completamente de quaisquer funções probatórias, limitando-se ao controle da legalidade na instrução judicial. (...) tal modelo parece-nos medieval, tomando como premissa legitimadora uma suposta igualdade de partes. Essa igualdade, ainda que abstratamente comprovada, não pode justificar uma decisão condenatória fundada em uma insuficiência da defesa.

Igualdade processual, abstrata ou concreta, justifica um processo de partes exclusivamente em matéria não-penal, no bojo do qual se discute a titularidade de direitos subjetivos. Em processo penal, jamais. De todo modo, e, sobretudo, a partir da possibilidade de participação do acusado e de seu defensor no ato do interrogatório, não vemos como não se reconhecer, ou não vemos porque abdicar de um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional.”<sup>17</sup>

Já Fauzi Hassan Choukr adota a posição de Miranda Coutinho, segundo o qual o “eixo distintivo entre o modelo acusatório de processo e o inquisitivo se dá na ‘gestão’ da prova”. Choukr entende que “o ativismo judicial no modelo acusatório está no papel dinâmico desempenhado pelo juiz no controle da ilicitude, legalidade e pertinência da prova, bem como na sua necessária valoração motivada quando do provimento.”<sup>18</sup>

Para Pacceli Oliveira, o fato de se atribuir uma reduzida margem de iniciativa probatória ao juiz no curso da ação não apontará o modelo processual penal adotado – ao contrário do que pensa, por exemplo, Aury Lopes Júnior, como veremos mais tarde. Isso porque o *juiz inerte*, como é a regra no denominado *sistema de partes* do direito norte-americano, normalmente classificado pela doutrina como modelo acusatório *puro*, encontra fundamentação em premissas e postulados valorativos absolutamente incompatíveis, não só com a nossa realidade atual, mas com a essência do processo penal – que repousa sobre a

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 11 *et seq.*

<sup>18</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal – Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 32

igualdade entre as partes. Não a igualdade material, na qual se examina as concretas possibilidades de exercício de direitos e faculdades, mas unicamente a igualdade formal – aquela segundo a qual todos são iguais perante a lei.

“O nosso modelo atual, cujo perfil se consolidou somente a partir da vigência da ordem constitucional instaurada em 1988, aproxima-se muito mais de um sistema de feição acusatória que de prevalência inquisitorial. Não era este, porém, o perfil traçado pelo Código de Processo Penal de 1941, em que se permitia a iniciativa acusatória ao próprio juiz, além de se reservar a este amplos poderes probatórios, inclusive como atividade substitutiva da atuação do Ministério Público. Entretanto, o sistema de garantias individuais instituído no art. 5º da CF, integrado ainda pelos diversos documentos internacionais afirmativos de direitos e apontadas garantias, caso do conhecido Pacto de São José da Costa Rica, permite um redimensionamento do modelo construído do Código de Processo Penal, em bases completamente distintas.”<sup>19</sup>

Por fim, Pacceli de Oliveira conclui afirmando que, em sistemas como o do juiz inerte, há que se conviver, em maior ou menor grau, com a possibilidade de condenação de alguém pela insuficiência defensiva, refutada, *a priori*, igual à atividade acusatória.

Sob outra perspectiva, o já citado jurista Mauro Fonseca de Andrade defende que, apesar de vários autores afirmarem que o sistema acusatório estaria formado por uma série de garantias, que o levariam a ser considerado como fomentador de um processo penal democrático (entre elas, a existência do tribunal do júri, o princípio da publicidade, o princípio do contraditório, o princípio da oralidade, o princípio da igualdade e a liberdade do acusado como regra), todas elas, reunidas ou separadamente, também já estiveram presentes nos sistemas misto e inquisitivo ao longo da história.<sup>20</sup>

Ainda, refere que essa posição doutrinária passa a impressão de que tais garantias ao acusado só passaram a existir, em âmbito nacional, a partir da Constituição de 1988. Entretanto aponta que:

“(…) a Constituição de 1967, em seu art. 153, abria o Capítulo IV, referente aos direitos e garantias individuais. E nele encontramos a presença do princípio da igualdade (§ 1º), a ampla defesa e possibilidade de recursos (§ 15), o princípio do

---

19 PACCELI OLIVEIRA, Eugênio. *Op. cit.*, p. 20.

20 ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Porto Alegre: Juruá, 2008, p. 455.

contraditório (§ 16) e previsão do tribunal do júri (§ 18). Esses mesmos direitos e garantias foram mantidos pela Emenda Constitucional I, de 17.10.1969, que sequer alterou o número dos parágrafos onde eles se encontravam anteriormente.

Ninguém nega que esses textos constitucionais estavam inseridos em um contexto não-democrático, pautados pelos mandos e desmandos de uma ditadura militar. Da mesma forma, não há que se esquecer que, antes de 1988, a doutrina nacional, quase de forma unânime, apontava o processo brasileiro como seguidor do sistema misto. Por isso, **o que queremos deixar claro é que essas garantias, presentes ontem e hoje em nossa Constituição, em nenhum momento se prestam a definir esse ou aquele sistema de processo penal.**<sup>21</sup> (grifei)

Sendo assim, na opinião do referido doutrinador, a história do processo penal nos permite verificar que não há qualquer relação entre adoção do regime democrático e o sistema acusatório, de maneira que não considera que esse seja um critério correto para defini-lo.

### 1.1.2. Sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo, também chamado de inquisitório, de outra sorte, caracteriza-se, em suma, pela concentração dos poderes processuais penais nas mãos de um único órgão. Perseguir, acusar e decidir são atividades exercidas por uma única pessoa que geralmente é referida por inquisidor.<sup>22</sup>

Esse modelo é formado por dois elementos fixos que são: o princípio inquisitivo (gestão da prova nas mãos do julgador, juiz-ator ou inquisidor), e o fato de que a abertura de seu processo pode ocorrer tanto através do oferecimento de uma acusação, como também através de uma *notitia criminis* ou mesmo de ofício.

De acordo com Mauro Fonseca Andrade, o inquisitivo:

“(…) é o sistema processual penal mais antigo entre os três conhecidos. Surgiu para salvaguardar os interesses persecutórios do poder central, ampliando o leque de opções para a abertura do processo repressivo, prescindindo da iniciativa popular. (…)

Durante o Império Romano, a Igreja Católica incorporou esse modelo de persecução penal a suas práticas processuais, voltando a utilizá-lo, na Idade Média, como instrumento de combate à heresia em terras europeias. Assim o foi porque a

---

21 *Ibidem*, p. 455 *et seq.*

22 ZILLI, Marcos. *Op. cit.*, p. 38.

atuação popular não era suficiente para frear a expansão de outras seitas e doutrinas religiosas distintas do cristianismo.

A prevalência do sistema inquisitivo se deu nas Idades Média e Moderna, em virtude das perseguições religiosas e políticas realizadas pela Igreja Católica em conjunto com o poder central de cada país. O início de sua decadência se deu com a Revolução Francesa, mas se consumou a partir de 1808, em razão da difusão do *Code d'Instruction Criminelle* francês em terras europeias e entre os países colonizados por Espanha e Portugal.”<sup>23</sup>

Segundo Aury Lopes Júnior, a substituição do sistema acusatório pelo inquisitório, ao longo do século XII até o XIV, foi fruto, basicamente, dos defeitos gerados pela inatividade das partes, levando à conclusão de que a perseguição criminal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, uma vez que isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência. Era uma função que deveria assumir o Estado e que deveria ser exercida conforme os limites da legalidade.<sup>24</sup>

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que, na opinião do jurista supracitado, era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado. O magistrado abandona a posição de árbitro imparcial e passa a atuar como inquisidor, exercendo também, desde o início, atividade de acusador. Assim, as atividades do juiz e acusador se confundiriam, e o acusado perderia a condição de sujeito processual, convertendo-se em mero objeto de investigação.

Frente a um fato típico, o julgador atuaria de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolheria – também de ofício – o material que viria a constituir seu convencimento. O processado passaria a ser a melhor fonte de conhecimento e, como se fosse uma testemunha, seria chamado a declarar a verdade sob pena de coação. O juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz.

---

23 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Op cit.*, p. 466 *et seq.*

24 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111.

“O juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga. Com relação ao procedimento, sói ser escrito, secreto e não contraditório. É da essência do sistema inquisitório um ‘desamor’ total pelo contraditório.”<sup>25</sup>

Não se pode, contudo, deixar de analisar o sistema inquisitório da Inquisição a partir do espaço e tempo em que se deu, considerando também o comportamento da Igreja Católica. Era um período de intolerância, derivada da “verdade absoluta’ de que ‘a humanidade foi criada na graça de Deus”.

Dada essa análise histórica e tendo-se também em vista que a separação dos sistemas é meramente ideal (como apontado por Mauro Fonseca Andrade), de maneira que, na prática, não existem sistemas puros, todos são mistos, Aury Lopes Júnior defende que se deve identificar o que chama de “princípio formador de cada sistema”, para, a partir daí, classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância. Como não pode haver um princípio misto, na essência, o sistema é sempre puro.

“Então, no que se refere aos sistemas, o ponto nevrálgico é a identificação de seu núcleo, ou seja, do princípio informador, pois é ele quem vai definir se o sistema é inquisitório ou acusatório, e não os elementos acessórios (oralidade, publicidade, separação das atividades, etc).”<sup>26</sup>

Nesse contexto, Aury sustenta que o sistema brasileiro tem núcleo inquisitório, ainda que com alguns “acessórios” que normalmente ajudam a vestir o sistema acusatório (mas que por si sós não o transformam em acusatório), porquanto dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156, incisos I e II, do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, pois, em sua opinião, representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo.

Como decorrência, esses artigos fulminariam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Dessa maneira, estaria desenhado um processo inquisitório.

---

25 *Ibidem*, p. 112.

26 *Ibidem*, p. 124.

Para o advogado, esse tema também estaria intimamente relacionado com a questão da verdade no processo penal. Segundo ele, no sistema inquisitório, nasce a (inalcançável e mitológica) verdade real, em que o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação ‘detentor da verdade de um crime’, e, portanto, submetido a um inquisidor que está autorizado a extraí-la a qualquer custo. Dessa forma, a lógica inquisitorial estava centrada na verdade absoluta e, nessa estrutura, a heresia era o maior perigo, pois atacava o núcleo fundante do sistema. A busca pela verdade real, então, autorizaria o ‘combate a qualquer custo’ da heresia e do herege, legitimando até mesmo a tortura e a crueldade nela empregadas.

Por fim, Aury Lopes Júnior entende que o processo penal brasileiro tem uma clara matriz inquisitória, e que isso deve ser severamente combatido, na medida em que não resiste à filtragem constitucional. Portanto, a estrutura do Código de Processo Penal de 1941 deve ser conformada à ordem constitucional vigente, cujos alicerces demarcam a adoção do sistema acusatório.<sup>27</sup> Essa seria uma imposição de conformidade das leis processuais penais à Constituição e, portanto, ao sistema acusatório.

Desta feita, compreendida a questão e respeitada a opção acusatória realizada pela Constituição, seriam substancialmente inconstitucionais todos os artigos do CPP que atribuem poderes instrutórios e/ou investigatórios ao juiz. Como vimos, essa opinião é bastante contrária à expressa por Mauro Fonseca Andrade.

Acompanhando a opinião de Aury Lopes Júnior, Fauzi Hassan Choukr entende que:

“A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-se secretamente, sendo que ‘a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação –, dado o seu domínio único e onnipotente do processo em qualquer das suas fases”<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>28</sup> CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. cit*,

E, na sequência, conclui que “o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz.”<sup>29</sup>

### 1.1.3. Sistema misto

Entre o sistema acusatório e o inquisitório existe um meio termo que a doutrina tradicional chama de sistema misto, inquisitório reformado ou napoleônico.

Segundo Marcos Zilli<sup>30</sup>:

“O descontentamento com as formas essencialmente inquisitórias, expresso durante o Iluminismo e posteriormente concretizado na legislação revolucionária francesa, traduziu uma mudança radical de rota na tentativa de se buscar, no sistema inglês, inspiração para mudanças da legislação processual penal até então predominante na Europa continental. (...) Na verdade, trata-se da subsistência no inquisitório que recebeu uma roupagem emprestada do acusatório.”

Alguns doutrinadores referem-se ao modelo brasileiro de sistema processual, no que se refere à definição da atuação do juiz criminal, como um sistema de natureza mista, isto é, com feições acusatórias e inquisitórias. Isso porque (a) o sistema inquisitório seria predominante na fase pré-processual e o acusatório, na processual, e (b) determinados poderes atribuídos aos juízes no CPP justificariam a adoção desse pelo sistema inquisitório, enquanto a Constituição Federal opta pelo modelo acusatório.<sup>31</sup>

A respeito do tema, Marco Antônio de Barros sustenta que:

“Campeia o debate doutrinário sobre ser o processo penal misto ou acusatório. Essa divisão é notória. (...)”

Sustentamos que o sistema vigente nada tem a ver com o procedimento penal ‘acusatório puro’. (...) Considere-se que na vigência do sistema a que se refere o

---

29 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. cit.*

30 ZILLI, Marcos. *Op. cit.*, p. 38.

31 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: RT, 2007, p. 130.

processo penal ‘acusatório puro’, o juiz não guardava vínculo algum com a colheita de provas, o que destoava em muito do sistema adotado pelo moderno processo penal brasileiro.

Portanto, a nosso ver, o sistema de persecução penal continua sendo misto. Inquisitivo na sua fase primária, depositando no inquérito policial seu principal instrumento de perquirição do fato ilícito, sendo o procedimento resguardado pelo sigilo das investigações, não afeito ao princípio do contraditório e cercado pela discricionariedade da autoridade policial que o presidir. Já na segunda fase, verifica-se o modelo acusatório que introduz o chamado ‘processo de partes’, atribuindo-se ao Ministério Público (ou ao querelante), ao advogado ou à Defensoria Pública o exercício de funções essenciais à Justiça.”<sup>32</sup>

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci afirma que:

“O sistema processual adotado, no Brasil, é o misto, também denominado de inquisito-acusatório, inquisitivo garantista ou acusatório mitigado.

Os princípios norteadores do sistema, advindos da Constituição Federal, possuem inspiração acusatória (ampla defesa, contraditório, publicidade, separação entre acusação e julgador, imparcialidade do juiz, presunção de inocência, etc). Porém, é patente que o corpo legislativo processual penal, estruturado pelo Código de Processo Penal e leis especiais, utilizado no dia-a-dia forense, instruindo feitos e produzindo soluções às causas, possui institutos advindos tanto do sistema acusatório quanto do sistema inquisitivo. Não há qualquer pureza na mescla dessas regras, emergindo daí o sistema misto. (...) O advento de um sistema acusatório puro, afastando-se completamente resquícios de trato inquisitivo, depende da edição de lei, pois somente os princípios constitucionais não são suficientes para comandar a instrução do feito, desde a ocorrência do crime até o trânsito em julgado da decisão condenatória.

O senso de realidade nos impulsiona a admitir como misto o nosso sistema, apontando-se, entretanto, as suas várias falhas, de modo a serem corrigidas pelo legislador.”<sup>33</sup>

Com opinião divergente, Aury Lopes Júnior sustenta que afirmar que o sistema brasileiro contemporâneo é misto é absolutamente insuficiente – um reducionismo ilusório – até porque, como já referido, não existem sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos.<sup>34</sup>

---

32 BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, passim.

33 NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

34 LOPES JR., Aury. *Op. cit.*, p.106.

Outrossim, no que se refere à fase investigativa, lembra que a definição de um sistema processual há de se liminar ao exame do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação. De outra parte, somente se a investigação fosse realizada diretamente perante o juízo (como ocorre no Juizado de Instrução francês, por exemplo) seria possível vislumbrar contaminação do sistema, e, sobretudo quando ao mesmo juiz da fase da investigação se reservasse a função de julgamento – o que não ocorre no Brasil.

## 1.2. A CONCEPÇÃO DA ESCOLA PAULISTA DE DIREITO PROCESSUAL

A posição da jurista Ada Pellegrini Grinover, integrante da Escola Paulista de Direito Processual, surge quase como um meio termo apaziguador em meio a esse debate doutrinário.

Segundo o artigo A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório, escrito por ela em 1999, há equívocos na concepção do que se deve entender por “processo acusatório” e “processo inquisitivo”. Isso basicamente porque tanto a doutrina quanto a jurisprudência parecem confundir o processo acusatório moderno com o *adversarial system* dos países anglo-saxônicos.

Um sistema acusatório pode adotar o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*, já que, de acordo com ela: “Acusatório-inquisitivo e *adversarial-inquisitorial* são categorias diversas, em que os termos devem ser utilizados corretamente.”<sup>35</sup>

### 1.2.1. Sistema acusatório

De acordo com a visão da eminente jurista, no modelo acusatório as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a órgãos distintos, enquanto, no inquisitivo, as funções estão reunidas e o inquisidor deve proceder espontaneamente, “onde aparece o sistema inquisitivo poderá haver investigação policial, ainda que dirigida por alguém chamado juiz, mas *nunca um verdadeiro processo*”.<sup>36</sup>

---

35 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Op. cit.*, p. 17

Desse conceito sintético a respeito do modelo acusatório decorrem diversos corolários, entre eles:

“a. Os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior);

b. O exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz;

c. Todo processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural.”<sup>37</sup>

Com base nisso, afirma que a iniciativa instrutória do juiz no processo penal nada tem a ver com o conceito de processo acusatório. O que tem a ver é o *adversarial system*, modelo de produção de provas que faz parte do sistema acusatório e se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas.

Na verdade, o sistema acusatório apresenta dois modelos de produção de provas que afetam diretamente a participação do juiz ao longo do processo. São eles o *adversarial system* (“juiz passivo”) e o *inquisitorial system* (“juiz ativo”).

Ou seja, a dicotomia *inquisitorial* e *adversarial*, largamente difundida entre os membros da família anglo-saxônica, leva em consideração, como critério distintivo, a preponderante atuação do juiz no desenvolvimento da marcha do processo penal (característica primordial do primeiro) e o envolvimento prevalente das partes processuais (crucial no segundo).

Na visão de Mauro Fonseca Andrade: “A definição sobre qual deles irá reger o processo acusatório de cada país depende, exclusivamente, da forma como o legislador

---

36 *Ibidem*, p. 16

37 *Idem*.

encara a finalidade do processo penal. É a ele que cabe fazer refletir, na lei adjetiva penal de seu país, os valores e o pensamento da sociedade onde está inserido.”<sup>38</sup>

### ***1.2.1.1. Adversarial system***

Esse sistema, predominante em países de cultura anglo-saxônica, se caracteriza por tanto o processo como a produção probatória serem conduzidos pelas partes. Há, assim, de acordo com Mauro Fonseca Andrade, uma total adoção do modelo estruturado pelo sistema acusatório clássico e sistema acusatório dos países integrantes da *common law*, onde prevalece a passividade do órgão encarregado de julgar ao longo da fase probatória.

“Despreocupado com os reflexos que as decisões judiciais podem provocar junto à sociedade, o *adversarial system* segue o pensamento de que ideologia privatista e liberal deve também ser levada para dentro do processo penal.

(...) Onde a ideologia dominante é a de caráter liberal, há a adoção do *adversarial system*, pois ele deixa às partes a definição do conceito de justiça, em razão de caber a elas a delimitação do material probatório que será apresentado ao julgador. Assim, o juiz, válida e conscientemente, poderá fazer uso de um material defeituoso à hora de julgar, ou, então, estar submetido a um proposital acerto de vontades entre as partes, de modo a que decida da maneira como a elas melhor lhes aprouver.”<sup>39</sup>

Segundo material retirado do site da Universidade de Princeton:

“The adversarial system is the two-sided structure under which criminal trial courts operate that pits the prosecution against the defense. Justice is done when the most effective adversary is able to convince the judge or jury that his or her perspective on the case is the correct one.”<sup>40</sup>

---

38 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Op. cit.*, p. 227.

39 *Ibidem*, *passim*.

40 Fonte: <[http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Adversarial\\_system.html](http://www.princeton.edu/~achaney/tmve/wiki100k/docs/Adversarial_system.html)>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

Com essa transcrição, fica demonstrado que o *adversarial system* acaba, muitas vezes, privilegiando a parte que pode arcar com os custos de uma defesa melhor, e não efetivando a justiça no caso concreto. Por isso, segundo Ada Pellegrini Grinover:

“(…) nos próprios ordenamentos anglo-saxônicos existem várias exceções à regra do predomínio das partes, abrindo-se espaço maior à intervenção do juiz.

(…) é também oportuno salientar as críticas que se levantam contra o sistema até agora dominante no processo civil inglês: várias propostas legislativas propugnam no sentido de a condução do feito anterior ao trial não ser mais deixado quase exclusivamente ao cuidado das partes, devendo submeter-se ao controle do órgão judicial, até para atenuar os problemas de procrastinações indesejáveis que incidem sobre o custo e a duração do processo.”<sup>41</sup>

### **1.2.1.2. Inquisitorial system**

O sistema que se contrapõe ao *adversarial* é característico da Europa continental e dos países por ela influenciados. No *inquisitorial system* as atividades probatórias recaem preferencialmente sobre o juiz.

Também chamado de processo de desenvolvimento oficial, regra da inquisitividade ou princípio da instrução, essa fase de produção de provas conta com uma participação ativa do juiz, em vez de se confiar às partes a conveniência na apresentação ou omissão das provas que interessam ao processo. Dessa maneira, o julgador pode suprir a omissão – proposital ou acidental – das partes na produção da prova, determinando a realização de diligências *ex officio*.

Para Ada Pellegrini Grinover, a escolha entre o *adversarial system* e o do desenvolvimento oficial não deve ser determinada apenas pela maior ou menor eficiência em relação ao outro. À raiz do modelo que confia ao juiz a condução do processo, inclusive no que diz respeito à iniciativa instrutória, está em uma escolha política que diz respeito à concepção publicista do processo e à percepção de sua função social. Isso tendo em vista que a função social do processo depende da sua efetividade.

Segundo ela:

---

41 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Op. cit.*, p. 17.

**“Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes.** Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá o seu escopo social. **o papel do juiz, num processo publicista, coerente com a sua função social, é necessariamente ativo.** Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes para superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.”<sup>42</sup> (grifei)

Nessa visão, que é eminentemente política, é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre os fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, de acordo com a jurista, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário.

Ela ressalta que nada disso é garantido pelo *adversarial system*, em que a plena disponibilidade das provas pelas partes é reflexo de um superado liberal-individualismo que não mais satisfaz à sociedade. Além do mais a omissão da parte na instrução do feito é frequentemente devida a uma situação de desequilíbrio material, em que preponderam fatores institucionais, econômicos ou culturais. O reforço dos poderes instrutórios do juiz desponta, nesse panorama, como instrumento para atingir a igualdade real entre as partes.

Por conseguinte, a visão do estado social não admite a posição passiva e conformista do juiz, pautada por princípios essencialmente individualistas. O processo não é um jogo em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito. A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte.

Importante destacar, ainda, que a doutrinadora entende que a iniciativa oficial no campo da prova não prejudica a imparcialidade do juiz. Segundo ela:

“Quando este (o juiz) determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao

---

42 *Ibidem*, p. 19.

processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. Ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão. Ainda que não atinja a verdade completa, a atuação ativa do juiz lhe facilitará inegavelmente o encontro de uma parcela desta.”

Apesar de compreender o ponto apresentado por ela, entendo que sua visão beira à inocência, visto que, na prática, infelizmente, não é possível garantir que isso ocorra sempre dessa maneira, apesar dos limites constitucionalmente estabelecidos que veremos no segundo capítulo desta obra.

Outrossim, pode-se aproximar a visão de Pellegrini Grinover à de Pacceli Oliveira, que afirma:

**“O juiz inerte, como é a regra no denominado *sistema de partes* do direito norte-americano, normalmente classificado pela doutrina como *modelo acusatório puro*, encontra fundamentação em premissas e postulados valorativos absolutamente incompatíveis, não só com a nossa realidade atual, mas com a essência do processo penal.** E isso porque a base ou estrutura sobre a qual repousa o aludido sistema é, e como não poderia deixar de ser, a *igualdade* entre as partes. Mas não a igualdade *material*, na qual se examina as concretas possibilidades de exercício de direitos e faculdades, mas unicamente a igualdade formal, isto é, aquela segundo a qual todos são iguais perante a lei, ainda que, na realidade histórica, jamais se comprove semelhante situação (de igualdade). **Em sistemas como este, do juiz inerte, há que se conviver, em maior ou menos grau, com a possibilidade de condenação de alguém pela insuficiência defensiva, reputada, a priori, igual à atividade acusatória.**”<sup>43</sup> (grifei)

Nesse mesmo sentido, aponta Mauro Fonseca de Andrade:

“O processo penal é visto como de interesse de toda a sociedade, fazendo com que o ânimo do julgador esteja voltado à aplicação da justiça, representada pela busca de uma verdade equivocadamente considerada material.

Muitas vezes, o *inquisitorial system* não é corretamente compreendido por determinados setores da doutrina, que manifestam um profundo repúdio à figura de um 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 a deles dispor, sobre um tema que é de interesse público.**”<sup>44</sup> (grifei)

---

43 PACCELI OLIVEIRA, Eugênio. *Op. cit.*, p.160.

44ANDRADE, Mauro Fonseca. *Op. cit.*, p. 218 *et seq.*

### **1.2.2. Sistema inquisitivo**

O modelo inquisitivo é aquele no qual as funções de acusar, defender e julgar estão reunidas no juiz, que atua como juiz-inquisidor, devendo proceder espontaneamente. Como já dito acima, na opinião de Ada Pellegrini Grinover, no sistema inquisitivo não há verdadeiro processo (aqui entendido como um processo de partes, sujeito ao contraditório e à ampla defesa), mas sim somente investigação criminal.

## **2. O PODER DE GESTÃO DA PROVA PELO JULGADOR E O ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Conforme explicitado já na introdução e desenvolvido no primeiro capítulo, é assente o entendimento de que a questão relativa aos métodos de prova em processo penal passa, obrigatoriamente, pelo exame da espécie do modelo processual adota.

Dessa maneira, maioria da doutrina brasileira entende que o sistema processual penal adotado tem relação com a definição das funções interrogatórias e acusatórias, bem como da fixação e da distribuição dos ônus processuais às partes, ou seja, questões concernentes ao poder de gestão da prova pelo julgador.

Um dos artigos mais polêmicos do nosso Código de Processo Penal teve nova formulação a partir da Lei nº 11.690/2008 e trata justamente acerca do tema da iniciativa probatória do juiz.

Logo, a fim de melhor compreender essa problemática, passa-se, a seguir, a analisar os pormenores dessa relação.

### **2.1. O PODER DE GESTÃO DA PROVA PELO JUIZ**

Inicialmente, cumpre fazer uma introdução a respeito do tema da prova no processo penal.

O termo prova se originae do latim *probatio*, podendo ser traduzida como experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, confronto, etc., dando origem ao verbo *probare* (*probo, as, are*). Essa palavra é usada em sentidos diversos. Em um sentido comum (verificação, reconhecimento etc.) significa tudo aquilo que pode levar ao conhecimento de um fato, de uma qualidade, da existência ou exatidão de uma coisa.

Nos ensinamentos de Adalberto José Aranha, o sentido jurídico de prova “representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos

fatos alegados. Contudo, em quaisquer dos seus significados, representa sempre o meio usado pelo homem para, através da percepção, demonstrar uma verdade.”<sup>45</sup>

Fauzi Hassan complementa afirmando que prova “é todo produto obtido por um meio lícito, em contraditório, pelas partes legitimadas, perante o juiz natural da causa, tendente a certificar o conteúdo da imputação e o objeto do processo ou a descaracterizá-lo, devendo ser sopesado explicitamente pelo órgão julgador na fundamentação do seu provimento”<sup>46</sup>.

Quanto à sua função, entende-se que é essencialmente “demonstrar que um fato existiu e de que forma existiu ou como existe e de que forma ele existe. (...) Logo, o objetivo da prova é um só: a demonstração em juízo de um fato perturbador ou violador de um direito”<sup>47</sup>.

A respeito do mesmo tema, porém dentro do conceito processual civil, Daniel Mitidiero sustenta que, apesar da pluralidade semântica do termo prova, a doutrina dominante a entende como atividade. Nessa linha de raciocínio, cita Santiago Sentis Melendo, que afirma que “prova constitui atividade que visa à verificação da verdade de afirmações formuladas pelas partes relativas, em geral, a fatos e, excepcionalmente, a normas jurídicas, que se realizam utilizando fontes as quais se levam ao processo por determinados meios”<sup>48</sup>

Daniel Mitidiero completa aduzindo que:

---

45 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 5.

46 CHOUKR, Fauzi Hassan. *Op. cit.*

47 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Op. cit.*, p. 5.

48 MELENDO, Santiago Sentis. **La pruebaeslibertad. La prueba: los grandes temas delderecho probatório**, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1978, p. 3-27.

“Constitui elemento indispensável do direito fundamental ao processo justo o direito fundamental à prova. O perfil constitucional da prova no processo civil brasileiro envolve o direito à tutela jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, CRFB), o direito à paridade de armas (art. 5º, inciso I, CRFB), o direito ao contraditório (art. 5º, inciso LV, CRFB), o direito à publicidade e o dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, inciso IX, CRFB). Daí decorre o direito: (a) da parte de produzir alegações fáticas no processo; (b) de usar quaisquer meio de provas que considere úteis para verificação das alegações fáticas que entenda lhe sejam favoráveis, desde que provenham de meio lícitos e moralmente legítimos; (c) à paridade de armas na organização do direito probatório, de modo que uma das partes não se encontre em situação de evidente desigualdade no processo no que tange às situações probatórias; (d) de ser assegurado o contraditório na produção das provas sobre as já produzidas; (e) de poder a parte presenciar a produção da prova ou ter acesso ao seu resultado; (f) de serem motivadas todas as decisões sobre admissibilidade da prova e efetivamente consideradas pelo juiz as provas realizadas no processo.”<sup>49</sup>

Tendo em vista que sistema jurídico brasileiro pauta-se pela procura de um máximo possível de aproximação da verdade (pressuposto ético inafastável da conformação do nosso processo justo – já que inexiste possibilidade de decisão justa apartada da verdade das alegações de fato), Mitidiero sustenta que a prova encontra-se vinculada funcionalmente à verdade, de maneira que um dos fins primordiais do processo – a justiça – só poder ser concebida quando de mãos dadas com a verdade.<sup>50</sup>

Importante também registrar que a prova não constitui uma obrigação processual, e sim um ônus, palavra que tem origem latina (*onus*), significando fardo, carga, peso, imposição etc. Daí por que ônus da prova (*onus probandi*) representa a necessidade de provar para ver reconhecida judicialmente a pretensão manifestada.

Sobre ser a produção da prova um ônus e não uma obrigação, não há qualquer dúvida. Assim pensam, entre outros, Fitting, Rispoli e Chiovenda. As partes provam em seu próprio benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar sua convicção. Nas palavras de José Aranha:

“É uma atividade da parte em proveito próprio, uma condição para a vitória, um meio para obter a pretensão posta em juízo, jamais um dever jurídico. Daí por que ônus, jamais obrigação. (...)”

---

49 MITIDIERO, Daniel e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de Processo Civil: volume 2: processo de conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 57.

50 *Ibidem*, p. 60.

*Onus probandi* é, pois, o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos, conforme for a distribuição de tal imposição.

Produzir a prova constitui um ônus processual porque coloca as partes diante de uma alternatividade, classificada como de aquisição, já que diz respeito aos atos instrutórios do processo.”<sup>51</sup>

No processo, as partes não têm o dever, a obrigação, de produzir as provas, mas sim o ônus de realizá-las. Quem tem uma obrigação processual e não a cumpre sofre uma pena correspondente; quem tem um ônus e não o atende, não sofre pena alguma, apenas deixa de lucrar o que obteria se a tivesse praticado.<sup>52</sup>

Já o juiz, por sua vez, não possui ônus no processo, e muito menos ônus probatório, haja vista que ele não sofre qualquer consequência como decorrência de não terem sido demonstrados os fatos alegados pela acusação ou de a defesa não ter demonstrado a veracidade do alibi, ou dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos que tiver apresentado. Entretanto, nas palavras de Sérgio Ricardo de Souza, havendo efetiva insuficiência de provas, “há evidente prejuízo para a justa aplicação do direito e para a realização de justiça através da prestação jurisdicional.”<sup>53</sup>

Procurando minorar essa situação indesejável, o artigo 156 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de o julgador ordenar ou determinar a realização de diligências no curso do processo (ou mesmo antes de ele ser iniciado). De acordo com o autor supracitado, dessa forma, o referido artigo visa a homenagear o ideal de busca pela verdade real (certeza processual), entendida na realidade como verdade processual possível.

Afigura-se, então, que o legislador, não só no art. 156 do CPP, como também em diversas outras passagens (como, por exemplo, os arts. 209, 234, 242 e 616), no entendimento de Ricardo de Souza:

---

51 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Op. cit.*, p. 8

52. *Idem.*

53 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional: Pós-Reforma de 2008.** Curitiba: Juruá, 2008, p. 100.

“(…) prevê a faculdade de o órgão julgador intervir na produção da prova com vistas a afastar dúvidas que possam gerar prejuízo ao esclarecimento dos fatos, para o alcance da verdade processual possível e até mesmo para a formação da livre convicção que deve orientar o julgamento, pois, se o atual art. 155 dispõe que ‘o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas’, é inquestionável que está a se referir àquela prova lícitamente introduzida nos autos e suficiente para a formação da convicção, seja ela a favor ou contra a tese acusatória, sendo de todo indesejável pelo ordenamento que o juiz deixe de analisar com a devida profundidade se o réu é culpado ou se é inocente, por não dispor de provas que não foram produzidas por inércia de qualquer das partes. Esses são, portanto, os maiores fundamentos teóricos para o acolhimento da possibilidade de o órgão julgador complementar as provas ‘para dirimir dúvida sobre ponto relevante’, até mesmo em grau de apelação.

**Frise-se: o julgador não o fez e tampouco a interpretação sistemática do ordenamento jurídico permite concluir que o órgão julgador esteja autorizado a concorrer com as partes na produção da prova ou a determinar provas de ofício exclusivamente para somar-se à acusação na tarefa de demonstrar a veracidade da imputação.** A autorização é genérica e tem critério objetivo: sanar dúvidas sobre fato relevante para a formação da convicção, não importando a qual das partes vá beneficiar, o que autoriza inclusive a produção de provas indicadas pelas próprias partes, fora do momento processual adequado, e impõe, necessariamente, que toda a prova produzida o seja com o efetivo respeito à coparticipação das partes, em decorrência da consagração constitucional do contraditório.” (grifei)<sup>54</sup>

Na visão do mesmo doutrinador, desde que o magistrado que pratica atividade probatória de ofício seja consciente de sua posição constitucional de garante das liberdades individuais, não há qualquer impedimento no que tange à sua imparcialidade, na medida em que, ao determinar a produção de alguma prova específica, ele ainda não sabe qual resultado advirá. Assim, esse resultado pode ser favorável a qualquer das partes.

Ainda, destaca que é importante demonstrar que o Estado não ficou inerte diante de possível omissão daqueles que tinham o ônus de apresentar a prova. Como exemplo, cita um caso em que um juiz determina a realização de um exame de DNA a fim de apurar se o sangue encontrado no local de um crime era, ou não do acusado. Nessa circunstância, o julgador não sabe previamente qual será a conclusão da perícia, contudo determina sua realização, já que ela é significativa para eliminar a dúvida que remanesce das provas já produzidas.

---

54 *Ibidem*, p. 101.

Na visão do autor, a providência acima não macula a suposta preferencial constitucional pelo modelo acusatório (que estaria embasado no art. 129, inc. I, da CRFB). Ao contrário, “cumpre o relevante papel de resguardar a busca da verdade real possível, como pretendido pelo legislador ao introduzir o sistema de livre convicção no nosso ordenamento”.<sup>55</sup>

Nesse sentido, importante transcrever parte da exposição de motivos do CPP, item VII:

“VII – O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a **faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas**, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença. Não serão atendíveis as restrições à prova estabelecida pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas: a livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção (...)” (grifei)

Ainda, também trata do mesmo tema jurisprudência do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

1- Na dicção do art. 502, do CPP, o próprio Magistrado, findos os prazos do citado preceito legal, ‘(...) poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade’. Assim, conclui-se que o Juiz, sensível e atento à qualquer insuficiência da defesa concretamente verificada, requisitará as diligências que entender necessárias à apuração dos fatos surgidos no decorrer da instrução criminal, mesmo que sejam em benefício do réu, pois ciente de que a relevância reside mesmo na busca da verdade real. (Apelação Criminal 040.05.000648-1 – Relator Desembargador Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça – DJ 07.08.2006)

Adalberto José Aranha segue a mesma linha de pensamento. Cita como exemplo o direito francês, que segue a teoria clássica, segundo a qual a prova pertence unicamente aos litigantes, sem que o julgador possa tomar qualquer iniciativa – juiz inerte quanto à prova. O mesmo se dava na legislação avoenga, pois constava das Ordenações: ‘O juiz deve julgar segundo o que achar provado de uma e de outra parte, ainda que lhe a consciência dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser contrária do que no feito for provado’ (Liv. 3º, Tít. 66, pr.). Contudo, credita às influências de Espínola e Gusmão a possibilidade de hoje ser dada ao juiz a faculdade de, supletivamente, cooperar na produção de provas, ordenando, de ofício, as diligências necessárias a bem da apuração da verdade dos fatos postos em juízo. *In verbis*:

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 102 e 103.

**“Há um princípio geral: as partes devem oferecer espontaneamente a prova dos fatos que alegarem, em seu próprio interesse; contudo, faculta-se ao juiz, supletivamente, apurar a verdade, chamando para si o ônus de demonstrar o que uma das partes não quis, não soube ou não pôde aproveitar.** Por tal motivo, isto é, por dispor o juiz de faculdades instrutórias visando a suprir a inércia, a astúcia ou o descaso de uma das partes, a questão relativa ao ônus probatório no âmbito penal não assume a mesma relevância que no Juízo Civil.

**Todavia, se dispõe de poderes instrutórios, faculdade meramente supletiva, deve o juiz usá-los com toda a cautela, com a máxima prudência para que não se transforme, no processo, em parte acusadora ou defendente.** (...) Adotando a nossa legislação o princípio publicístico do processo, os poderes do juiz foram alargados imensamente, passando de passivo para ativo, em consequência do que a ele foram conferidas novas possibilidades, acrescentando-se a de produzir e trazer para os autos elementos de convicção para a decisão final. Portanto, foram-lhes dados poderes de instrução, traduzidos por José Alberto dos Reis como de ‘mandar proceder as diligências e atos necessários para a descoberta da verdade’.

Ainda que tenha recebido poderes para produzir provas, inegavelmente é uma faculdade **supletiva**, pois aos litigantes cabe indubitavelmente a iniciativa. Logo, **faculdade supletiva à iniciativa das partes.**”<sup>56</sup> (grifei)

Acredita, então, que o juiz deve usar a faculdade contida no art. 156 do CPP tão somente quando uma dúvida for muito forte e, ainda assim, com muita cautela e prudência, para que não acabe por assumir a posição de uma das partes na relação processual, seja por inadvertência ou por imprudência, colhendo prova que deveria ser apresentada por ônus de um dos litigantes.

Nesse sentido, é o que sustenta Tourinho Filho:

“O Juiz que desce do seu pedestal de terceiro desinteressado, para proceder à pesquisa e colheita do material probatório, compromete, em muito, a sua imparcialidade e não se comporta funcionalmente como autêntico órgão jurisdicional.”<sup>57</sup>

A respeito de juízes que, no processo penal, assumem o papel de acusador, refere Frederico Marques:

“Se temos um Ministério Público adestrado e bem construído, não se compreende que ele figure como quinta roda do carro, ali permanecendo em posição secundária ou simplesmente decorativa. Os interesses da repressão ao crime ele os encarna

---

56 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Op. cit.*, p. 101

57 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 216.

não só para movimentar inicialmente a ação penal como ainda para atuar, com energia e dinamismo, durante a instrução e demais fases do processo.”<sup>58</sup>

Adalberto José Aranha ainda declara que o art. 156, embora não seja meramente decorativo, deve ser usado com moderação, porquanto o verbo usado, “poderá”, indica faculdade, e não dever.

Já Marco Antônio de Barros<sup>59</sup> impõe uma visão mais radical, segundo a qual a reforma processual de 2008 (que alterou a redação do art. 156) retornou aos poderes inquisitórios do juiz, com a inclusão de norma legal que apresenta resquícios do “antigo modelo de processo penal inquisitivo”.

Porém, acaba por entender o mesmo que os doutrinadores. Desde que amparado pela legislação vigente, Barros defende que os poderes instrutórios são automaticamente submetidos ao crivo do contraditório, coisa que não ocorre em relação aos poderes inquisitórios. Dessa maneira, os poderes instrutórios do juiz não são absolutos, uma vez que limitados à utilização de todos os meios legítimos e possíveis à descoberta da verdade, tendo em vista que a plenitude da atividade jurisdicional deve ser submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, complementa:

“Embora vise fortalecer a atividade jurisdicional tendente a descobrir a verdade, o certo é que tal dispositivo merece cuidadosa reflexão de todo julgador antes de utilizá-la, notadamente para não substituir ou encampar as funções da acusação e também para não arranhar a sua imparcialidade na presidência e julgamento do processo.”<sup>60</sup>

Eugênio Paccelli de Oliveira traz outra perspectiva ao debate da gestão probatória pelo juiz ao afirmar que a iniciativa probatória é diferente da iniciativa acusatória. A segunda

---

58 MARQUES, Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, v.2, p. 285.

59 BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

60 *Ibidem*, p. 120.

acontece quando o magistrado, qualquer que seja o argumento declinado, empreende atividade probatória *de iniciativa da acusação*, ou, ainda, atividade substitutiva ou supletiva daquela que a própria lei impõe, como ônus processual, ao Ministério Público. Como exemplo, cita do art. 564, III, b, do CPP que prevê como nulidade a falta de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, quando estes ainda estiverem presentes.

“Acreditamos que, em tal situação, se o Ministério Público não requerer a produção de produção de prova técnica, quando exigida, o juiz não poderá fazê-lo à conta do princípio da verdade real, na medida em que ele estaria atuando em substituição ao Ministério Público, empreendendo atividade tipicamente acusatória, supletivamente ao órgão estatal responsável pela sua produção.”<sup>61</sup>

Em sua opinião, o contrário não se dá, o juiz pode complementar a defesa, pedindo prova da inocência que ela não pediu, porque, no processo penal, o Estado atua em posição de superioridade, já que ele é responsável tanto pela fase de investigação quanto pela de persecução em juízo, quanto, finalmente, pela decisão.

“Por mais surpreendente que possa parecer, no processo civil, pode-se perfeitamente aceitar uma posição mais atuante do juiz no campo probatório, tendo em vista que, ali, em tese, desenvolvem-se disputas entre partes em condições mais próximas da igualdade. Entretanto, mesmo ali, tratando-se de determinadas relações jurídicas em que a própria lei reconhece a posição de desigualdade com referência a uma delas, como ocorre nos processos relativos à tutela de interesses difusos e coletivos (consumidor, sobretudo), a solução vem na própria legislação, com a inversão do ônus probatório, por exemplo.”<sup>62</sup>

No mesmo sentido, Adalberto José Aranha colaciona jurisprudências a respeito do tema:

“Inerte a Promotoria e só havendo apelação interposta pelo réu, inadmissível é o reconhecimento da reincidência, ainda quando comprovada a recidiva em Segunda Instância mediante diligência requerida pela Procuradoria e deliberada pelo juiz relator, eis que, perante recurso exclusivo da defesa, não há fazer prova contra o acusado” (JTACrim, 45:413). No mesmo sentido: RT, 516:347 e JTACrim, 58:168.”<sup>63</sup>

---

61 PACCELI OLIVEIRA, Eugênio. *Op. cit.*, p.15.

62 *Ibidem*, p. 12.

63 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Op. cit.*, p. 15-18.

O Supremo Tribunal Federal também já teve a oportunidade de decidir pela impossibilidade de o juiz poder requisitar *de ofício* novas diligências probatórias, quando o Ministério Público se manifestar pelo arquivamento do inquérito. A violação do sistema acusatório, na hipótese, foi considerada patente<sup>64</sup>.

E Eugênio Pacceli de Oliveira conclui:

“Isso não impedirá, por certo – daí não se aceitar também o aprisionamento ou a limitação indevida da função jurisdicional –, que o Juiz Criminal, na fase de processo (é claro!), e quando for necessário e possível, diligencie em direção à eventuais provas da inocência do acusado. Diferença de tratamento? Sem dúvida, mas plenamente justificada; não se pode, sob quaisquer fundamentos, vincular a decisão judicial à qualidade da atuação das partes (acusação e defesa), particularmente quando se tratar – e quando puder ser antevista – a possibilidade de produção de prova em favor do réu, mesmo não requerida ou vislumbrada pelo defensor. **O processo penal moderno já superou o modelo do *duelo, disputa ou de luta*, no qual, a partir de uma suposta e discutível premissa da *igualdade entre as partes*, vence aquele que atua melhor e de maneira mais eficiente. Para nós, este é um modelo *medieval*, típico de ambientes que se utilizam da retórica da igualdade (que ali é sempre formal) como reforço da legitimidade de um sistema que só aparentemente é democrático.**”<sup>65</sup> (grifei)

No ponto, difere da opinião de Marco Antônio de Barros, que entende que:

“O espírito que move essa regra participativa não pretende plantar dúvida na esfera de atuação do juiz, a ponto de se questionar se o que deve buscar é a verdade que favorece ao réu ou a verdade que interessa à acusação. Com certeza nenhuma das hipóteses aventadas satisfaz aos ditames da justiça. Não é este o sentido lógico que o sistema emprega à descoberta da verdade, até porque o interesse do juiz não está atrelado à vontade das partes, mas à produção do Direito.  
(...) Tanto pode o juiz determinar *ex officio* uma diligência que venha confirmar de vez a responsabilidade criminal atribuída ao acusado, quanto ordenar providências que sejam aptas a estabelecer a paridade de armas entre os órgãos de acusação e defesa, procurando equilibrar forças no processo para preservação das garantias fundamentais que favorecem o acusado. Em nenhum caso, entretanto, o juiz assume o papel de acusador, defensor ou de mero coadjuvante das partes.  
(...)Tenha-se presente a ideia de que no campo probatório o juiz pode exercer uma atividade paralela destinada a complementar a reconstituição histórica dos fatos, mas não lhe cabe fazer tudo sozinho, isto é, provar o que alega a acusação ou o que é contestado pela defesa. Não se pode exigir que o julgador substitua a parte que não produziu prova alguma. O juiz não tem a obrigação de produzir toda a prova para a acusação ou toda a prova que beneficie o réu. E muito menos lhe cabe assumir o papel reservado à Polícia Judiciária na investigação do fato ilícito. Se para o juiz a verdade aparece como justiça, convém zelar para que a atividade desenvolvida em prol do seu descortino se inspire num interesse que seja útil e determinante do ponto de vista do devido processo legal, já que o julgador não está autorizado a exceder os limites do admissível, a ponto de determinar a realização

---

64 STF – HC nº 82.507/SE. Rel. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. DJ 19.12.2002, p. 92.

65 PACCELI OLIVEIRA, Eugênio. *Op. cit.*, p. 11.

de diligências sem qualquer vínculo com os fatos e demais provas dos autos. Nem se olvide que é defeso ao juiz intentar a investigação por mero capricho ou determinar diligência arbitrária. A tarefa de descobrir a verdade sofre o impacto decorrente de uma pletera de direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Republicana.”<sup>66</sup>

## 2.2. LIMITES AO PODER DE GESTÃO DA PROVA PELO JUIZ

Geraldo Prado<sup>67</sup> faz considerações sobre a relação entre a Constituição e o Processo Penal. Antes de ser ditada pelo fato de pertencerem ambos os ramos jurídicos ao campo do Direito Público, e sem desconsiderar a primazia constitucional na superposição das normas jurídicas influenciando decisivamente na demarcação do âmbito de legitimidade, validade e eficácia das leis, a relação entre eles decorre da constatação de que, na essência, os dois lidam com algumas importantes questões comuns: a proteção dos direitos fundamentais e a separação dos poderes.

Ele cita que Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe se inserem entre os processualistas que enfatizaram o estudo do *direito processual constitucional*, assim compreendido, na vigorosa lição de Dinamarco, como *condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo*. Na medida em que a Constituição da República opta pela tutela dos direitos fundamentais, a estrutura processual penal daí derivada deve ser imposta como estrita observância do modo pelo qual é possível harmonizarem-se todos esses direitos e, naturalmente, não só os de defesa, mas ainda, por exemplo, os de ação e à segurança.

Ao se definir a base processual, aceitando-se um sistema e um princípio expressivo dos direitos fundamentais, a Constituição fez a sua escolha, cumprindo aos aplicadores das leis ordinárias efetivar a Constituição, sempre conforme ela própria. Por isso, defende que Ferrajoli tem inteira razão quando afirma que “a sujeição do juiz à lei não é de facto, como

---

66 BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.* p. 164 *et seq.*

67 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 41.

no velho paradigma juspositivista, sujeição à letra da lei qualquer que seja o seu significado, mas sim sujeição à lei somente enquanto válida, ou seja, coerente com a constituição.”<sup>68</sup>

Conclui Geraldo Prado que o sistema processual que há de ser prestigiado por conta da função-garantia do direito e, naturalmente, da própria estrutura processual como realidade normativa, será aquele que venha a preservar a tripartição das principais atividades processuais – acusar, defender e julgar – sincronizadas, consoante o lembrado magistério de Calamandrei, de sorte a validar os direitos fundamentais.

Giuseppe Bettioli salientava, antevendo pelo prisma da Constituição a conexão indelével entre Processo e Democracia, que um “Código Processual que não encontre seu fundamento racional, político e jurídico, no articulado de uma Constituição que ‘reconheça e garanta os direitos invioláveis do homem’ se encontra exposto a todas as possibilidades de reformas vinculadas a maiorias político-parlamentares ocasionais, com grave prejuízo das liberdades públicas e privadas.”<sup>69</sup>

Logo, tem-se que, apesar da atuação do juiz na atividade instrutória ser autorizada por lei, ela não é ilimitada, e sim deve ser compatível com a Constituição. Apesar de todos os doutrinadores concordarem com isso, quais seriam objetivamente esses limites, entretanto, são mais um ponto controverso na doutrina.

Quanto aos limites do poder de gestão da prova pelo juiz, Mauro Fonseca de Andrade defende que, quando se diz que o sistema acusatório pode determinar a produção daquelas provas que o ajudem a melhor esclarecer os fatos, isso não quer dizer, em absoluto, que não esteja ele sujeito a alguma forma de controle. Segundo ele, esse controle é inerente à própria atividade jurisdicional, onde o princípio da publicidade e a possibilidade de interposição de recurso são os meios mais comuns encontrados nos países que seguem a mesma cultura processual do direito continental.

“O que importa, portanto, é conhecer os mecanismos de controle sugeridos pela doutrina e criados pela jurisprudência, pois servem para resguardar a imparcialidade do julgador, mesmo que ele tenha determinado *ex officio* a produção de alguma prova no processo.

---

68 FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como Sistema de Garantias**. Revista do Ministério Público. Lisboa, nº 61, jan-mar./1995, p. 40.

69 BETTIOLI, Giuseppe. **Instituciones de Derecho Penal y Processal**. Barcelona: Bosch, p. 222.

(...) O que devemos valorar é a quebra ou manutenção da imparcialidade do julgador, em razão de sua atitude (...) indicar que ele está, de alguma forma, atuando como se fosse o acusador, de fato, naquele processo.”<sup>70</sup>

Ada Pellegrini sustenta que os limites se desdobram em três parâmetros: a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas.

### **2.2.1. O contraditório**

O contraditório é entendido pela jurista como participação das partes e do juiz na colheita da prova. Por essa razão, prefere o termo “iniciativa do juiz” ao de “atividade do juiz”, haja vista que o primeiro representaria melhor a necessidade de as partes participarem na colheita da prova com o magistrado. A participação das partes e do juiz na atividade instrutória é condição de validade das provas e não podem ser consideradas provas aquelas que não forem produzidas com a concomitante presença do juiz e das partes.

“A melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas – as produzidas pelas partes e as determinadas *ex officio* pelo juiz – ao contraditório.”<sup>71</sup>

Segundo Aury Lopes Júnior<sup>72</sup>, o contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (entendida por ele como expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado – e da sociedade – em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.

---

70 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Op. cit.*, p. 224 e 449.

71 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Op. cit.*, p. 20.

72 LOPES JR., Aury. *Op. cit.*, p. 230.

“O ato de ‘contradizer’ a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petítoria) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética.

O juiz deve dar ‘ouvida’ a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido. Considerando o que dissemos acerca do ‘processo como jogo’, das chances e estratégias que as partes podem lançar mão (legitimamente) no processo, o sistema exige apenas que seja dada a ‘oportunidade da fala’. Ou seja, o contraditório é observado quando se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade, até porque pode lançar mão do direito de silenciar.

O contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, se confunde com a própria essência do processo.”

Como define Rangel Dinamarco<sup>73</sup>, o conceito moderno de processo necessariamente deve envolver o procedimento e o contraditório, sem o que não existe processo.

Contraditório e direito de defesa são distintos, pelo menos no plano teórico. Ada Pellegrini Grinover explica que: “defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante ao contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório”.<sup>74</sup>

Assim, de acordo com Aury Lopes Júnior, o contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no iter procedimental.

O contraditório é, essencialmente, o direito de ser informado e de participar no processo. Tanto ele como o direito de defesa são de direitos constitucionalmente assegurados no artigo 5º, inciso LV, da CB<sup>75</sup>.

---

73 DINAMARCO, Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros: 2013, p. 177.

74 PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCE FERNANDES, Antônio e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**, p. 63.

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

Paceli de Oliveira completa as opiniões supracitadas ao aduzir que:

“Sobretudo por ocasião da abordagem relativa às provas, o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não-observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado.

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.”<sup>76</sup>

De outra sorte, Mauro Fonseca Andrade traz à baila outro entendimento, segundo o qual o princípio do contraditório não seria um verdadeiro mecanismo de controle da atividade judicial em âmbito probatório. *In verbis*:

“Em realidade, a possibilidade de as partes se manifestarem sobre a prova – por assim dizer – produzida pelo juiz, nada mais é do que a consequência da sua vinda aos autos, e um meio de controle do que será utilizado no ato de decidir. Ou seja, não se trata de um mecanismo de controle para sua produção, mas sim a consequência de sua produção, o que demonstra sua incapacidade de averiguar e frear uma possível perda de imparcialidade do julgador. (...) Para o juiz determinar qualquer tipo de prova em caráter supletório à atividade das partes, deveria ele se restringir às informações contidas no processo, e que essa prova a ser produzida de ofício se destine a suprimir alguma obscuridade.

A título de exemplo, esses dois requisitos permitiriam ao juiz realizar inspeções judiciais, ordenar a oitiva de testemunhas referidas e de testemunhas não arroladas pela defesa ou acusação (desde que constem no inquérito policial), ou, então, ordenar acareações e a produção de alguma perícia sobre o objeto litigioso ou instrumento do crime.

A determinação desses meios de prova dependeriam de informações que já constam nos autos, impedindo que o juiz traga para seu interior qualquer tipo de conhecimento privado sobre o *thema decidendum*.”<sup>77</sup>

### **2.2.2. A motivação das decisões**

---

76 PACCELI OLIVEIRA, Eugênio. *Op. cit.*, p. 42.

77 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Op. cit.*, p. 226

A segunda baliza em que Pellegrini Grinover acredita que deve conter-se a iniciativa instrutória oficial é a obrigação de motivação das decisões judiciais. Seja no momento de determinar a produção de uma prova, seja no momento de valorá-la, a decisão do juiz precisa ser fundamentada. A ausência ou carência de motivação acarreta a invalidade da prova.

Sobre esse aspecto, Rogério Lauria Tucci é enfático ao afirmar que as decisões interlocutórias (como as em que o magistrado determina a produção de uma prova), tanto quanto as sentenças terminativas, não podem deixar de ser motivadas, ainda que concisamente. Isto é, devem conter fundamentação suficiente para a evidenciação – tanto fática como jurídica – do teor da resolução. É imprescindível que sejam alinhados os motivos pelos quais ela se torna necessária em face de qualquer das hipóteses contidas na previsão legal.<sup>78</sup>

### **2.2.3. Proibição de provas ilícitas e ilegítimas**

Por último, tanto o juiz como as partes encontram outro limite à atividade instrutória na licitude e legitimidade das provas. Há uma regra moral intransponível que rege toda a atividade processual, recepcionada de forma explícita pelas constituições de diversos países. No ponto:

“Não são provas as colhidas com infringência a normas ou valores constitucionais, nem pode o juiz determinar a produção de provas que vulnerarem regras processuais. Trata-se do tema das provas ilícitas e ilegítimas, que não podem ingressar no processo nem, evidentemente, ser determinadas de ofício pelo juiz. A certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida.

Assim, a utilização de poderes instrutórios pelo juiz encontra seus limites na observância do contraditório, na obrigação de motivação das decisões e na exclusão das provas ilícitas e ilegítimas.”<sup>79</sup>

Ainda, Adalberto José Aranha entende que:

---

78 TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 201-202.

79 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Op. cit.*, p. 20-21.

“Em primeiro grau, os poderes do juiz de produzir prova ficam limitados apenas aos princípios gerais, isto é, àquelas que podem ser legitimamente realizadas. Contudo, em segundo grau, somente é admissível quando a prova não violar o princípio recursal da impossibilidade da *reformatio in pejus*. O Egrégio Tribunal de Alçada Criminal reiteradamente tem decidido que, em recurso exclusivo do réu, o poder de converter o julgamento em diligência somente é possível se a prova pretendida não atuar em desfavor do recorrente.”<sup>80</sup>

Já Marcos Alexandre Coelho Zilli expõe que, apesar de reconhecida como decorrência natural do poder de jurisdição que tende ao melhor acerto fático possível, a iniciativa instrutória do julgador não poderá recair ou fundar-se sobre provas obtidas, ou inseridas no processo, em desacordo com o direito. A busca por uma verdade está limitada por ditames impostos em razão da obediência às regras iminentes a um Estado de Direito.

Nesse sentido, quanto às provas ilícitas (aquelas em cuja colheita houve infringência aos preceitos normativos materiais), são consideradas pelo legislador constitucional como prova inadmissível, sendo vedada a sua integração ao processo, não podendo, ainda, ser levada em consideração pelo julgador na formação da sua convicção.

Quanto às provas ilegítimas (assim chamadas uma vez que sua inserção no processo despreza regras processuais), implicam sanção de nulidade, porquanto ausentes os requisitos necessários à configuração da validade do ato.

### 2.3. O ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O artigo 156 do Código de Processo Penal define qual a gestão probatória incumbida ao juiz. Antes da reforma processual penal de 2008 (Lei nº 11.690/08), tinha a seguinte redação:

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.

Com a reforma, contudo, passou a ser escrito da seguinte maneira:

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

---

80 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Op. cit.*, p. 15.

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

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

Como resume Ivan Luís Marques da Silva, a polêmica trazida pelos novos incisos do artigo supracitado está relacionada à possibilidade de o juiz, de ofício, ordenar, antes mesmo de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observado a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; e determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre o ponto relevante.<sup>81</sup>

Parte da doutrina e da jurisprudência abomina o fato do juiz produzir provas de ofício, porque afirma-se que a ação penal não mais será conduzida de forma imparcial. Todavia, Marques da Silva discorda:

“Não se pode confundir juiz inquisidor com juiz cumpridor de sua função. O inquisidor busca as provas que lhe convém para ratificar um pré-julgamento já estabelecido em sua mente. O juiz cumpridor de sua função busca toda e qualquer prova não produzida pelas partes para robustecer sua decisão com o máximo de verdade possível.

Lembrem-se: o artigo cuida da possibilidade do juiz determinar a produção de provas, e não da criação do seu conteúdo.”<sup>82</sup>

### **2.3.1. Caput**

O *caput* do referido artigo não tem relação com a iniciativa instrutória do juiz, e sim com o ônus probatório das partes, de maneira que não vamos nos ater a ele. Entretanto, cumpre referir a opinião de Pacceli de Oliveira a respeito do tema:

“Em um processo informado pelo contraditório e pela igualdade das partes, a distribuição dos ônus probatórios deveria seguir as mesmas linhas de isonomia. Entretanto, o nosso processo penal, por qualquer ângulo que se lhe examine, deve

---

81 SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma Processual Penal de 2008**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 64.

82 *Ibidem*, p. 65.

estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas. Afirmar que *ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória* implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria.”<sup>83</sup>

### 2.3.2. Inciso I

Sobre o inciso primeiro, cabe dizer que é fortemente rejeitado por grande parte da doutrina, que acredita que é um retrocesso inaceitável, além de inconstitucional. Isso porque, nas palavras de Eugênio Pacceli de Oliveira “o juiz não tutela e nem deve tutelar a investigação”<sup>84</sup>. E segue:

“Não se pode deixar de criticar e, mais do que isso, de rejeitar validade à novidade trazida com a Lei nº 11.690/08, que, alterando disposto no mesmo art. 156 do Código de Processo Penal, permite ao juiz, de ofício, *ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes*. Ora, não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício de função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta do material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente – e recente – do sistema acusatório. (...)

A rigor, a jurisdição criminal somente se inicia com a apreciação da peça acusatória (art. 395 e 396 do CPP). No curso do inquérito policial ou de qualquer outra investigação a atuação da jurisdição não se justifica enquanto tutela dos respectivos procedimentos. O juiz, quando defere uma prisão cautelar, quando defere uma interceptação telefônica ou a quebra de uma inviolabilidade processual, não está, nem nesse momento, protegendo os interesses da investigação criminal. Na verdade, como garantidor que é das liberdades públicas, ele estará exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades, nos limites da Constituição da República e do devido processo legal. (...) Cláusulas de reserva da jurisdição. Por isso, nenhuma providência deve ser tomada de ofício pelo magistrado, para fins de preservação de material a ser colhido em fase de investigação criminal.”

De acordo com Eugênio Pacceli de Oliveira, apesar de a alteração do Código de Processo Penal em 2008 permitir que o juiz produza provas de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal viola o sistema acusatório, pois “a coleta do material probatório, ou de

---

83 PACCELI OLIVEIRA, Eugênio. *Op. cit.*, p. 334

84 *Ibidem*, p. 336.

convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará”.

Também dessa maneira entende Marco Antônio de Barros:

“A incoerência reside na possibilidade de o juiz poder ordenar, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal (ou seja, sem que o contraditório tenha sido assegurado à defesa), a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes. O termo ‘de ofício’ nos parece impróprio e abusivo para essa fase, pois, descabe ao juiz assumir as funções que são próprias de investigador ou de acusador.

Para não abalar a estrutura legal que compõe o princípio do juiz natural, é melhor que esse dispositivo se torne letra morta na prática forense, pois a intervenção do juiz, durante as investigações realizadas na fase inquisitiva, deve, invariavelmente, depender de representação da autoridade policial, ou de requerimento do Ministério Público ou do investigado.”<sup>85</sup>

### 2.3.3. Inciso II

Quanto ao segundo inciso, de suma importância referir que o poder instrutório reconhecido por ele ao órgão julgador não permite que ele substitua a vontade das partes e venha a se antecipar, determinando a produção de provas antes que as partes tenham a oportunidade de se desincumbirem de seus ônus e optarem pelas provas que lhes pareçam mais aptas a provas suas pretensões e resistências.

No ponto, é a opinião de Sérgio de Souza:

“Deve ele, portanto, aguardar primeiro a iniciativa das partes e somente após, produzidas ou esgotadas as possibilidades de produção das provas por ela requeridas, é que o juiz deve se imiscuir nessa atividade probatória, para suprir as omissões que estejam prejudicando a sua livre convicção motivada, lastreada em um seguro conjunto probatório, podendo-se afirmar, portanto, que essa atividade é **suplementar**, enquanto que a iniciativa das partes é principal e referencial, disso decorrendo que, apesar de o inc. II do art. 156 expressar que o juiz pode suplementar a prova ‘no curso da instrução ou antes de proferir a sentença’, uma leitura constitucional do dispositivo impõe reconhecer que a atividade dele deve ocorrer após a das partes, e a melhor oportunidade é ao final da instrução (antes da sentença), como preconizava o revogado art. 502 do CPP<sup>86</sup>.”<sup>87</sup> (grifei)

---

85 BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 168.

86 Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade.

Assim, no entendimento de Sérgio de Souza, embora haja autorização para fazê-lo “no curso da instrução”, esta faculdade deve ser utilizada somente quando imprescindível para o regular desenvolvimento do processo ou estando presente o *periculum in mora* (principalmente diante da hipótese de risco de perda da prova, como poderia ocorrer na hipótese do art. 234 do CPP<sup>88</sup>, caso o juiz deixasse a providência apenas para a fase final do processo). A prudência e cautela que devem nortear o juiz em toda a sua atividade, devem servir também para mostrar o momento adequado para intervir na atividade probatória e ainda em que amplitude ela deve operar-se, sem que ela saia da sua especial condição de órgão imparcial *suprapartes* e atue como se fora uma delas, agindo como “juiz-jogador” ou “juiz-treinador”, quando deve agir como ‘juiz-árbitro’.

Outrossim, segundo Pacceli de Oliveira, o sistema acusatório (supostamente imposto pela Constituição Federal de 1988, na qual foram delimitadas as funções do juiz e as atribuições do Ministério Público) deverá funcionar como um redutor e/ou controlador da aplicação do segundo inciso do art. 156, em face da imparcialidade que deve nortear a atuação jurisdicional. Imparcialidade no que se refere à *atuação concreta do juiz* no processo, de modo a impedir que este adote postura tipicamente acusatória, quando, por exemplo, entender deficiente e atividade promovida pelo Ministério Público.

“O juiz não poderá *desigualar* as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais. Parece ser nesse sentido, também a posição de Tourinho Filho (1992, v.3, p. 213).”<sup>89</sup>

---

87 SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional: Pós-Reforma de 2008**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 102-103.

88 “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.”

89 PACCELI OLIVEIRA, Eugênio. *Op. cit.*, p. 334-337.

Ainda, a respeito da “dúvida sobre ponto relevante” a que faz referencia o inciso II do artigo 156 do CPP, entende Eugênio Pacceli de Oliveira que:

“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. A dúvida somente instala-se no espírito a partir da confluência de proposições em sentido diverso sobre determinado objeto ou idéia. No campo probatório, ela ocorreria a partir de possíveis conclusões diversas acerca do material probatório então produzido, e não sobre o *não produzido*. É de se admitir a dúvida do juiz apenas sobre *prova produzida*, e não sobre a insuficiência ou ausência da atividade persecutória.”<sup>90</sup>

---

90 *Ibidem*, p. 338.

### 3. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO ENTRE A CONCEPÇÃO DECLARADA E A EVIDENCIADA

Como já explicitado na introdução, o objetivo deste trabalho é não só reunir algumas das opiniões majoritárias da doutrina, e contrapô-las, como também compará-las com a realidade prática, ou seja, com o entendimento jurisprudencial dos nossos julgadores.

Pretende-se, assim, verificar se o que a maioria da doutrina entende é o que acontece no dia-a-dia dos tribunais.

#### 3.1. A CONCEPÇÃO DECLARADA

Como visto no primeiro capítulo deste trabalho de conclusão de curso, a doutrina brasileira se divide acerca de qual é efetivamente o sistema processual penal atual brasileiro.

Dentre a bibliografia utilizada, somente o procurador Eugênio Paceli de Oliveira adotou posição segundo a qual o sistema processual penal brasileiro seria acusatório. No que se refere ao sistema misto, acreditam que ele é o modelo brasileiro Guilherme de Souza Nucci e Marco Antonio de Barros. Por fim, quanto ao sistema inquisitivo, Aury Lopes Jr. e Fauzi Hassan Choukr defendem que ele é o nosso sistema atual.

Já Ada Pellegrini Grinover entende que os sistemas processuais se dividem apenas em inquisitivo e acusatório, sendo que esse último se dividiria em *inquisitorial system* e *acusatorial system*, ambos modelos de produção de prova.<sup>91</sup> Nessa sistemática, defende que hoje nosso modelo processual seria acusatório (em conformidade com a Constituição Federal), o que não impediria a adoção do *inquisitorial system*.

Também diverge Mauro Fonseca Andrade, que sustenta que os princípios elencados na Constituição não seriam suficientes para afirmar nosso sistema é o acusatório. Sendo assim, acredita ser possível afirmar que a legislação brasileira (tanto infra como constitucional) não faz qualquer referência a adoção de algum sistema processual penal em

---

91 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Op. cit., passim*.

nosso país. Portanto, o sistema nacional seria indefinido – o que não é ideal e poderia ser alterado a partir de uma reforma processual penal total.<sup>92</sup>

De outra sorte, Marcos Alexandre Zilli não chega a adotar em seu livro *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal* um sistema processual. Porém, afirma categoricamente que, tendo em vista a realidade de desigualdades no Brasil, se faz necessário que o juiz tenha iniciativa instrutória no processo. Ainda, sustenta que isso não é incompatível com o modelo acusatório, ao contrário do que afirma, por exemplo, Pacceli de Oliveira.<sup>93</sup>

É possível perceber, por conseguinte, que não há uma maioria que se incline para um determinado sistema. Entretanto, há uma preponderância de autores que acreditam que a iniciativa instrutória não só é autorizada pela sistematização brasileira, como também é necessária – desde que, obviamente, restrinja-se aos limites da imparcialidade, do contraditório, da ampla defesa e proibição de provas ilícitas.

### 3.2. A CONCEPÇÃO EVIDENCIADA PELA JURISPRUDÊNCIA À LUZ DO ART. 156 DO CPP

A fim de realizar uma pesquisa jurisprudencial que pudesse dar um resultado seguro, no site de cada um dos três tribunais analisados (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul), no campo de busca de jurisprudência, inseri “art. 156 do CPP”.

Importante destacar que optei por realizar a pesquisa utilizando como parâmetro o artigo 156 do Código de Processo Penal, e não através de buscas como “sistema acusatório”, com o intuito de verificar não o que a jurisprudência afirma que é o sistema processual penal brasileiro, mas o que se pode perceber que ela utiliza na prática, a partir da significação indicada pela doutrina. █

Uma vez que a Lei nº 11.690/08 foi promulgada em 09/06/2008, as decisões buscadas foram as julgadas entre 10/06/2008 e 01/10/2013.

---

<sup>92</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Op. cit.*, p. 459.

<sup>93</sup> ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. cit.*, p. 271 *et seq.*

### 3.2.1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Foram selecionadas decisões julgadas entre 10.06.2008 e 01.10.2013, que contivessem o art. 156 do Código de Processo Penal. Como resultado, foram encontrados 12 (doze) acórdãos, dos quais somente 02 (dois) tinham relação com o tema deste trabalho. Os 09 (nove) restantes tratavam do *caput* do art. 156 (ônus probatório).

O primeiro que analisaremos é um habeas corpus (nº 95.319/SP), de 19/10/2010, cujo julgamento tratava do momento adequado para inquirição de testemunhas por ordem do juízo. Em suma, a defesa requeria que a ação penal em que o paciente foi condenado por furto qualificado fosse anulada devido à suposta nulidade ocorrida em audiência em que foi ouvida testemunha não arrolada pela acusação na denúncia. Sustenta, no caso, ofensa ao princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

No mérito da decisão, o Ministro Dias Toffoli entende que, em face de equívoco do Ministério Público, o Juízo processante entendeu por ouvir a testemunha como se dele fosse, o que não configuraria qualquer nulidade. Com efeito, sustenta:

“é dever do magistrado a busca da verdade real, para a formação de sua convicção e consequente prolação da sentença. Assim, julgando necessária a oitiva de outras testemunhas indicadas extemporaneamente pelo Ministério Público, o Juiz pode perfeitamente inquiri-las como testemunha do Juízo.”<sup>94</sup>

E, adiante, completa:

“Os artigos 156 e 209, ambos do CPP, admitem que o Juiz, na busca da verdade real, determine a inquirição de outras pessoas além daquelas indicadas pelas partes. Não estabelece momento próprio para esse fim, embora usualmente isso se dê após a tomada dos depoimentos das testemunhas arroladas nos autos pelas partes.”<sup>95</sup>

---

94 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº. 95.319/SP*. Primeira Turma, Relator Dias Toffoli, D.E. 21/02/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2013.

95 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº. 95.319/SP*. Primeira Turma, Relator Dias Toffoli, D.E. 21/02/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 de outubro de 2013.

A segunda decisão encontrada do Supremo Tribunal Federal (HC 82.587-7/RJ, de 15/05/2009) trata também de um *habeas corpus*, esse interposto com a finalidade de decretar a anulação do acórdão condenatório proferido pelo TJRJ, uma vez que não teria sido realizado exame de corpo de delito que a defesa considera fundamental.

Nesses termos, entendeu o Ministro Cezar Peluso:

“Evidente, pois, que a direção da produção de provas é poder atribuído ao magistrado. Como pondera GUILHERME SOUZA NUCCI, ‘trata-se de uma providencia natural, no quadro de produção de provas, que a autoridade judiciária indefira aquelas que forem impertinentes para a solução do caso.’<sup>96</sup>

**É óbvio que o juiz criminal deve proceder à reconstituição histórica dos fatos mediante a realização das provas, ordenando as diligências que julgue necessárias, nos termos do art. 156, II, do CPP.** Mas, com a exceção do exame de corpo de delito, a lei outorga ao juízo a ponderação da necessidade de nova prova pericial, de modo que, se fundamentadamente indefere o pedido, com o objetivo de evitar perícias inúteis, impertinentes ou procrastinatórias, não há excogitar cerceamento de defesa.”<sup>97</sup> (grifei)

### 3.2.2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Foram selecionadas decisões julgadas entre 10.06.2008 (porque a Lei 11.690/08 foi promulgada em 09.06.2008) e 01.10.2013, que contivessem o art. 156 do Código de Processo Penal. Como resultado, foram encontrados 102 (cento e dois) acórdãos, dos quais somente 05 (dois) tinham relação com o tema deste trabalho. Dos restantes, a absoluta maioria dizia respeito ao *caput* do art. 156 (ônus probatório) e alguns outros, à Súmula 07 do STJ (reexame probatório).

As decisões encontradas que guardavam relação com o tema do presente trabalho foram: HC 214.007/SP, HC 176.424/MS, HC 192.410/MS, HC 95.553/SP e o RHC 27.739/SP. Vamos analisa-los separadamente abaixo.

---

96 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 3ª ed. São Paulo: revista dos tribunais. 2004, p. 1120.

97 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus n.º 82.587/RJ*. Primeira Turma, Relator Dias Toffoli, D.E. 21/02/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 12 de outubro de 2013.

A primeira decisão (HC 214.007/SP), de ordem da Relatora Ministra Elenita Vaz e julgado em 19/09/2013, diz respeito à ementa que segue:

*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO-CABIMENTO. COMPETÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO DESTA TRIBUNAL, EM CONSONÂNCIA COM A SUPREMA CORTE. PROCESSO PENAL. CRIME DO ART. 171, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

(...)

**3. O decurso do tempo e a possibilidade efetiva de esquecimento das testemunhas (guardas civis que militam, diariamente, contra os mais variados ilícitos) são circunstâncias que podem influir na busca da verdade real. Assim, necessária, adequada e proporcional a produção antecipada de provas, nos termos do inciso I do art. 156 do Código de Processo Penal.**

4. Ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, ensejasse a concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício.

5. Ordem de *habeas corpus* não conhecida.

(HC 214.007/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 27/09/2013) (grifei)

No mérito da decisão, a Ministra refere que:

“Quanto à questão de fundo, o decurso de tempo e a possibilidade efetiva de esquecimento das testemunhas (guardas civis que militam, diariamente, contra os mais variados ilícitos) são circunstâncias que podem influir na busca da verdade real. Assim, necessária, adequada e proporcional a produção antecipada de provas, nos termos do precitado no inciso I do art. 156 do Código de Processo Penal.”<sup>98</sup>

No ponto, cita decisão da 5ª Turma do STJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicada no Diário Judicial eletrônico em 16/02/2009, no Habeas Corpus nº 104.050/SP, que contém o seguinte entendimento:

“Conforme entendimento consolidado em diversos precedentes desta Corte, quando a demora na produção das provas possa vir a prejudicar a busca pela verdade real, ante a grande probabilidade das testemunhas não se lembrarem precisamente dos fatos presenciados, demonstrada está a urgência da medida.”

---

98 STJ - HC nº 214.2007. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. D.E. 16/02/2009. p. 6

A segunda decisão do STJ a ser analisada diz respeito ao julgamento do Habeas Corpus nº 176.424/MS. Sustenta a impetrante, em síntese, a nulidade da sentença condenatória, tendo em vista a juntada tardia do laudo definitivo de exame toxicológico, relativo ao entorpecente maconha, após a apresentação das alegações finais, pelas partes. Alega, nesse sentido, que a referida prova, requisitada, de ofício, pelo magistrado, afronta diversos princípios constitucionais, "tais como o devido processo legal, o sistema penal acusatório, a isonomia no tratamento entre as partes, de forma a cercear o direito de defesa dos pacientes, permitindo prova manifestamente ilegítima" (fl. 10e). Salienta que o magistrado deve pautar-se pela imparcialidade, de modo que o "fato de o juízo singular, *ex officio*, haver convertido o julgamento em diligência para que se juntasse aos autos laudo definitivo relativo ao entorpecente *cannabis sativa linneu*" (fl. 11e), importou em patente nulidade da sentença condenatória.

O Relator Ministro Haroldo Rodrigues considerou incensurável a conclusão da Corte de origem. Para demonstrar isso, colacionada diversas ementas do STJ no mesmo sentido e completa:

**“De fato, a possibilidade de o Juiz, nos termos do art. 156, II, do Código de Processo Penal, determinar, de ofício, a juntada do laudo pericial não afronta o sistema acusatório, mas, ao contrário, confere ao Juiz posição ativa na instrução criminal, a fim de formar a sua convicção, o que, de modo algum, confunde-se com parcialidade.**

**(...) A determinação da realização de diligências, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, a fim de dirimir dúvida sobre ponto relevante, milita em favor da busca da verdade real, princípio basilar do processo penal, não havendo falar em desigualdade na paridade de armas, já que a diligência requerida pode beneficiar, indistintamente, à acusação ou à defesa.”<sup>99</sup> (grifei)**

Ademais, a decisão referente ao terceiro *Habeas Corpus* é bastante similar à supracitada. O julgamento do HC nº 192.410/MS também trata de impetrante irresignada quanto à juntada aos autos após a instrução de laudo toxicológico definitivo. Entende que o magistrado não poderia, de ofício, ter determinado a anexação do mencionado exame ao feito, mormente porque o Ministério Público nada requereu na audiência de instrução e julgamento.

---

99 STJ - HC nº 176.424/MS. Rel. Ministro Haroldo Rodrigues. D.E. 09/08/2010. p. 21.

O Exmo. Sr. Relator Ministro Jorge Mussi, entretanto, sustentou o mesmo das decisões suprarreferidas:

“Em primeiro lugar, não procede a afirmação de que a determinação de anexação aos autos do laudo toxicológico pelo Juízo caracterizaria violação ao princípio acusatório, tornando a mencionada prova ilícita.

Isso porque embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade.

Sobre a permissão contida no mencionado dispositivo legal, merecem menção os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

"O magistrado, no processo penal, está autorizado a determinar a produção de provas (denominada pela lei de realização de diligências), em qualquer sentido (pró-acusação ou pró-defesa), desde que busque a satisfação de seu convencimento, a fim de mais adequadamente decidir a causa. É lógico que a menção à busca de providências para aclarar dúvidas incidentes sobre pontos relevantes do feito pode dar-se em qualquer prisma, razão pela qual utilizamos os termos 'pró-acusação' e 'pró-defesa'.

Poderíamos dizer que o juiz procuraria apenas as provas da verdade, mas seria somente um eufemismo, vez que a verdade processual é satisfatória ao interesse de uma das partes. descartado o empate, a demanda é julgada procedente ou improcedente, logo, buscar prova que implique na condenação, noutros termos, cuida-se de prova pró-acusação. Atingir prova que acarrete a absolvição pode significar prova pró-defesa. A terminologia, nesse cenário, é irrelevante. O foco principal é a licença legal para que o magistrado torne-se coadjuvante na arena das provas, produzindo as que julgar convenientes. É a ação do sistema processual misto.

O preceituado no art. 156, II, do CPP, é reiterado em outras normas do mesmo Código. Como exemplo,

pode-se citar o art. 209, caput, autorizando o juiz a ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

Quais testemunhas ele pretende ouvir? As que bem entender, pouco interessando se seus depoimentos serão benéficos aos interesses da acusação ou da defesa.

Nesse contexto, aguarda-se, por evidente, a prudente atuação do magistrado no processo penal, jamais se tornando um juiz parcial, pautando-se pelos interesses da acusação ou da defesa. A sociedade não espera a realização de qualquer espécie de justiça, vale dizer, não se anseia por uma solução sectária ou passional de uma causa criminal. Quer-se a imparcial aplicação do direito, revelando o julgador ser pessoa séria, atenta, desinteressada dos pólos contrapostos da demanda. O magistrado não se pode vestir da roupagem de justiceiro, crendo-se o salvador dos bons costumes e o moralizador da pátria, pois é humano e, se assim pensar, nem mesmo enxerga sua própria falibilidade. Os poderes concedidos ao juiz, no processo penal brasileiro, são inúmeros, muitos dos quais lhe permitem atuar de ofício, sem o pedido de qualquer das partes interessadas. Por isso, o cuidado e a reflexão andam juntos, irmanados,

amparados pelos preceitos constitucionais e flexibilizados pela atuação dos órgãos da acusação e da defesa. Caso os poderes de atuação judicial excedam-se em medidas freqüentes, sem provocação das partes ou com alguma delas mancomunados, deve-se ingressar com exceção de suspeição, buscando-se afastar o magistrado, visto assegurar a Constituição federal a existência de juízes imparciais para reger os processos em geral. Temos sustentado não ser taxativo o rol do art. 254 do CPP, pois o ideal é a garantia do juiz imparcial, pouco importando a razão de quebra da sua neutralidade." <sup>100</sup>

Tem-se, assim, que a determinação de juntada aos autos do laudo de exame toxicológico de ofício pelo togado singular, ao contrário do que sustentado na inicial do writ, não caracterizou ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois conquanto a mencionada prova tenha sido utilizada para corroborar a tese da acusação, foi considerada indispensável pelo Juízo para analisar o mérito da causa, estando a atuação jurisdicional, no caso em apreço, em consonância com as regras constitucionais e processuais penais pertinentes.

A quarta decisão a ser analisada trata do Habeas Corpus nº 95.553/SP, assim ementado:

*HABEAS CORPUS. POSSIBILIDADE. JUIZ. DETERMINAÇÃO. DILIGÊNCIAS. PROCESSO PENAL. ART. 156-CPP. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. DESNECESSIDADE. JUNTADA. AUTOS. CONTEÚDO INTEGRAL. DEGRAVAÇÕES. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. EXCESSO DE PRAZO. FORMAÇÃO DA CULPA. SUPERVENIÊNCIA. SENTENÇAS CONDENATÓRIA E ABSOLUTÓRIA. PREJUÍZO. APRECIÇÃO. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E, NA EXTENSÃO, DENEGADA.*

1. Pode o magistrado ordenar, de ofício, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, diligências necessárias afim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes em relação ao deslinde da causa, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio da verdade real.

(HC 95.553/SP, Rel. ADILSON VIEIRA MACABU, Desembargador convocado do TJ/RJ, julgado em 13/12/2011, DJe 06/02/2012)

No mérito, o Relator explicitou o que segue:

“nada impede que o novo Juízo competente, caso assim entenda, proceda à oitiva das demais testemunhas faltantes, da defesa e acusação, a teor da possibilidade de iniciativa probatória do juiz, expressa no art. 156, do Código de Processo Penal, como forma de obtenção do alcance da verdade real, que sempre deve prevalecer no processo penal”<sup>101</sup>

Por fim, a última decisão refere-se ao Recurso em Habeas Corpus nº 27.739/SP, julgado em 04/08/2011, que buscava a declaração de nulidade da oitiva de testemunha determinada pelo Juízo Singular, sem que sequer tenha sido arrolada pelo órgão ministerial.

No mérito, decidiu o Ministro Jorge Mussi que:

---

101 STJ - HC nº 95.553/SP. Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu. D.E. 06/02/2012. p. 6.

“(…) é certo que no processo penal brasileiro vige o princípio da busca da verdade real, em que o magistrado poderá determinar a produção das provas que entender pertinentes ao deslinde da questão, independente das trazidas pelas partes, de tal sorte que o referido primado, de acordo com o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, ‘tem por fim fomentar no juiz um sentimento de busca, contrário à passividade, pois estão em jogo os direitos de fundamentais da pessoa humana, de um lado, e a segurança da sociedade, de outro’<sup>102</sup>

Nessa ordem de ideias, em decorrência do mencionado princípio, permite-se ao magistrado, até antes de proferir a sentença no feito, atuar de forma ativa na formação das provas que entenda serem úteis à instrução, de forma a esclarecer ponto essencial da questão, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

(…) Dessa forma, detendo o dever de buscar a verdade dos fatos, entendendo necessária a oitiva de testemunhas indicadas de forma extemporânea pelas partes, o Juízo Singular poderá proceder à colheita de seus depoimentos a fim de formar o seu convencimento, ouvindo-as como testemunhas do juízo, nos termos do art. 209 da Lei Adjetiva Penal.

Ademais, ao contrário do aventado na impetração, ao deixar de arrolar a genitora da vítima como testemunha na peça inaugural, a parte fica privada tão somente de poder exigir do magistrado uma futura oitiva dela, mostrando-se possível, todavia, que o Juízo Singular determine a sua intimação para prestar declarações em momento posterior, como testemunha do juízo, caso entenda necessário para a solução da controvérsia.”<sup>103</sup>

### 3.2.3. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Foram selecionadas decisões julgadas entre 10.06.2008 e 01.10.2013, que contivessem a expressão “art. 156”. Importante destacar que não utilizei “art. 156 do CPP” por notar que algumas decisões interessantes ficaram de fora dessa maneira.

Como resultado, foram encontrados 140 (cento e quarenta) acórdãos, dos quais somente 45 (quarenta e cinco) tinham relação com o tema deste trabalho. Dos restantes, a absoluta maioria (aproximadamente 90) tratava do *caput* do art. 156 (ônus probatório), outros diziam respeito à súmula 156 do STF e ao art. 156 da Lei de Execuções Penais.

Os 45 (quarenta e cinco) que tinham relação com o tema do trabalho se dividiam em:

Apelação	24
----------	----

102 NUCCI, Guilherme Souza. Código de Processo Penal comentado. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 350.

103 STJ - RHC nº 27.739/SP. Rel. Ministro Jorge Mussi. D.E. 25/08/2011. p. 2-3.

Embargos de declaração	07
Recurso em sentido estrito	03
<i>Habeas corpus</i>	05
Agravo em execução penal	03
Pronúncia	01
Correição parcial	01
Mandado de segurança	01

De todos esses, somente três julgados (Embargos de Declaração nº 70055298764, 70055299648 e 70047414792) contrapõe a tese segundo a qual é permitido que o magistrado tenha iniciativa probatória no processo sem que isso afete sua imparcialidade.

Diversas decisões (apelações, recursos em sentido estrito e embargos de declarações) da 2ª Câmara Criminal contém a mesma fundamentação, ao menos no que tange à verdade real no processo penal. É o exemplo:

APELAÇÃO TRÁFICO DE DROGAS. INCONFORMIDADE DEFENSIVA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. ORDEM DE INQUIRÇÃO. ART. 212 DO CPP. – (...) A argüição de nulidade, fundada na alegação de terem sido as testemunhas inquiridas inicialmente pelo Juiz, não tem passagem, pois não demonstrado o prejuízo. Deve ser lembrado que esta Câmara já enfrentou questão semelhante. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Pretório Excelso. - **Não há, também, ofensa ao sistema acusatório.** Lembramos que ao Juiz, nos termos do art. 156 do estatuto processual, é reconhecida a possibilidade de, "...independentemente de qualquer alegação das partes, determinar as diligências, que entender necessárias à completa e real apuração da verdade, quer, assim, beneficie os interesses da acusação, quer os da defesa.", conforme deixou assentado o insigne processualista Eduardo Espínola Filho. - **A busca da verdade real, por sua vez, não afronta a imparcialidade do Julgador, o contraditório, a paridade de armas, nem a ampla defesa.** Com efeito, a "verdade", qualificada como "real" ("Que existe de fato; verdadeiro", segundo o mestre Aurélio), por verdade axiomática, não poderia ser assim adjetivada se ao ser revelada somente pudesse beneficiar uma das partes. - Rogério Laura Tucci anota que "É de evidência palmar que a regra maior, a dita super-regra de Direito Processual Penal, é a correspondente ao caráter publicístico do respectivo processo". Esclarece, logo adiante: "... três são as regras genéricas as quais o princípio publicístico se expressa, no ordenamento jurídico brasileiro, especificado ao Direito Processual Penal, a saber: a) regra da oficialidade; b) regra da judiciedade; e, c) regra da verdade material, ou atingível." - **"E a regra da verdade material, ou atingível, é a pertinente ao processo penal como um todo, e à ação judiciária que nele se efetiva, posto configurar o dado mais relevante do escopo naquele perseguido, qual seja, a par da preservação do interesse comunitário, a assecuração da**

**liberdade jurídica do ser humano nele envolvido."** - Com efeito, não podemos olvidar que o Supremo Tribunal Federal já deixou assentado que não se pode permitir "que o processo se transforme em um instrumento de estratégias totalmente divorciado dos seus princípios básicos, que são a busca da verdade real e a aplicação do direito." (passagem da ementa do HC 100754/BA, Ministro LUIZ FUX, j. em 03/05/2011, Primeira Turma) - O mesmo Sodalício, há muito, já havia proclamado que a verdade real é um dos princípios que o nosso processo penal consagra (HC 55585/SP, Relator: Min. MOREIRA ALVES - "... dos princípios que o nosso processo penal consagra: o da verdade real, o do livre convencimento do juiz e o da inexistência de hierarquia legal probatoria." (grifamos) - **A lei processual, assim, tendo em conta tais princípios, assegura ao magistrado formular perguntas as testemunhas**, conforme se verifica pelo disposto no art. 212, Parágrafo único do CPP. - Não podemos olvidar, ainda, que a busca da verdade real, sem comprometer a imparcialidade do Julgador, pode ser perseguida inclusive neste grau de jurisdição, mesmo em sede revisional. - Precedentes do Pretório Excelso. (...) (Apelação Crime Nº 70048357727, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 26/09/2013)<sup>104</sup> (grifei)

No mesmo sentido, porém agora com outra formulação, foi o entendimento da Segunda Câmara Criminal no julgamento da apelação 70020878518, em 23/09/2008. Segundo a Relatora, Desembargadora Lúcia de Fátima Cerveira, "o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante", sem que isso viole o *due process of law*.

Também a apelação nº [70043323765](#), da Oitava Câmara Criminal do TJRS, deixa clara qual a posição da jurisprudência em nosso estado a respeito da iniciativa instrutória do magistrado no processo penal:

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. 1. PRELIMINAR. NULIDADE DO PROCESSO. NÃO OCORRÊNCIA. Há que se diferenciar a atividade acusatória, privativa do Ministério Público (art. 129, I do CP), da atividade probatória, conferida às partes e ao magistrado, a este último ao fim de complementar a produzida por aquelas. Hipótese na qual o decisor singular, entendendo, previamente à prolação da sentença, existir dúvida insanável quanto a fato relevante da demanda (incongruência entre a prova testemunhal e o laudo técnico produzido), determinou diligências, oficiando o Departamento Médio Legal, para que prestasse esclarecimentos complementares. Decisão devidamente fundamentada e amparada em permissivo legal - art. 156 do CPP -, não havendo qualquer evidência de parcialidade do juiz singular. Deficiência cognitiva da vítima que justifica questionamentos mais incisivos sobre os fatos, não se observando parcialidade nas perguntas feitas, até mesmo porque assim também se portaram a acusação e a defesa, quando a inquiriram. Inexistência de afronta ao sistema acusatório ou evidências de parcialidade do magistrado "a quo". Preliminar de nulidade rejeitada. (Apelação Crime Nº 70043323765, Oitava

---

104 No mesmo sentido: TJRS Apel. Crim. N.º 70048357727, 70046584884, 70046487229, 70050328673, 70046850681, 70038053021, 70049643315, 70048649271, 70050493899, 70047977616, 70043631621, 70043861509 e Habeas Corpus Nº 70029379112.

Esse entendimento também foi evidenciado no julgamento dos Recursos em Sentido Estrito nº 70050475888, 70042120733, 70048870224 e 70046092623, nos quais o Relator sustentou que "...independentemente de qualquer alegação das partes, determinar as diligências, que entender necessárias à completa e real apuração da verdade, quer, assim, beneficie os interesses da acusação, quer os da defesa". E transcreveu a opinião de Eduardo Espínola Filho:

“A busca da verdade real, por sua vez, não afronta a imparcialidade do Julgador, o contraditório, a paridade de armas, nem a ampla defesa.”<sup>105</sup>

E no mandado de segurança nº 70046606513, cuja fundamentação está no inciso II do art. 156 do Código de Processo Penal. Dessa maneira, entendeu-se que não havia vício a ser reconhecido na decisão da magistrada que, antes de proferir a sentença, determinou, de ofício, a conversão do feito em diligência para a realização de avaliação psicológica da vítima.

O mesmo se deu no Habeas Corpus nº 70045303492, em cujo julgamento adotou-se a tese segundo a qual cabe ao juiz a análise da conveniência da produção de uma prova, sendo a ele facultado, nos termos do art. 156 do CPP, ordenar, inclusive de ofício, as diligências que entender necessárias à formação do seu convencimento quanto à veracidade das afirmações das partes. Dessa forma, considerou-se inexistente qualquer constrangimento legal no que tange a esse ponto, ou violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No mesmo sentido, no julgamento do Agravo em Execução Penal nº 70039343652, afirmou a Desembargadora Relatora Fabianne Breton Baisch que “(...) em que pese até pudesse o magistrado, na condição de destinatário da prova, ordenar, de ofício, tais diligências, ex vi do art. 156 do CPP”<sup>106</sup>.

---

105 SPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Bookseller. 2000.

106 Agravo Nº 70039343652, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 24/11/2010.

De outra sorte, pode-se perceber a partir da ementa abaixo que há uma parcela, sem dúvidas minoritária, da jurisprudência que discorda das posições acima, sustentando que a iniciativa do juiz comprometeria, sim, a sua imparcialidade:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. (...) Disposição contrária ao sistema acusatório. **O Estado criou uma instituição especialmente voltada à persecução criminal e é ela o Ministério Público, que tem a seu favor todo o aparato necessário para buscar qualquer elemento probatório para a condenação do réu. O juiz, a fim de garantir a sua imparcialidade, não deve buscar provas para respaldar a condenação.** Art. 156 do Código de Processo Penal. Cabe ao Ministério Público o ônus de comprovar as circunstâncias e validade de todas as afirmações acusatórias constantes na denúncia. (...) (Embargos de Declaração N° 70055298764, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 05/09/2013)<sup>107</sup> (grifei)

#### **3.2.4. Considerações a respeito do conceito de verdade real na doutrina**

Tendo em vista que, como pudemos perceber no capítulo anterior, a jurisprudência se refere com muita frequência ao termo “verdade real”, considero importante fazer algumas considerações a respeito do tema.

Consoante Marco Antônio de Barros, no meio doutrinário tradicional, durante muito tempo foi predominante o entendimento de que a prova tem como finalidade suprema e substancial a verificação da verdade. Por isso, ela foi equiparada ao “meio pelo qual a verdade consegue atingir o espírito do julgador, sendo ela a única que pode nele gerar, legitimamente, a convicção racional da criminalidade”<sup>108</sup>.

Entretanto, esse posicionamento já não mais convence a doutrina moderna. Entres as razões para isso, está o que assevera Aury Lopes Júnior que a partir de conceitos como o da verdade real teria sido criada a estrutura do processo inquisitório e que ela, entendida como

---

107 No mesmo sentido, TJRS Embargos de Declaração N.º 70055299648 e 70047414792.

108 BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*

verdade absoluta, é sempre intolerante, sob pena de perder seu caráter “absoluto”. Isso autorizaria o “combate a qualquer custo”, legitimando até mesmo a tortura e a crueldade.<sup>109</sup>

Posição diferente adota o procurador Eugênio Pacceli de Oliveira. Ele sustenta que apesar de frequentemente no campo da distribuição do ônus da prova conceder-se ampla liberalidade de iniciativa probatória ao juiz com base no princípio da verdade real, não existe verdade judicial que não seja verdade processual (não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica). Assim, esse princípio seria na verdade “manipulado para justificar a substituição do Ministério Público pelo juiz, no que se refere ao ônus probatório que se reserva àquele”.<sup>110</sup>

Ele traz à tona o entendimento de que a gravidade das questões penais seria suficiente para permitir uma busca mais ampla e intensa da verdade, diferentemente do que ocorreria no processo civil, por exemplo. Daí seria possível verificar que o chamado princípio da verdade real ainda rende inúmeros frutos aos aplicadores do Código de Processo Penal, geralmente sob o argumento da relevância dos interesses tratados no processo penal.

“A busca da verdade real, em tempos ainda recentes, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade. Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal.”<sup>111</sup>

De acordo com o jurista, a crença inabalável de que a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável da sua perseguição como meta principal do processo penal. O princípio da verdade real,

---

109 LOPES JR., Aury. *Op cit.*, p. 114 e 116.

110 PACCELI OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10-11.

111 *Ibidem*, p 332.

então, exercia o papel de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz.

“A expressão, como que portadora de efeito mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a par conditio (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, impedem-no.”<sup>112</sup>

Por conseguinte, defende que a configuração do processo penal brasileiro não guarde qualquer identidade com uma postura inquisitorial, de maneira que se impõe o redimensionamento de vários institutos ligados à iniciativa probatória do juiz. Acredita Pacceli de Oliveira, assim, que a iniciativa do juiz não pode se constituir em atividade supletiva dos deveres ou ônus processuais atribuídos ao Ministério Público.

Ele entende que somente uma leitura constitucional do processo poderá afastar – ou ao menos diminuir – tais inconvenientes, com a afirmação do princípio do juiz natural e de sua indispensável imparcialidade. Dessa forma, entende que a iniciativa probatória concedida a ele deve se limitar ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazidos pelas partes, nos termos do inciso II do art. 156 do Código de Processo Penal.

“Mas, de uma maneira ou outra, a verdade material continua sendo um princípio processual relevantíssimo em tema de prova, sobretudo quando manejado para a exclusão de determinados meios de prova.”

Outra razão pela qual o posicionamento de que a finalidade suprema do processo é a busca pela verdade já não mais convence a doutrina moderna está exposta na opinião de Marco Antônio de Barros, que acredita que tal concepção translada ao âmbito do Direito Processual todos aqueles problemas de natureza filosófica que se plantam em torno do conceito de verdade. Como na realidade nem sempre se consegue atingir a verdade em seu sentido filosófico, a finalidade da prova passa a ser examinada sob o prisma da formação da convicção do julgador. Extrai daí que:

**“a prova tem por finalidade a formação da convicção do juiz quanto à existência dos fatos e atos jurídicos que são objeto da afirmação positiva ou da argumentação negativa, segundo as alegações feitas pelas partes. (...) Além disso, a prova vai também ao encontro do convencimento das partes que são seus**

---

112 *Idem, Ibidem.*

destinatários indiretos, e que dela necessitam para aceitar como justo o julgamento.”<sup>113</sup> (grifei)

Analisando a prova como instrumento da verdade, afirma que, em regra, somente o que está provado pode ser tido como verdade. O que significa dizer que, para o juiz formar o seu convencimento a respeito da veracidade da imputação apresentada pela acusação contra o réu, é preciso que obrigatoriamente se atenha ao contexto probatório produzido nos autos. No ponto:

“é por meio das provas que se reproduz (ou se tenta reproduzir), no processo, a realidade que envolve o fato ilícito. **A verdade não vinga sem as provas.**”<sup>114</sup> (grifei)

No ponto, Ada Pellegrini Grinover entende que ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de convencimento. Contudo, isso não significa dizer que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva proferir a sentença quando a tiver encontrado.

“Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quando maior a sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará.”<sup>115</sup>

A jurista defende, no mesmo sentido, que o juiz deve tentar descobrir a verdade e, em razão disso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória do magistrado. Quanto a esse aspecto, entende que:

“Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento. Mas se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado. Até as regras processuais sobre preclusão, que se destinam apenas ao regular desenvolvimento do processo, não podem obstar ao poder-dever do juiz de esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau possível de certeza, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente

---

113 BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 120.

114 *Ibidem*, p. 146.

115 PELLEGRINI GRINOVER, Ada. *Op. cit.*, p. 19.

acontecerá se o provimento jurisdicional for o resultado da incidência da norma sobre fatos efetivamente ocorridos.”

Ademais, Marco Antonio de Barros sustenta que a formulação legal do ônus da prova não prejudica a recomendação que é feita ao juiz de modo geral, no sentido de intervir naqueles casos em que a defesa se mostra deficiente. Assim, utilizando-se dos poderes-deveres que a lei lhe confere, o magistrado pode determinar as diligências necessárias ao perfeito esclarecimento da verdade. Por isso a lei faculta a intervenção do juiz, por sua livre iniciativa, no campo da produção de provas.

Isso não muda o entendimento já solificado de que a averiguação da verdade submete-se a algumas limitações legais. Todavia, não pode encontrar um limite infranqueável na vontade das partes, pois no processo penal predomina o interesse público – como também entende Mauro Fonseca Andrade. Logo, o juiz pode, na visão desses dois autores e também de Ada Pellegrini, desde que no âmbito da estrita legalidade, ampliar o conjunto de provas que mereçam ser produzidas no curso da instrução do processo, visto que a sua iniciativa se dá em favor do descobrimento da verdade.

Por todo exposto, entendo que, apesar das críticas a respeito do conceito de “verdade real”, os julgados colacionados no capítulo anterior demonstram que vem sendo utilizado ao encontro daquela prevista pelos três juristas suprarreferidos.

Por fim, importante destacar o que ensina Marco Antonio de Barros:

“Ponto dos mais delicados no tratamento da busca da verdade concerne à delimitação dos poderes do juiz. (...) Na doutrina existe divisão de correntes sobre a participação ativa do juiz no processo. Há os que pregam a adoção de um modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas, semelhante ao *adversarial system* do ordenamento anglo-saxão, no qual o julgador se limita a analisar os elementos fornecidos pelas partes. Nem se desconhece o argumento que vislumbra nos poderes do juiz a existência de fatores que provocam o desequilíbrio na relação processual, quando identificáveis nas provas de iniciativa oficial, as quais geralmente trazem uma vantagem para a acusação, que institucionalmente já é considerada mais forte e aparelhada. Em sentido contrário estão os que cobram maior participação do julgador na obtenção da prova. Tal é a tese sustentada sob o prisma de que o juiz, num processo publicista, coerente com a sua função social, é necessariamente ativo, de tal sorte que o julgador deve suprir as deficiências dos litigantes, a fim de superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*.”<sup>116</sup>

---

116 BARROS, Marco Antonio de. *Op. cit.*, p. 140 *et seq.*

No ponto, adoto a posição do jurista e acredito que, mesmo em um processo sustentado por uma visão garantista, não se pode declarar incompatíveis entre si a manutenção da imparcialidade do julgador e a participação ativa dele na instrução do processo, como se vê no trecho que segue:

“Com efeito, os ‘poderes do juiz’ são manifestações do poder estatal que se confere ao julgador, com evidente característica de ‘poder-dever’, incumbindo ao magistrado zelas pelo fiel cumprimento. Aliás, esse poder-dever está nitidamente sublinhado na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, quando ali se faz o alerta no sentido de que o juiz deixa de ser um espectador inerte da produção de provas, sendo permitida a sua intervenção na atividade processual para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade.

(...) Noutras palavras, a iniciativa do juiz no campo da instrução do processo penal é de natureza complementar ou supletiva, como assevera a própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, pois visa eliminar as falhas e omissões cometidas pelas partes e assim apagar as deficiências que podem interferir prejudicialmente no seu livre convencimento. Lembre-se que na recente reforma parcial do Código, o incentivo a essa atividade jurisdicional complementar de elucidar os pontos não esclarecidos da prova ficou ainda mais evidente. Por exemplo: uma das alterações implementadas, pertinente ao exame direto da prova oral produzida em audiência, conduz à formulação de perguntas feitas pelas partes diretamente à testemunha. Contudo, o juiz, a seu exclusivo critério, pode complementar a inquirição.”<sup>117</sup>

---

117 *Ibidem*, p. 140 *et seq.*

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, considero importante lembrar a ideia de conceitos fechados e abertos trazida por Mauro Fonseca Andrade em seu livro *Sistemas Processuais Penais e Seus Princípios Reitores*. De acordo com essa ideia, as definições comumente encontradas não podem ser encaradas como representações definitivas de cada sistema processual, pois variam muito de autor para autor.

Como pudemos ver no primeiro capítulo, ao menos na realidade atual brasileira, isso é verdade. Cada doutrinador parece adotar a sistemática que mais lhe convém, até mesmo por razões ideológicas, muitas vezes gerando representações bastante distantes da realidade. No ponto, entendo que esses “tipos ideais” devem ser vistos apenas como referenciais, e não como verdades absolutas.

Outrossim, acredito que essa problemática tem, na verdade, relação com o que se entende como processo penal. A atividade ou passividade do juiz é também uma questão política, visto que leva em consideração a função social do processo na realidade brasileira.

Como vimos, não há convergência na opinião da doutrina. Sequer há uma maioria significativa que se possa considerar representativa da sua opinião. De qualquer maneira, ao menos em minha opinião, por todo exposto no primeiro capítulo, resta claro que não será o fato de se atribuir uma margem de iniciativa probatória ao juiz na fase investigatória que apontará o modelo processual penal adotado.

Dessa forma, quanto à classificação doutrinária, considero melhor compatível com a realidade tanto constitucional como processual penal brasileira a trazida por Ada Pellegrini Grinover, na medida em que demonstra não só que ambos institutos são compatíveis, como também leva em consideração a realidade pátria, ao asseverar que o papel do juiz, em um processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo.

Em um país como o Brasil, em que as desigualdades são patentes, é dever do Estado, através de uma maior intervenção, garantir que isso não se reflita no processo penal, determinando a produção de provas sempre que necessário. E, obviamente, desde que isso não afete a sua imparcialidade.

Estruturalmente, um sistema processual penal de índole acusatória não é, e não será, incompatível com o reconhecimento e concessão de poderes instrutórios ao juiz, desde que este sujeito processual não concentre, além da função decisória, também a função acusatória. Assim, ao contrário do que entende Aury Lopes Júnior, a “clara matriz inquisitória” do processo penal brasileiro pode, sim, estar de acordo com a Constituição, desde que a iniciativa probatória do juiz seja vista como suplementar, e nunca de maneira a substituir a iniciativa das partes. Ademais, é isso que se vê diariamente nos tribunais, como explicitado no terceiro capítulo deste trabalho.

Contudo, ainda que eu considere a opinião de Ada Pellegrini a que melhor se adéqua à nossa realidade, não vejo que o processo penal pátrio está organizado de um modo sistêmico. Para isso, seria necessário a unificação de seus procedimentos, de uma maneira que ficasse absolutamente claro para todos. Do contrário, como afirma Mauro Fonseca Andrade, se estará estimulando a criação ou manutenção de uma desigualdade de procedimentos que repercutirá direta e negativamente sobre as garantias do acusado, principalmente no que diz respeito a ser julgado por um juiz imparcial.

No ponto, concordo com referido autor no que diz respeito ao entendimento de que somente uma reforma processual penal total será capaz de sanar as dúvidas hoje existentes e que acabam por gerar esse conflito exposto ao longo desta obra. Para ele, a criação desse novo Código (mesmo que ele venha a reproduzir certas práticas autorizadas pelo atual diploma) evitará – ou ao menos obstacularizará – o “esforço criativo” de determinador autores, que procuram negar vigência a determinados dispositivos por representarem supostas práticas inquisitivas, “*colocando o selo da inquisitorialidade em práticas judiciais e institutos jurídicos também presentes no sistema acusatório.*”<sup>118</sup>

Ainda, eleição do sistema processual penal e a elaboração de um novo Código de Processo Penal possibilitariam o “encadeamento lógico-normativo” de todos os institutos processuais penais (modelos de investigação, ritos procedimentais e princípios) nele inseridos.

Porém, mais do que isso, acredito que a elaboração de um novo Código de Processo Penal, em que fique clara a opção pelo sistema acusatório com viés de *inquisitorial system*

---

118 ANDRADE, Mauro Fonseca. *Op. cit.* p. 463.

impedirá que essa confusão doutrinária venha a se refletir na jurisprudência, evitando-se, assim, que as disposições criadas sejam vistas com reserva ou até derogadas.

Por fim, ressalto que o mais importante é que os princípios constitucionais e processuais estejam em consonância entre si e sendo obedecidos na prática jurisprudencial, e não que haja definições extremamente precisas acerca dos termos que envolvem os sistemas processuais penais e exista um consenso doutrinário – o que, convenhamos, é impossível.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 1ª Ed. Porto Alegre: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. **O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo**. Revista Ibero-americana de Ciências Penais, v.9, nº 17, p. 51-84 de 2009.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARMBORST, Aline Frare. **A Atuação Instrutória do Juiz no Processo Penal Brasileiro à luz do Sistema Acusatório**. Trabalho de Conclusão de Curso para graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob orientação do Professor Nereu José Giacomolli. 2008.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CLEMENTEL, Fabiano Kingeski. **A ideologia no processo penal brasileiro a partir dos sistemas processuais penais**. Diss. (Mestrado em Ciências Criminais) - PUCRS, Fac. de Direito 2011. Porto Alegre, 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal – Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **O Direito como Sistema de Garantias**. Revista do Ministério Público. Lisboa, nº 61, jan-mar./1995, p. 40.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MITIDIERO, Daniel e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de Processo Civil: volume 2: processo de conhecimento**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. São Paulo: RT, 2007

\_\_\_\_\_. **Provas no Processo Penal**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

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

PELLEGRINI GRINOVER, Ada. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política e Criminal e Penitenciária. Brasília, v. 1, n. 18, jan./jul. de 2005.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **Reforma Processual Penal de 2008**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da Prova Penal Constitucional Pós-Reforma de 2008**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Anotado**. São Paulo: Bookseller. 2000.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição, Ação e Processo Penal: subsídios para a Teoria Geral do Direito Processual Penal**. 1ª ed. Belém: CEJUP, 1984..

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.