

ANTONIO FELICIANO DA SILVA FILHO

**INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ FACE AO MODELO
ACUSATÓRIO BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Marcus Vinícius Reis Bastos

Brasília – DF

2009

Dedico este trabalho a minha amada esposa Ana Paula que sempre esteve ao meu lado, superou comigo as maiores dificuldades e modificou o meu viver. Sou eternamente grato pelo seu carinho, amizade, paciência e amor.

Agradeço primeiramente a Deus pelas bênçãos a mim concedidas e por estar sempre guiando meus passos. Ao meu orientador, Excelentíssimo juiz de Direito, Dr. Marcus Vinícius, que possibilitou a realização deste trabalho.

RESUMO

O objetivo do trabalho é esclarecer o papel do juiz no modelo acusatório brasileiro, diferenciando os diversos sistemas processuais, apontando principalmente a problemática da produção da prova. A iniciativa probatória deste “ator” processual é analisada sob a perspectiva do Direito Processual Penal Constitucional uma vez que os princípios constitucionais relativos ao processo, dentre eles, o do contraditório e da ampla defesa, são verdadeiros limites a tal atividade. Faz-se distinção entre o binômio processo acusatório-inquisitório e *adversarial-inquisitorial system*, já que não são correspondentes. Denomina-se *adversarial system* o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha processual e, *inquisitorial system*, aquele no qual tal tarefa recai sobre o juiz, ambos se caracterizam por serem sistemas de produção de prova. A iniciativa oficial no campo probatório é analisada sob a perspectiva da imparcialidade do juiz, não sendo prejudicada quando este determina a produção de prova não requerida pelas partes, em momento adequado, pois não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Ao final é feita uma análise dos artigos 155 e 156 do CPP, objetos de alteração pela lei 11.690/08, optando-se por uma interpretação sistemática de tais dispositivos uma vez que a mera interpretação literal representa grave afronta ao modelo acusatório. O direito processual é regido por princípios publicistas e tem fins que se confundem com os objetivos do Estado, sendo o papel do juiz necessariamente ativo.

Palavras-chaves: Juiz – processo – processo penal – modelo acusatório – prova – atividade das partes – contraditório – ampla defesa – verdade real – verdade formal – *adversarial system* – *inquisitorial system* – iniciativa instrutória.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| INTRODUÇÃO | 7 |
| 1 A POSIÇÃO DO JUIZ NO MODELO ACUSATÓRIO | 9 |
| 1.1 Sistemas processuais | 9 |
| 1.1.1 <i>Sistema inquisitivo</i> | 9 |
| 1.1.2 <i>Sistema acusatório</i> | 12 |
| 1.1.3 <i>Sistema misto ou acusatório formal</i> | 15 |
| 1.1.4 <i>Sistema antropológico</i> | 19 |
| 2 A PROVA NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO | 21 |
| 2.1 Atividade das partes | 21 |
| 2.1.1 <i>Sujeitos do Processo</i> | 21 |
| 2.1.2 <i>Parte material e parte formal</i> | 26 |
| 2.2 Contraditório | 27 |
| 2.3 Ampla defesa | 33 |
| 2.4 Verdade real e verdade formal (processual) | 39 |
| 3 O JUIZ E A PRODUÇÃO DA PROVA | 47 |
| 3.1 Sistemas possíveis: “adversarial system” e “inquisitorial system” | 47 |
| 3.1.1 <i>Sistema inquisitorial</i> | 48 |
| 3.1.2 <i>Sistema “adversarial”</i> | 49 |
| 3.1.3 <i>Características do sistema “adversarial”</i> | 50 |
| 3.1.4 <i>Críticas dirigidas ao sistema “adversarial”</i> | 55 |
| 3.2 Produção de prova de ofício pelo juiz e imparcialidade | 58 |
| 3.3 Iniciativa instrutória do juiz e verdade real | 69 |
| 3.4 Iniciativa instrutória do juiz e contraditório | 74 |
| 3.5 Reforma no processo penal: os atuais artigos 155 e 156 do CPP | 77 |
| CONCLUSÃO | 90 |
| LISTA BIBLIOGRÁFICA | 93 |

INTRODUÇÃO

O tema escolhido por este aluno é: A iniciativa instrutória do Juiz face ao modelo acusatório brasileiro. A área do conhecimento alvo do trabalho é o Direito Processual Penal com enfoque no Direito Constitucional, uma vez que o estudo é voltado à análise da atuação do Juiz no modelo acusatório existente dentro do ordenamento jurídico brasileiro, dando especial atenção à aplicação dos princípios constitucionais, norteadores do Estado garantista.

A matéria aborda dois ramos do Direito, quais sejam, o Direito Constitucional e o Direito Processual Penal, sendo a pesquisa baseada na doutrina, na lei, em artigos de revistas e internet.

A propagação do modelo acusatório acarretou em diversos países, notoriamente no Brasil, profundas modificações no sistema processual decorrentes da necessidade de adequação do modelo acusatório vigente às garantias constitucionais e às normas da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Porém, a atividade do Juiz perante tal realidade não é tão clara, assim como ainda há confusão, ou se faz confusão, entre os diversos sistemas processuais existentes.

Esclarecer o papel deste ator no modelo acusatório, diferenciando os diversos sistemas processuais, apontando principalmente a problemática da produção da prova é o objetivo deste trabalho.

O primeiro capítulo versa sobre a posição do juiz no modelo acusatório. Para tanto é feita uma análise dos sistemas processuais existentes bem como suas respectivas características, diferenciando-os.

Já o segundo capítulo trata da prova no processo penal acusatório, estabelecendo o que é a atividade das partes, o contraditório, a ampla defesa e a verdade real e formal (processual).

Por fim, o terceiro e último capítulo diz respeito à atividade do juiz e a produção da prova, no qual são apresentados os sistemas probatórios possíveis, a questão da produção de prova de ofício pelo juiz e sua imparcialidade, a relação existente entre a iniciativa instrutória e a imparcialidade, a verdade real e o contraditório, além de sua respectiva repercussão na recente reforma processual decorrente da Lei 11.690/08.

1 A POSIÇÃO DO JUIZ NO MODELO ACUSATÓRIO

1.1 Sistemas Processuais

O entendimento do papel do Juiz no modelo acusatório pressupõe o conhecimento de como o mundo contemporâneo classifica os sistemas processuais, quais sejam: inquisitivo, acusatório e misto. É necessário, portanto, analisar as principais características e o momento histórico de cada um deles.

1.1.1 Sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo tem suas raízes nos regimes totalitários próprios das monarquias absolutistas da idade média e teve seu apogeu durante o período do tribunal da inquisição, expressão máxima do repressivo direito canônico da época. Tal sistema predominou em quase todas as legislações européias dos séculos XVI, XVII e XVIII. O sistema inquisitivo se desenvolveu a partir da concepção de que a defesa da sociedade era uma tarefa do Estado e este por sua vez não poderia deixar tamanha responsabilidade ao arbítrio do particular, posto que eles, os particulares, detinham essa atribuição quando vigorava o então sistema acusatório privado. O objetivo desse sistema era não mais permitir ao particular a possibilidade de reprimir as agressões que o indivíduo ou o seu grupo sofria; pois tal tarefa agora era incumbência do Estado, o verdadeiro legitimado para defender a sociedade.¹

Esse sistema era guiado e iluminado pelo famoso princípio da verdade real que legitimava os abusos e os excessos cometidos pelas autoridades incumbidas de realizarem

¹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 45-46.

a persecução penal. A depender da gravidade do delito autorizariam até mesmo a prática de métodos violentos e ilegais.²

Tourinho Filho ressalta que o processo inquisitivo tinha por finalidade evitar injustiças, porém transformou-se em um instrumento de opressão a partir do momento em que “os soberanos viram nesse tipo de processo, uma arma poderosa”.³

Sistema caracterizado pela concentração das funções de acusar e julgar nas mãos de um único ente público: O Estado-juiz; o que conseqüentemente comprometia a sua imparcialidade. No entanto, naquele período da história, essa foi a melhor saída encontrada para retirar do cidadão o direito de acusar. Fato este que comprometia a segurança jurídica das relações e colocava em risco a própria existência do Estado.⁴

No sistema inquisitivo, não há separação de funções. O órgão que investiga é o mesmo que posteriormente julgará. O juiz é quem dá início a ação penal, em seguida realiza a defesa do acusado e depois o julga.⁵

Resta ao juiz, em tal sistema, a tarefa de convencer as partes da sua íntima convicção, já manifestada quando iniciou a ação. Uma vez que o juízo de valor é realizado no momento da propositura da ação, ele não forma seu convencimento a partir das provas trazidas aos autos pelas partes.⁶

Pode-se assim, enumerar as principais características do sistema inquisitivo: as funções: acusar, defender e julgar, concentradas na pessoa do juiz, que inicia a ação *ex*

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 290-291.

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. I, p. 88.

⁴ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 46.

⁵ *Ibidem*, p. 46.

⁶ *Ibidem*, p. 46.

officio, o que macula a sua imparcialidade; o processo é sigiloso, não há a participação do povo e tudo é feito secretamente; não existe contraditório e nem mesmo ampla defesa, tendo em vista que o acusado é tratado como mero objeto do processo e não um sujeito de direitos, onde não lhe é conferido nenhuma garantia.⁷

A confissão ocupava posição de destaque e era eleita a rainha das provas já que se utilizava do sistema da prova tarifada ou prova legal.⁸

O sistema das provas legais ou prova tarifada consistia num rígido modelo de apreciação de provas, por meio do qual, estabeleciam-se previamente quais seriam os meios de provas pra cada delito, e se atribuía um valor específico para cada uma delas.⁹

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho destaca que a principal característica do sistema inquisitivo residiria no gerenciamento da prova que ficaria a cargo exclusivo do magistrado que a produziria em sigilo; ressalta que a vantagem desse sistema estaria na facilidade do magistrado para conhecer a verdade dos acontecimentos e as circunstâncias em que se deram os fatos. Porém, adverte que pelo fato dessa operação realizada pelo magistrado ser efetuada sem respeitar o contraditório, ele estaria guiado essencialmente por seu entendimento pessoal do fato.¹⁰

Analisando as características do sistema inquisitivo, é perceptível sua total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito, portanto, esse meio de solução de conflito, inaplicável nos dias

⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 46.

⁸ *Ibidem*, p. 46-47.

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 295.

¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *apud* RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 46-47.

atuais, deve ser banido dos ordenamentos jurídicos modernos que devem ter como princípio norteador o respeito à dignidade da pessoa humana, possibilitando aos cidadãos as mínimas condições de vida, respeitando a sua condição de ser humano.¹¹

O sistema inquisitivo, além de incompatível e inaplicável, mostra-se inadequado à nova ordem jurídica democrática. No entanto, vale ressaltar que há várias legislações vigentes que o adotam na integralidade ou que conservam suas características inquisitivas, a exemplo do nosso código de processo penal de 1941 que ainda é dotado de vários traços inquisitivos, embora o sistema acusatório seja o adotado atualmente.¹²

1.1.2 Sistema acusatório

Ideologicamente oposto ao inquisitivo, o sistema acusatório caracteriza-se pela separação de funções, exercendo o juiz a função de aplicar a lei diante do caso concreto de forma imparcial. O magistrado só deve se manifestar quando devidamente provocado pelo autor, que é o responsável pela acusação. Ao réu lhe são assegurados todos os direitos constitucionais inerentes à sua personalidade. Sua defesa deve valer-se de todos os meios e recursos legais inerentes a ela. Dessa forma, no sistema acusatório, forma-se o “*actum trium personarum*”, traduzindo: ato de três personagens: o juiz, o autor e o réu.¹³

No sistema acusatório, ao juiz é vedado iniciar a ação penal “*ex officio*”. Nesse sistema existe um órgão próprio, criado pelo Estado, para desempenhar tal função: o Ministério Público, que é o titular da ação penal pública, excluindo definitivamente o

¹¹ MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 1998, Vol. 1, p. 17-18.

¹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. I, p. 91.

¹³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 48.

magistrado da persecução penal. Sua origem surgiu com a figura dos procuradores do rei; na França, no final do século XIV.¹⁴

Joan Verger Grau ressalta a importância de “não atribuir ambas as tarefas (acusar e julgar) a mesma pessoa: o juiz”. Pois “a separação inicial de ambas as funções é pressuposto necessário mesmo que não suficiente para configurar o caráter acusatório do processo”. Por último acrescenta que “a razão de ser do sistema acusatório é a de preservar a imparcialidade do juiz. Para que este seja um verdadeiro julgar supra partes”.¹⁵

De forma sintética as principais características do sistema acusatório são: As funções de acusar, julgar e defender são divididas entre três pessoas distintas: autor, juiz e réu respectivamente; o processo é regido pelos princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa, onde excepcionalmente haverá a mitigação do princípio da publicidade dos atos processuais nos casos expressamente previstos em lei.¹⁶

Cabe ressaltar que, no sistema em questão, vigora o sistema do livre convencimento de provas, isto é, o juiz ao prolatar sua sentença não está vinculado a um tipo de prova predeterminada. Não há uma escala de valor entre as provas, não existe uma que valha mais ou menos que outra, não há prova tarifada. Porém, deverá ater-se àquelas trazidas ao processo. A sentença deve ter correlação com as provas constantes dos autos.¹⁷

¹⁴ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 48.

¹⁵ GRAU, Joan Verger. *Apud* RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 48.

¹⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 48-49.

¹⁷ *Ibidem*, p. 49.

A imparcialidade do julgador que se posiciona acima do conflito de interesse das partes e com elas não se confunde, é também característica de suma importância nesse sistema.¹⁸

O legislador constituinte pátrio, no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988, confere a função de acusar, privativamente, ao Ministério Público, deixando claro sua opção pelo sistema acusatório. Excepcionalmente é dado ao cidadão o direito de apenas dar início à ação, porém, iniciada esta, tal órgão assume a direção mesmo logo após de formada a relação processual. Inexiste a figura do juiz instrutor, pois essa fase preliminar e informativa que precede a propositura da ação penal – o inquérito policial – é incumbência do delegado de polícia, civil ou federal.¹⁹

Na fase do inquérito policial não existe contraditório, nem a ampla defesa. Esse procedimento investigatório caracteriza-se por ser sigiloso e inquisitivo. No entanto, quando a ação penal é instaurada, o processo torna-se público, com contraditório e com ampla defesa e com todos os direitos e garantias constitucionais previstas no nosso direito pátrio.²⁰

Afrânio Silva Jardim, ao analisar o sistema acusatório brasileiro, é enfático ao destacar o papel do Ministério Público dentro da nova ordem jurídica nacional. Afirma: “desempenha o Ministério Público uma função de maior importância, assumindo a titularidade da ação penal e produzindo prova no interesse da verdade, deixando o Juiz equidistante do conflito de interesses”.²¹

¹⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 48-49.

¹⁹ *Ibidem*, p. 49.

²⁰ *Ibidem*, p. 49.

²¹ JARDIM, Afrânio Silva *apud* RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 49.

Hélio Tornaghi destaca objetivamente as diferenças entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo:

O que distingue a forma acusatória da inquisitória é o seguinte: na primeira, as três funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a três órgãos diferentes: acusador, defensor e juiz; na segunda, as três funções estão confiadas ao mesmo órgão. O inquisidor deve proceder espontaneamente e suprir as necessidades da defesa. O réu é tratado como objeto do processo e não como sujeito, isto é, como pessoa titular do direito de defesa; nada pode exigir.²²

É importante lembrar que, uma vez provocado por meio da acusação, o juiz não está mais vinculado à iniciativa das partes, impulsionando, quando necessário, de ofício a persecução penal; porém, deverá obedecer aos princípios do contraditório, da publicidade e da oralidade, sempre proporcionando condições de igualdade entre as partes envolvidas na lide.²³

Pode-se definir, de forma sintética, o sistema acusatório como um conjunto de normas e princípios constitucionais concatenados e alicerçados na idéia da divisão de funções, distribuídas entre três personagens distintos: o acusador, o defensor e o julgador. Isto é, o autor, o réu e o juiz. Importante observar que o acusado não mais é tratado como objeto, mas como sujeito de direitos.²⁴

1.1.3 Sistema misto ou acusatório formal

Tal sistema surgiu na França, logo após a maior revolução ideológica que se tem notícia no mundo. Surge no bojo das inúmeras transformações idealizadas pelos revolucionários franceses da época. O processo penal passou a ter característica do sistema

²² TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1967, vol. II, p. 1-2 *apud* RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 49.

²³ LEONE, Giovanni. **Manuale di diritto Processuale Penale**. Napole: giovane, 1983, p. 8. *apud* PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p.112.

²⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 114.

inquisitivo e do sistema acusatório privado, com três fases distintas: a da polícia judiciária, a da instrução e a do julgamento. A fase da instrução preparatória que se desenvolvia secretamente, por escrito, sem contraditório, conseqüentemente sem oportunidade de defesa ao acusado, era presidida pelo juiz. O processo só teria contornos do sistema acusatório na sessão de julgamento, tornando-se público, oral e com contraditório.²⁵

Esse sistema fazia parte do nosso ordenamento jurídico na época do império, na vigência do Código de Processo Criminal de 1832. Atualmente, adotamos o sistema acusatório, embora ainda existam preceitos legais que mais servem ao sistema inquisitório.²⁶

Um dos objetivos desse sistema era superar a impunidade que estava reinando com o sistema acusatório privado, visto que nem sempre o cidadão procurava a tutela jurídica do Estado para solucionar seus conflitos. Não o fazia ou por desinteresse ou por falta de estrutura do próprio Estado em possibilitar o adequado acesso à justiça. No acusatório formal a persecução penal continuava a cargo do Estado, contudo a ingerência do Estado-juiz se limitava à fase antecedente a propositura da ação penal. Ou seja, as investigações dos crimes eram conduzidas pelo juiz, o que comprometia a sua imparcialidade, mas a acusação ficava a cargo do Ministério Público.²⁷

O sistema misto possui duas fases procedimentais distintas.

São elas: instrução preliminar: fase de característica inquisitiva, marcada pela ingerência do magistrado na condução das investigações, encarregado de colher as

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. I, p. 84.

²⁶ AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Dos sistemas processuais penais. **Jus navegandi**, junho/2005. Disponível <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6948>>.

²⁷ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 50.

informações necessárias para sustentar a acusação quando do julgamento do acusado e a fase judicial, onde predominam as características do sistema acusatório, com debates orais e públicos. A acusação é feita por um órgão distinto daquele que irá julgar.²⁸

Mesmo que o sistema misto seja resultado da mescla das características do sistema inquisitivo com o sistema acusatório, este por sua vez possui características próprias: em regra, a fase preliminar que ficou conhecida na França como a fase de juizado de instrução, é responsabilidade do magistrado que conta com o apoio da polícia judiciária. Essa fase tem por objetivo colher as provas suficientes para a formação de um juízo prévio que autorize a acusação, a partir do princípio de que sem a acusação não há processo. Nesse sistema há clara separação entre os órgãos de acusação e de julgamento.²⁹

Sigilo e segredo são os caracteres dessa fase preliminar, o réu é mero objeto de direito, não lhe permitindo o direito ao contraditório, nem a ampla defesa. Com o oferecimento da acusação, feita pelo Ministério Público, tem-se início a fase judicial, que se desenvolve de forma democrática assegurando ao acusado condições de igualdade de tratamento, nessa fase, ocorrem os debates orais, que são públicos e com contraditório. O réu passa a ser tratado como um sujeito de direitos e gravita em seu favor a situação jurídica de presunção de não-culpabilidade; ficando a cargo do Ministério Público o encargo de provar o contrário.³⁰

²⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 50.

²⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 50-51.

³⁰ *Ibidem*, p. 51.

O sistema misto representou um avanço face ao sistema inquisitivo, porém recebeu duras críticas por continuar permitindo ao magistrado a possibilidade de participar da colheita e produção de provas durante a fase preliminar³¹.

Resultado dessas críticas foi a modificação gradativa e sua adequação às tendências liberais da época que exigiam maiores garantias ao acusado, modificações estas que marcaram a passagem do citado sistema para o acusatório público.³²

Afrânio Silva Jardim que discorre com propriedade que lhe é peculiar sobre o assunto:

Nele (juizado de instrução), não se retirou do órgão jurisdicional a atividade persecutória preliminar, embora se crie uma fase acusatória para o julgamento. Dispondo de uma instituição como o Ministério Público, não vemos vantagem alguma em colocar o Juiz como órgão investigador, em que pese se distinguiem os sistemas legislativos no sentido de criarem mecanismos que procuram manter a indispensável imparcialidade do órgão julgador.³³

O sistema misto, embora conserve em sua essência característica do sistema inquisitivo, teve uma importante contribuição histórica no aprimoramento do principal meio de solução de conflito: o processo. Todavia, diante da realidade que vivenciamos e face ao desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos mundiais, tal sistema se mostra inapropriado e obsoleto, portanto, inaplicável em uma nação de ideologia democrática, onde deve preponderar o respeito e a obediência aos princípios constitucionais decorrentes da dignidade da pessoa humana.³⁴

³¹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 51.

³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. I, p. 90.

³³ JARDIM, Afrânio Silva *apud* RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 51.

³⁴ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 51.

1.1.4 Sistema antropológico

O sistema antropológico é fruto de um pensamento positivista criminológico da Itália do século XIX profundamente diverso dos sistemas processuais vistos anteriormente; talvez por isso jamais foi aplicado de fato.³⁵

Esse sistema foi idealizado por Garófalo, Ferri e por Lombroso, o primeiro era magistrado, o segundo era professor de direito penal e o último era médico. Baseava-se em fatores antropológicos em que pressupunha a ausência de magistrados com formação jurídica, em contrapartida seria necessário que os juízes tivessem diploma de sociologia, psicologia e antropologia criminal, pois, com tal formação, o magistrado seria capaz de fixar a natureza do delito e do criminoso ao mesmo tempo.³⁶

Nesse sistema inexistiria a ação penal exclusivamente privada, pois partem do pressuposto de que a pena é uma necessidade social. A possibilidade de contraditório ficaria restrita ao valor das provas do fato, aos antecedentes pessoais e hereditários e aos “sinais antropológicos” do acusado.³⁷

O exame antropológico seria a principal fase do processo, que iria avaliar se o sujeito era um criminoso nato, caso em que seria apenado com pena de morte, ou se era um doente, hipótese em que lhe aplicaria a medida de interdição em manicômio.³⁸

O sistema antropológico é por demais exagerado em suas proposições ideológicas; porém, devemos ressaltar e destacar a importância da sociologia, da psicologia e

³⁵ MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 1998, Vol. 1, p. 20.

³⁶ *Ibidem*, Vol. 1, p. 20.

³⁷ AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Dos sistemas processuais penais. **Jus navegandi**, junho/2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6948>>.

³⁸ *Ibidem*.

da criminalística, como ciências que poderão auxiliar o magistrado no momento de decidir e na fundamentação da sua decisão.³⁹

Desse breve histórico sobre os sistemas processuais até aqui analisados, podemos concluir que o momento político do país é um fator determinante que irá influenciar na escolha do sistema processual a ser adotado por ele. O sistema processual adotado por um Estado soberano nos dá a indicação de qual seja a ideologia predominante naquela nação; se mais democrática ou mais autoritária.⁴⁰

³⁹ AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Dos sistemas processuais penais. **Jus navegandi**, novembro/2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6948>>.

⁴⁰ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 51.

2 A PROVA NO PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

2.1 Atividade das partes

2.1.1 *Sujeitos do Processo*

Antes de abordar o assunto relativo à atividade das partes no Processo Penal, é necessário saber o que é parte. É sabido que atuam no Processo o Ministério Público, o acusado e o defensor, além dos assistentes e dos auxiliares de Justiça. Assim, a abordagem deve ser feita sob a denominação dos sujeitos do Processo por se referir a diversas pessoas que atuam de maneira também distinta, tal posicionamento é tomado uma vez que, ao tratar-se do processo, deve-se ter a consciência do envolvimento não só das partes propriamente ditas como também dos outros participantes da relação processual.⁴¹

Fala-se em partes parciais – demandante e demandado -, e parte imparcial – o juiz. Demandante é aquele que deduz em juízo uma pretensão, ao passo que demandado é aquele em face de quem a pretensão é deduzida.⁴²

No sentido técnico a palavra parte refere-se tanto àquela pessoa que pede algo em Juízo quanto àquela em face de quem é feito o pedido. Numa perspectiva mais simples, as partes seriam o autor, aquele que pede, e o réu, de quem ou em face de quem se pede.⁴³

No processo penal, a exceção diz respeito às ações penais privadas, e às ações penais não condenatórias (*habeas corpus*, mandado de segurança em matéria penal,

⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 335.

⁴² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168.

⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 335.

revisão criminal etc.), a denominada relação processual, envolvendo as partes e o juiz, recebe outra configuração.⁴⁴

Enquanto no processo civil é verificada a existência de uma relação jurídica entre o autor e o Estado, caracterizada pelo vínculo de exigibilidade da prestação jurisdicional – isto é, o autor tem direito à jurisdição, enquanto o Estado tem o dever de prestá-la, já que a atividade jurisdicional é por ele monopolizada –, no processo penal condenatório, o autor da ação (como regra, o Ministério Público) não exerce direito em face do Estado, mas somente o dever que resulta do fato, previsto em lei, de ser ele o legitimado para a persecução penal. Assim, do mesmo modo que o Estado deve jurisdição a quem não está autorizado por lei a resolver o conflito de outra maneira, deve ele também a persecução penal em juízo a quem teve retirada a sua iniciativa e legitimação para fazê-lo, ou seja, a vítima.⁴⁵

Estabelece-se, portanto, certa diferença na configuração da relação processual penal, já que tanto o direito a ver movimentada a jurisdição, para fins de aplicação da lei penal, quanto o direito à iniciativa e controle da atuação em Juízo estão reunidos na pessoa de quem não integra a relação processual. É certo que o instituto da assistência da acusação diminui um pouco os efeitos de tal modelo acusatório (público), mas a atuação da vítima em tais situações não deixará de ser apenas supletiva do Ministério Público (por isso a expressão assistência), que, aliás, será ouvido sobre a conveniência, oportunidade e cabimento da assistência, é o que dispõe o art. 272 do CPP.⁴⁶

Não falta quem na doutrina chegue ao ponto de asseverar a inexistência de partes no processo penal, diante da impossibilidade de se identificar na hipótese um legítimo

⁴⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 336.

⁴⁵ Ibidem, p. 336.

⁴⁶ Ibidem, 2002, p. 336.

conflito de interesses. A objeção partiria, então, do conceito carneluttiano de lide. Segundo Francesco Carnelutti, a lide se caracterizaria por um conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida.⁴⁷

Assevera Tourinho Filho que o processo, como instrumento de litígio, é um só e é por meio dele que o Estado exerce a jurisdição. Direito Processual Civil e Direito Processual Penal seriam, então, faces de um mesmo fenômeno, ramos de um mesmo tronco.⁴⁸

A transposição do conceito de lide, e, assim, de interesse, da teoria geral do processo para o processo penal esbarra em algumas dificuldades.

A primeira delas decorreria do fato de que nem sempre poderia haver resistência por parte do acusado, o que já evidenciaria a inadequação do conceito anteriormente citado. Ampliar a idéia de lide, para se referir não só a uma pretensão resistida, mas também a uma pretensão insatisfeita, poderia resolver a questão, uma vez que toda aplicação do direito penal deve ser jurisdicionalizada, por via da utilização irrenunciável do processo.⁴⁹

A segunda objeção é bem mais séria. Parte da idéia da inteira inadequação do conceito de interesse, comum ao processo civil, ao processo penal.

No âmbito do processo civil, em que a natureza da relação jurídica posta em conflito refere-se, na maioria das vezes, ao não cumprimento de obrigações de débitos e

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 336.

⁴⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. I, p. 19.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 337.

créditos, de caráter, pois, nitidamente de direito privado, a satisfação do interesse resulta, quase sempre, em proveito do credor.⁵⁰

Já no processo penal não se pode afirmar presente o mesmo fenômeno. A condenação do réu à sanção privativa da liberdade não resultará em proveito da vítima e nem mesmo do Estado, na ação penal pública. Por maior que seja, eventualmente, o desejo e a satisfação da vontade da vítima com a condenação do réu, não se pode extrair daí a consequência de se estar diante de um legítimo conflito de interesses, sobretudo porque em qualquer teoria da pena que se queira adotar, a aplicação da sanção penal jamais atenderá ao interesse particular da vítima. Em todas essas hipóteses a pena do direito penal é instituída em benefício da comunidade e não da vítima, daí porque público o interesse da persecução penal.⁵¹

Com o objetivo de enquadrar a questão penal no conceito primitivo de lide caracterizada por um conflito de interesses surge uma elaboração teórica largamente difundida e profundamente criticável: o possível conflito de interesse entre o *ius puniendi* do Estado e o direito de liberdade do acusado.⁵²

Conforme Paulo Rangel, não é possível enxergar na relação processual penal o exercício de qualquer *ius puniendi* estatal. O Direito de punir é exercido pelo Estado quando este elabora a criação dos tipos penais, estabelecendo padrões de comportamentos tolerados e modelos de condutas inaceitáveis, as quais, por critérios de reprovabilidade quanto às condutas mesmas e quanto aos resultados que delas emergem, serão objeto de punibilidade, segundo as regras do Direito Penal vigente. Este direito não seria outra coisa mais que

⁵⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 337.

⁵¹ Ibidem, p. 337.

⁵² Ibidem, p. 337 e 338.

expressão da soberania do Estado, no ponto em que se afirma livre para a elaboração de suas leis.⁵³

Deve-se, então, levar a questão para o seio do processo, e não mais do direito material, para revelar-se inteiramente inadequada a construção que põe em campos opostos o possível conflito entre interesses ligados à punição e à liberdade.⁵⁴

É lógico que a privação da liberdade se opõe ao seu exercício. Porém não é possível afirmar que o Estado esteja sempre no exercício de um direito de punir quando se encontra no pólo ativo de uma ação penal, até mesmo porque o interesse do Estado, na questão penal, não se resume à atuação do Ministério Público, nela intervindo, de modo soberano, o poder jurisdicional.⁵⁵

Necessário ressaltar que o Ministério Público deve atuar com inteira imparcialidade, a ele interessando, na mesma medida, tanto a condenação do culpado quanto a absolvição do inocente. A fase pré-processual, isto é, a fase de investigação, desenvolve-se sem a participação da defesa, não há contraditório, do que resulta a conclusão que somente o convencimento ou a *opinio delicti* inicial do Ministério Público, para fins de instauração da ação penal, é que é construída com alguma parcialidade.⁵⁶

Porém, depois de instaurada a relação processual penal e estabelecidos o contraditório e a ampla defesa, o Ministério Público é inteiramente livre para a reapreciação dos fatos, seja sob o aspecto de direito, seja sobre a questão fática, não se podendo identificar em tal atuação o exercício de direito de punir, mas apenas do exercício do dever da ação

⁵³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 338.

⁵⁴ Ibidem, p. 338.

⁵⁵ Ibidem, p. 338.

⁵⁶ Ibidem, p. 338.

penal, diante do convencimento firmado a partir do conjunto probatório colhido na fase investigatória. Uma vez presentes e bastantes elementos de convicção da existência do fato criminoso, o Estado, por intermédio do Ministério Público, deve à comunidade e à vítima a instauração da persecução penal.⁵⁷

2.1.2 Parte material e parte formal

É justamente a imparcialidade da atuação do Ministério Público no processo penal que costuma ser responsável por certa perplexidade doutrinária acerca do conceito de parte na doutrina processual penal. Há quem resista à idéia de uma parte que não seja parcial, de uma parte que possa zelar tanto pelos interesses da acusação quanto pelos interesses da defesa.⁵⁸

É importante salientar que a atuação imparcial do Ministério Público não compromete a sua qualificação processual de parte. Esta questão deve ser resolvida somente a partir da perspectiva processual, sem a análise de qualquer dado ligado ao direito material.

Faz-se, então, referência à parte formal, ou seja, à posição processual de parte, independentemente do conteúdo de direito material a ser objeto dos requerimentos e alegações do Ministério Público.⁵⁹

Desta forma é feita a seguinte distinção: por parte formal deve-se entender a posição processual de determinada pessoa em determinado processo, com abstração do conteúdo de suas manifestações; enquanto por parte material estaríamos a nos referir àquelas pessoas que atuam com parcialidade, ou seja, que defendem a aplicação do direito unicamente

⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 338-339.

⁵⁸ Ibidem, p. 340.

⁵⁹ Ibidem, p. 340.

enquanto favorável à relação jurídica material levada ao processo. A parte é material quando há coincidência entre a sua manifestação (de direito material) na causa e sua posição no processo (requerimento de condenação por quem é autor), e é formal quando independe de tal coincidência, como ocorre, por exemplo, quando o Ministério Público, mesmo autor da ação, requer a absolvição do acusado (art. 385, CPP).⁶⁰

Enfim, a distinção está ligada a uma antiga questão da teoria do processo: a autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de direito material, em que nem sempre as partes seriam as mesmas.⁶¹

2.2 Contraditório

O contraditório passou a integrar a Constituição brasileira em 1937 (art. 122, n.11, segunda parte). Foi mantido nas Constituições posteriores (1946, art. 141, §25; 1967, art. 140, §16, renumerado na Emenda de 1969 para art. 153, §16). Atualmente, está consagrado no art. 5.º, LV, que declara: “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”.⁶²

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 um conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado em ficar livre de

⁶⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 340.

⁶¹ *Ibidem*, p. 340.

⁶² FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5 ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 67.

acusações infundadas além de ficar imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). A própria existência da estrutura dialética do processo não seria possível sem sua observância.⁶³

São os interesses de alta relevância social envolvidos no processo penal, que torna indispensável a bilateralidade dos atos processuais. De fato, a constante afirmação e negação, ínsitas a uma marcha processual dialética, constituem fatores essenciais para que a busca por uma verdade seja, de fato, concretizada.⁶⁴

A bilateralidade da ação gera a bilateralidade do processo, de modo que as partes, em relação ao juiz, não são antagônicas, mas colaboradoras necessárias. O juiz coloca-se, na atividade que lhe incumbe o Estado-Juiz, equidistante das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado ao caso concreto se, ouvida uma parte, for dado à outra oportunidade para manifestar-se em seguida. Por isso, o princípio é identificado na doutrina pelo binômio: ciência e participação.⁶⁵

Por esta razão, o contraditório processual tem uma natureza fundamentalmente político-ideológica: significa, em primeiro lugar, que no Estado democrático de direito as decisões judiciais não somente são pronunciadas em nome do povo, mas também resultam de procedimentos abertos à participação dos interessados, em igualdade de condições; representa, ainda, especialmente na justiça penal, uma opção de civilidade, na

⁶³ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 219.

⁶⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 165.

⁶⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

medida em que implica reconhecer a dignidade do acusado, cuja presença nas atividades de preparação da sentença é tão necessária quanto à do acusador.⁶⁶

Aury Lopes Júnior assevera que o contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. O ato de contradizer a suposta verdade afirmada na acusação é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo.⁶⁷

Um processo, sem a obediência ao contraditório, revela uma visão monocromática do plano real e, por conseqüência, distorcida, que o afasta dos objetivos fundamentais da atividade jurisdicional penal.⁶⁸

A reconstrução da pequena história do delito deve ser feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo para que se possa respeitar o princípio do *audiatur et altera pars*.⁶⁹

Sob outra ótica, a contradição entre as partes cumpre ainda uma significativa função social, qual seja a de legitimar a decisão a ser tomada: é a esperança de poder influenciar o resultado do processo que leva os contendores ao compromisso de aceitação de

⁶⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 136.

⁶⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p.219.

⁶⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 165.

⁶⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 219.

uma solução ainda incerta e, com isso, imuniza-se o sistema social contra descontentamentos e protestos.⁷⁰

O Juiz deve ouvir ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas a metade do que deveria ter conhecido. Considerando o processo como um jogo e as chances e estratégias que as partes podem lançar mão (legitimamente) no processo, o sistema exige apenas que seja dada a oportunidade de 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 silêncio.⁷¹

No estabelecimento de diferenças entre o sistema acusatório e o inquisitório, ainda há a questão do exame da existência ou não de obediência ao contraditório, chegando a ser reconhecido que, no último a sentença é fruto de um monólogo, enquanto no acusatório seria esta resultante de um diálogo entre as partes.⁷²

O contraditório é uma nota característica do processo, uma exigência política, e mais do que isso, confunde-se com a própria essência do processo. Numa visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das

⁷⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 136.

⁷¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 219.

⁷² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 165.

partes, fundamentando suas decisões (inclusive as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas. Ao sentenciar, é crucial que observe a correlação entre acusação, defesa e sentença.⁷³

Para Marcos Alexandre Coelho Zilli são características essenciais do contraditório a efetividade, a plenitude e a indisponibilidade, não bastando seja o contraditório apenas garantido devendo, na verdade, ser estimulado.⁷⁴

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover:

“E a contradição dialógica das partes há de ser real e não apenas formal. O juiz cuidará da efetiva participação das partes no contraditório, utilizando, para tanto, seus amplos poderes, a fim de que não haja desequilíbrios entre os ofícios da acusação e da defesa. Cabe ao juiz penal, portanto, integrar e disciplinar o contraditório, sem que com isso venha a perder sua imparcialidade, que sairá fortalecida, no momento da síntese, pela apreciação do resultado de atividades justapostas e paritárias, desenvolvidas pelas partes”.⁷⁵

O conhecimento da acusação formulada nos leva à necessária correlação entre acusação, defesa e sentença. A correlação fixa os limites da sentença e possibilita a resistência da parte passiva. É importante destacar que o modelo acusatório não exige a vinculação do julgador à qualificação jurídica nem ao pedido das partes, até porque ao acusador não incumbe pedir uma determinada pena, pois a ele corresponde uma pretensão meramente acusatória.⁷⁶

⁷³ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 220.

⁷⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 166.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 18.

⁷⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 221.

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.⁷⁷

É possível cercear o direito de defesa pela limitação no uso de instrumentos processuais, sem que necessariamente também ocorra violação do contraditório. A situação inversa é, teoricamente, possível, mas pouco comum, pois em geral a ausência de comunicação gera a impossibilidade de defesa.⁷⁸

Lembra Antonio Magalhães Gomes Filho que o contraditório também pode ser visto em seu aspecto técnico, pois o melhor método para a descoberta da verdade dos fatos e para justa aplicação do direito é aquele que leva em conta as contribuições trazidas pelas partes.⁷⁹

Assim o contraditório é, essencialmente, o direito de ser informado e de participar do processo. É o conhecimento completo da acusação, o direito de saber o que está ocorrendo no processo, de ser comunicado de todos os atos processuais. Como regra, não pode haver segredo para a defesa, sob pena de violação ao contraditório.⁸⁰

Trata-se, portanto, de garantia fundamental de imparcialidade, legitimidade e correção da prestação jurisdicional: sem que o diálogo entre as partes anteceda ao

⁷⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 221.

⁷⁸ Ibidem, p.222.

⁷⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 136.

⁸⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p.222.

pronunciamento estatal, a decisão corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta. Poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça.⁸¹

2.3 Ampla defesa

Nada mais natural que, em um processo constantemente marcado pela possibilidade de um resultado que possibilite a imposição de uma sanção penal ao acusado, sejam-lhe assegurados todos os meios inerentes ao exercício da mais ampla defesa, de maneira que ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa, e marcada pela contrariedade, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento, ou do de execução, seja absolutória ou condenatória a sentença proferida.⁸²

Quando, nas Constituições, se assegura a ampla defesa, entende-se que, para observância desse comando, deve a proteção derivada da cláusula constitucional abranger o direito à defesa técnica durante todo o processo e o direito de autodefesa. Colocam-se ambos em relação de diversidade e complementaridade.⁸³

Implica o dever de o Estado proporcionar a todo acusado a mais completa defesa, seja pessoal (autodefesa), seja técnica (efetuada por defensor). Desse princípio

⁸¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 137.

⁸² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 167.

⁸³ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5 ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 295.

também decorre a obrigatoriedade de observação da ordem natural do processo, de modo que a defesa se manifeste sempre em último lugar.⁸⁴

Cabe ressaltar que o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em seu art. 14, 3, *d*, assegura a toda pessoa acusada de infração penal o direito de se defender pessoalmente e por meio de um defensor constituído ou nomeado pela Justiça, quando lhe faltar recursos suficientes para contratar algum.⁸⁵

A defesa técnica, para ser ampla como exige o texto constitucional, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva. Por outro lado, além de ser garantia, a defesa técnica é também direito e, assim, pode o acusado escolher defensor de sua confiança.⁸⁶

Não se pode imaginar defesa ampla sem defesa técnica, essencial para a garantia da paridade de armas. De um lado, tem-se, em regra, o Ministério Público composto de membros altamente qualificados e que conta, para auxiliá-lo, com a Polícia Judiciária, especializada na investigação criminal. Deve, assim, na outra face da relação processual, estar o acusado amparado também por profissional habilitado, ou seja, por advogado.⁸⁷

Pode o acusado constituir advogado de sua confiança para a defesa. Mas, se não o fizer, ser-lhe-á obrigatoriamente nomeado defensor pelo juiz, que não pode renunciar à defesa, é o chamado defensor dativo.⁸⁸

⁸⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 20.

⁸⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5 ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 295.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 295.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 296.

Ainda, com o mesmo objetivo de que se estabeleça o equilíbrio entre a acusação e a defesa e se dê a todo o acusado tratamento isonômico, garante-se ao acusado pobre a assistência judiciária gratuita.⁸⁹

Essa necessidade de defesa atinge todos os acusados, até mesmo o revel. O direito processual moderno assegura a plenitude de defesa até mesmo aos revéis, àqueles que não atenderam ao chamamento judicial.⁹⁰

Além de a defesa técnica ser necessária, é indeclinável, não podendo o acusado a ela renunciar. O direito de defesa é ao mesmo tempo garantia da própria justiça, havendo interesse público em que todos os acusados sejam defendidos, pois só assim será assegurado o efetivo contraditório, sem o qual não se pode atingir uma solução justa.⁹¹

Sendo a defesa necessária e indeclinável, deve ela se manifestar durante todo o processo.⁹²

Se de alguma forma o defensor de confiança do acusado não realizar algum ato relevante do processo, incumbe ao juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou só para o ato, tendo inteira aplicação o art. 265, parágrafo único, do CPP. Segundo esse dispositivo, a falta de comparecimento do defensor, mesmo que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato. Não deve ser aplicado apenas aos atos instrutórios,

⁸⁹ Ibidem, p. 296.

⁹⁰ Ibidem, p. 296.

⁹¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5 ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 296.

⁹² Ibidem, p. 297.

mas também aos atos em que o defensor se pronuncia sobre a prova (alegações finais) ou sobre a sentença final (razões ou contra-razões de recurso).⁹³

Além de necessária, indeclinável, plena, a defesa deve ser efetiva, não sendo suficiente a aparência de defesa.⁹⁴

Antonio Scarance Fernandes lembra:

O fato de ter o réu defensor constituído, ou de ter sido nomeado advogado para sua defesa, não é suficiente. É preciso que se perceba, no processo, atividade do advogado no sentido de assistir o acusado. De nada adiantaria defensor designado que não arrolasse testemunhas, não perguntasse, oferecesse alegações finais exageradamente sucintas, sem análise da prova, e que culminassem com pedido de Justiça. Haveria, aí, alguém designado para defender o acusado, mas a sua atuação seria tão deficiente como se não houvesse defensor. Em casos como este, o processo deve ser anulado por falta de defesa.⁹⁵

Nesse sentido dispõe a súmula 523 STF: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Assim, se houver falha na atuação do defensor e disso resultar prejuízo para o acusado o processo deve ser anulado, ou seja, a defesa não pode ser meramente formal, havendo necessidade de que se apresente adequadamente exercida.⁹⁶

É importante assegurar ao acusado, como derivação do direito à defesa técnica, a possibilidade de escolher defensor, porque a relação que se deve estabelecer entre os dois é de recíproca confiança. O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade traduz específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição, não sendo lícito ao juiz nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do

⁹³ Ibidem, p. 298.

⁹⁴ Ibidem, p. 298.

⁹⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5 ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 299.

⁹⁶ Ibidem, p. 299.

réu. O correto seria, no caso, intimar o acusado para, em determinado prazo, constituir novo defensor. Só se ele permanecesse inerte é que poderia haver nomeação de defensor para prosseguir na causa.⁹⁷

Importante ressaltar que não perde o acusado, somente porque revel, o direito de escolher o seu defensor, pois a isso não autorizaria o princípio constitucional da ampla defesa. Pelo art. 366 do CPP, se o acusado citado por edital não comparecer, o processo ficará suspenso, exceto se constituir defensor, ficando expressa, assim, a afirmação de que o revel pode ter defensor constituído.⁹⁸

Há casos em que se verifica a incompatibilidade entre o exercício da advocacia e o direito de escolha. Não poderá ser advogado a testemunha do evento ou vítima. Outro caso de incompatibilidade surge da disposição do art. 267 do CPP, que veda a atuação de parentes do juiz como defensores. Contudo, o juiz é quem não poderá atuar se o advogado já tiver funcionado no inquérito.⁹⁹

São direitos e garantias relacionados com a ampla defesa constitucional: direito a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III); direito a que seja respeitada a sua integridade física e moral (art. 5.º, XLIX); direito à identificação do responsável pela prisão ou pelo interrogatório policial (art. 5.º, LXIV); direito à não identificação criminal quando identificado civilmente (art. 5.º, LVIII); direito à assistência da família (art. 5.º, LXIII); direito ao silêncio (art. 5.º, LXIII); direito a que sua prisão seja imediatamente comunicada ao juiz competente, à sua família ou a pessoa por ele indicada (art.

⁹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5 ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 300.

⁹⁸ Ibidem, p. 301.

⁹⁹ Ibidem, p. 301.

5.º, LXII); direito a não ser considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado (art. 5.º, LVII); direito a que a busca em seu domicílio, excluindo as hipóteses de flagrante delito, prestação de socorro à vítima e de desastre, seja precedida de mandado judicial (art. 5.º, XI).¹⁰⁰

Além da defesa técnica, decorre da ampla defesa constitucional a garantia da autodefesa. A autodefesa objeto deste estudo é aquela exercida pelo próprio acusado, em momentos fundamentais do processo, não a que é patrocinada por advogado em seu próprio benefício, quando acusado em processo criminal.¹⁰¹

O direito à autodefesa, embora não possa ser desprezado pelo juiz, é renunciável, não podendo o acusado ser obrigado a comparecer para o interrogatório ou para a realização de atos processuais.¹⁰²

Esse direito se manifesta no processo de várias formas: direito de audiência, direito de presença e direito a postular pessoalmente.¹⁰³

A ofensa ao direito do acusado de exercer sua própria defesa constitui causa de nulidade. Assim, quando presente, deve o acusado ser interrogado, sob pena de nulidade do feito (art. 564, III, e, segunda parte). É necessária a intimação do acusado para os atos processuais, a fim de ser-lhe garantido o direito de acompanhá-los, só sendo dispensada

¹⁰⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5 ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 303.

¹⁰¹ Ibidem, p. 304.

¹⁰² Ibidem, p. 304.

¹⁰³ Ibidem, p. 304.

quando for revel (art. 367). Por fim, deve ser intimado pessoalmente das decisões para que, se desejar, possa exercer o seu direito de recorrer pessoalmente (art. 577).¹⁰⁴

2.4 Verdade real e verdade formal (processual)

Para que o ideal publicístico do processo penal seja obedecido e atingido, faz-se indispensável uma aplicação correta do ordenamento jurídico penal – normas incriminadoras e não incriminadoras –, o que somente será obtido com um exame cuidadoso do fato narrado e trazido a julgamento. É justamente nesse sentido que se insere a propagada idéia de busca da verdade ou, pelo menos, por uma verdade, como característica própria do Processo Penal.¹⁰⁵

Quando se aborda a fundamentação das decisões judiciais está-se discutindo também que verdade deve ser buscada e alcançada no ato decisório. Eis aqui a relevância de desconstruir o mito da verdade real, na medida em que é uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos do sistema inquisitório.¹⁰⁶

Está demonstrado empiricamente que o processo penal, nos momentos em que buscou uma verdade mais material e consistente e com menos limites na atividade de busca, produziu uma verdade de menor qualidade e com pior trato para o imputado. Esse processo, que não conhecia a idéia de limites – admitindo inclusive a tortura – levou mais

¹⁰⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5 ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 306.

¹⁰⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 112.

¹⁰⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 261.

gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados.¹⁰⁷

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz ator (inquisidor).¹⁰⁸

A verdade real é inalcançável, até porque a verdade está no todo, não na parte. Além de inalcançável, tampouco existem verdades absolutas, como a própria ciência encarregou-se de demonstrar. A verdade jamais pode ser alcançada pelo homem.¹⁰⁹

Devemos considerar que o processo penal tem por finalidade – através da prova – fazer a reconstituição de um fato histórico (crime) e que a reconstrução de um fato histórico é sempre minimalista e imperfeita.¹¹⁰

É preciso entender que falar em processo é, antes de tudo, falar de atividade de averiguação do fato por um juiz que não sabe, mas que precisa saber.¹¹¹

O crime é história, passado e, como tal, depende exclusivamente da memória de quem narra. A fantasia/criação faz com que o narrador preencha os espaços em branco deixados na memória com as experiências verdadeiras, mas decorrentes de outros

¹⁰⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 262.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 262.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 262.

¹¹⁰ Ibidem, p. 262.

¹¹¹ Ibidem, p. 263.

acontecimentos. A imaginação colore a memória com outros resíduos. Não restam dúvidas de que a imaginação não forma imagens, mas deforma as cópias pragmáticas fornecidas pela percepção.¹¹²

O binômio tempo/velocidade desempenha um relevante papel. Não só pela memória que se perde com o passar do tempo, mas também porque os acontecimentos perdem-se, pois já não há idéias em luta com os fatos. Aparece então a negação do fato real. Os acontecimentos não são apreendidos, uma vez que as imagens não se fixam, escapam pela fluidez da velocidade.¹¹³

Em suma, sob qualquer ângulo que se analise a questão, a verdade real é impossível de ser justificada. Também devemos levar em consideração a forma de eleição das verdades trazidas ao processo pelas partes. E aqui a verdade real entra em conflito consigo mesma, pois, ao caminhar junto com o sistema inquisitório e a figura do juiz-ator, acaba sendo desmentida pelos pré-juízos. A verdade não é construída pela prova e a instrução, senão que vem dada pelo juiz a partir de sua escolha inicial.¹¹⁴

Outro aspecto que devemos sublinhar é que a verdade substancial, ao ser perseguida fora das regras e controles e, sobretudo, de uma exata predeterminação empírica das hipóteses de indagação, degenera o juízo de valor, amplamente arbitrário de fato, assim como o cognoscitivismo ético sobre o qual se embasa o substancialismo penal, e resulta inevitavelmente solidário com uma concepção autoritária e irracionalista do processo penal.¹¹⁵

¹¹² LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 263.

¹¹³ Ibidem, p. 264.

¹¹⁴ Ibidem, p. 264.

¹¹⁵ Ibidem, p. 264.

Assim, há que se descobrir a origem e a finalidade do mito da verdade real: nasce na inquisição e, a partir daí, é usada para justificar os atos abusivos do Estado, na mesma lógica de que “os fins justificam os meios”.¹¹⁶

Tais distinções e, sobretudo, as limitações impostas ao accertamento da verdade exigem cautelas redobradas na inserção desta expressão no processo penal, sobretudo quando qualificada de real, material ou objetiva.¹¹⁷

A obtenção da “verdade plena” configura, pois, um mito que não se sustenta diante da realidade imposta pela obediência aos métodos de accertamento regrados por um Estado de Direito. A reconstrução processual-histórica, quando muito, permitirá notar aspectos da verdade, situados, assim, em um ponto possível de ser atingido neste caminhar.¹¹⁸

Portanto, sem jamais se olvidar do esforço que deve permear todo o processo penal de reconstrução retrospectiva de um evento real, cuja valoração, observados certos critérios, conduz à imposição de uma dada sanção, deve-se ter a consciência de que o que se descobre é uma verdade obtida por vias formalizadas, ou seja, uma verdade processual.¹¹⁹

O relativismo inerente à chamada verdade processual não impede que se estabeleça como meta a descoberta da verdade. Afinal, não se poderia conceber uma sentença

¹¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 264.

¹¹⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 114.

¹¹⁸ Ibidem, p. 114.

¹¹⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 114.

justa que não estivesse amparada pela preocupação de uma verificação correta dos fatos. A meta de busca da verdade deve estar explicitada, todavia, na idéia de certeza subjetiva.¹²⁰

Assim, para Aury Lopes Junior, no processo penal devemos trabalhar com probabilidades ou, em outras palavras, com a verdade formal ou processual.¹²¹

Trata-se de uma verdade, ou nível de conhecimento, perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes.¹²²

Relevante é a distinção entre “verdade” construída no processo e fixada pelo juiz na sentença e a verdade científica ou histórica. A primeira tem o juiz como investigador exclusivo, ao passo que as demais, não. A competência para investigar esse fato histórico e julgar está fixada em lei, como exclusividade, para o juiz. Logo, uma vez alcançada essa decisão pela coisa julgada, será em regra imutável.¹²³

De fato, muito embora os dados concretos sejam o objeto do trabalho do historiador e do juiz, o campo que este dispõe para o exercício de sua atividade e acerto fático é delimitado por barreiras que o primeiro desconhece. Assim é que o juiz não é livre para buscar a verdade, devendo concentrar as suas indagações sobre aqueles fatos que uma ou

¹²⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 115.

¹²¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 265.

¹²² Ibidem, p. 265.

¹²³ Ibidem, p. 265.

outra parte apontou como juridicamente relevante. O juiz tem sempre que atingir uma conclusão oficial.¹²⁴

Isso é considerado grave, principalmente quando em prejuízo do imputado. Se na ciência toda teoria tem prazo de validade, sendo verdadeira apenas até que outra demonstre sua falsidade, no Direito o fenômeno é diverso e os prejuízos, irreparáveis. Daí a importância de um sistema de garantias que diminua ao máximo o risco de uma sentença injusta, bem como possibilite um eficaz sistema de controle recursal.¹²⁵

Importante perceber que a verdade processual não pretende ser “a verdade”. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionada pelo respeito aos procedimentos e garantias da defesa. A verdade formal é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética verdade substancial.¹²⁶

Essa limitação se manifesta em quatro sentidos: a tese acusatória deve estar formulada segundo e conforme a norma; a acusação deve estar corroborada pela prova colhida através de técnicas normativamente preestabelecidas; deve ser sempre uma verdade passível de prova e oposição; a dúvida, a falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõem a prevalência da presunção de inocência e atribuição de falsidade formal ou processual às hipóteses acusatórias.¹²⁷

¹²⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 113.

¹²⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 265.

¹²⁶ Ibidem, p. 265.

¹²⁷ Ibidem, p. 266.

O valor do formalismo está em presidir normativamente a indagação judicial, protegendo a liberdade dos indivíduos contra a introdução de verdades substancialmente arbitrárias ou incontrolláveis.¹²⁸

Luigi Ferrajoli define a verdade processual como uma verdade aproximativa, aquela limitada pelo que sabemos, e, portanto, sempre contingente e relativa. Diferencia o autor a verdade processual fática da verdade processual jurídica. A primeira é uma verdade histórica, porque referente a fatos passados. Já a verdade processual jurídica é classificatória, pois diz respeito à qualificação jurídica dos fatos passados a partir do rol de opções que as categorias jurídicas oferecem.¹²⁹

Nessa atividade, o juiz assemelha-se ao historiador, de modo que após um raciocínio indutivo chegará a uma conclusão que tem o valor de hipótese provável.¹³⁰

Já a verdade processual jurídica está relacionada com a subsunção do fato à norma, um procedimento classificatório. A lógica aqui é dedutiva, o conhecido silogismo que se realiza na sentença. Claro que não se trata de mera adequação do fato à norma. Permeia essa atividade uma série de variáveis de natureza axiológica, inerentes à subjetividade específica do ato decisório, até porque toda reconstrução de um fato histórico está eivada de contaminação, decorrente da própria atividade seletiva desenvolvida.¹³¹

¹²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 266.

¹²⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. rev. e ampl. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, pp. 48-54.

¹³⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 266.

¹³¹ *Ibidem*, p. 266.

A verdade jamais pode ser alcançada pelo homem. Com razão, já dizia Carnelutti, em 1925, ser estéril a discussão a respeito de viger a verdade real (material) ou a verdade processual (formal). O que se pode obter é, no máximo, uma certeza “jurídica”, dotada de relativismo.¹³²

Contudo não há que se falar em verdades e tampouco em certezas, mas sim em probabilidades, em verossimilhança. O máximo que o processo pode alcançar é um alto grau de aparência, de razoabilidade, de que o fato tenha ocorrido conforme o processo conseguiu apurar.¹³³

O processo jamais alcançará a verdade e tampouco uma certeza. Por isso o máximo que se pode admitir são os juízos de verossimilhança, de probabilidade. E, mais do que isso, reconhecer que a incerteza está bastante arraigada nas diferentes dimensões da vida.¹³⁴

Não se deve exigir menos convencimento para a decisão judicial, mas sim estruturar o pensamento jurídico a partir de uma nova racionalidade científica, que há muito tempo vem demonstrando a inadequação de categorias como “certeza” e “verdade absoluta”.¹³⁵

Não deve o Direito alienar-se dos demais ramos do saber e, sim, aproximar-se de categorias científicas mais atuais.¹³⁶

¹³² LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 267.

¹³³ Ibidem, p. 267.

¹³⁴ Ibidem, p. 267.

¹³⁵ Ibidem, p. 267.

¹³⁶ Ibidem, p. 267.

3 O JUIZ E A PRODUÇÃO DA PROVA

3.1 Sistemas possíveis: “*adversarial system*” e “*inquisitorial system*”

Denomina-se “*adversarial system*” o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. Já no chamado “*inquisitorial system*”, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz.¹³⁷

A divisão “*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.¹³⁸

Trata-se, de qualquer modo, de uma classificação sistemática resultante de uma ótica puramente anglo-saxônica do universo processual penal. E, nesse sentido, é interessante notar a escassez de comentários e referências quanto às características do sistema inquisitorial, o que demonstra uma visão relativamente monocrática, justificada, de certo modo, por um sentimento de auto-suficiência até pouco tempo predominante entre juristas daquela família.¹³⁹

Acusatório-inquisitório e *adversarial-inquisitorial* são categorias diversas, em que os termos devem ser utilizados corretamente. O termo processo inquisitório, em

¹³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, fascículo 18. Brasília: jan./jun. 2005, p. 16.

¹³⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 42.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 43.

oposição ao acusatório não corresponde ao *inquisitorial* (em inglês), o qual se contrapõe ao *adversarial*. Um sistema acusatório pode adotar o “*adversarial system*” ou o “*inquisitorial system*”, expressão que se poderia traduzir por “processo de desenvolvimento oficial”. Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial.¹⁴⁰

3.1.1 Sistema inquisitorial

De um modo sintético, a base do sistema inquisitorial reside no impulso oficial do processo penal. Ou seja, respeitada a iniciativa da propositura da ação a cargo de órgão diverso daquele encarregado do julgamento, o desenvolvimento dos demais atos processuais recai, precipuamente, nas mãos do julgador.¹⁴¹

Para os membros da família anglo-saxônica, todavia, o processo penal sob a égide deste sistema é, na verdade, um veículo de execução de políticas estatais. Assim, o juiz, como representante do Estado, controla e conduz a investigação, intimando testemunhas, fixando o objeto da inquirição e o conteúdo das indagações, restando aos sujeitos processuais parciais o papel de propor questões adicionais que seriam filtradas, uma vez mais, pelo juiz.¹⁴²

Centram-se os argumentos críticos na impossibilidade de se resguardar, em um modelo inquisitorial, a imparcialidade do julgador. Nessa linha, o envolvimento do julgador na apuração fática conduziria ao estabelecimento de juízos valorativos prematuros que dificilmente seriam superados, ainda que as partes processuais obtivessem êxito em

¹⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, fascículo 18. Brasília: jan./jun. 2005, pp. 16-17.

¹⁴¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 43.

¹⁴² *Ibidem*, p. 43.

contrariá-los. Contaminar-se-ia, enfim, a própria equidistância necessária e indispensável, condição vital para um julgamento justo.¹⁴³

Mas a escolha entre o “*adversarial system*” e o desenvolvimento oficial não deve ser determinada apenas pela maior ou menor eficiência de um 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 uma escolha política que diz respeito à concepção publicista do processo e à percepção de sua função social.¹⁴⁴

O papel do juiz, num modelo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir as deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a *par conditio*. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.¹⁴⁵

3.1.2 Sistema “*adversarial*”

O sistema “*adversarial*” caracteriza-se por uma disputa travada entre duas partes processuais perante uma autoridade imparcial, que, além de deter o poder decisório, examina, de forma inerte, todo o material probatório que é apresentado por aquelas. As partes processuais detêm, assim, tanto o poder de investigar os fatos, como o de instruir o feito,

¹⁴³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 43.

¹⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, fascículo 18. Brasília: jan./jun. 2005, pp. 17-18.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 18.

inquirindo testemunhas, consultando peritos e até mesmo determinando o que será objeto de indagação.¹⁴⁶

De fato, em correspondência com os ideais de um Estado que se propõe a exclusivamente solucionar os conflitos sociais, sem interferir diretamente neles para impor as próprias escolhas, no sistema examinado toda a iniciativa processual, e em particular, a probatória é atribuída às partes: são elas que decidem quais são as questões de fato e realizam de forma competitiva a introdução das provas no processo.¹⁴⁷

É comum os partidários do referido sistema sustentarem sua superioridade no argumento de que julgamentos mais precisos são estimulados, fator intimamente relacionado com o clima de intenso duelo e de exploração contínua, por uma e outra parte, dos aspectos fortes e frágeis das provas. Concluem tratar-se da fixação dos parâmetros necessários de um processo penal justo, respeitador do acusado, que é considerado e tratado como um sujeito de direitos, reflexo da importância reconhecida ao indivíduo – fonte da soberania do Estado.¹⁴⁸

3.1.3 Características do sistema “adversarial”

Um exame dos ordenamentos processuais penais que adotam a cartilha “adversarial” permite apontar a presença de quatro traços comuns: controle das partes sobre a

¹⁴⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 44.

¹⁴⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 39.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 44.

marcha processual penal; presença de um julgador imparcial e passivo; permanente sustentação de uma disputa bilateral, e; igualdade de oportunidades e limitações.¹⁴⁹

Ao analisar o controle das partes processuais sobre a marcha processual reconhece-se a íntima relação entre o sistema “*adversarial*” e os valores associados ao *laissez-faire*, ao individualismo e à competição. De fato, é natural que sociedades estruturadas no ideal de uma contínua competição entre seus integrantes, bem como no resguardo dos interesses individuais, acabem por exigir a existência de um sistema processual penal que contenha, também, traços deste individualismo competitivo.¹⁵⁰

Dessa forma, o sistema “*adversarial*”, em um Estado liberal – de atuação restrita sob o aspecto econômico, que deixa aos indivíduos a responsabilidade de direcionarem o mercado de acordo com seus interesses e necessidades –, marcado que é pelo controle das partes processuais sobre a marcha processual, constituiria um meio extremamente eficaz de prevenção contra qualquer abuso do poder estatal por atos de seus representantes, dentre os quais o juiz. E é justamente esse controle processual pelas partes o grande responsável pelos efeitos, tidos pelos adeptos deste sistema, como benéficos à administração da justiça.¹⁵¹

Com efeito, ficaria afastada a possibilidade de formação de juízos de convicção prematuros sobre uma dada prova os quais poderiam dar causa a conclusões apressadas, invariavelmente impossíveis de serem superadas. Nesse sentido, a constante alternância de posturas (apresentação, exame, reexames e discussão das provas) exigiria do

¹⁴⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 44.

¹⁵⁰ Ibidem, pp. 44-45.

¹⁵¹ Ibidem, p. 45.

jugador uma observação permanentemente atenta, o que impediria a formação de juízos anteriores ao momento processual considerado como o apropriado, qual seja: a decisão.¹⁵²

Os partidários deste sistema sustentam a conveniência de se relegar o exercício integral da atividade instrutória às partes processuais, evitando, assim, qualquer intervenção, considerada sempre nociva, do juiz ou mesmo dos jurados.¹⁵³

O incremento da qualidade dos julgamentos também é considerado um dos efeitos benéficos provocados pelo controle das partes sobre a marcha processual. De fato, estando a responsabilidade de provar e demonstrar nas mãos de quem tem o maior interesse no acolhimento de suas teses – afirmações e negações –, nada mais lógico que as partes processuais se esforcem, ao máximo, em apresentar todos os possíveis elementos de convicção. Afinal, seriam os sujeitos mais habilitados para identificar as suas reais necessidades ao longo do processo.¹⁵⁴

Desta forma, o envolvimento das partes na persecução penal, assim como a sensação de que estão recebendo, na condução do processo, as mesmas oportunidades na apresentação das provas, contribui para que o desfecho do processo – favorável ou não – seja mais bem assimilado.¹⁵⁵

Deve, também, ser o julgador imparcial e passivo. A imparcialidade e a passividade do julgador são também corolários do controle outorgado às partes sobre a marcha processual. Embora uma postura imparcial do julgador constitua uma expectativa

¹⁵² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 45.

¹⁵³ Ibidem, p. 46.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 46.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 47.

lógica, tanto no sistema inquisitorial como no “*adversarial*”, somente neste último é que se exige a sua passividade. É a inércia do magistrado que assegurará a neutralidade indispensável para que uma decisão justa venha a ser obtida.¹⁵⁶

Os defensores do sistema “*adversarial*” adotam a premissa segundo a qual qualquer envolvimento do julgador na atividade instrutória seria pernicioso para o resguardo de sua imparcialidade. Sustentam que uma atuação positiva conduziria ao estabelecimento, ainda que inconsciente e não desejado, de valorações e diagnósticos preliminares sobre uma dada prova e, por conseqüência, na fixação de conclusões que assumiriam contornos de definitividade, impedindo, assim, o conhecimento e a assimilação de outras provas.¹⁵⁷

É interessante notar que esta cautela, dirigida à preservação incessante da imparcialidade, sob um olhar inquisitorial, é considerada, por vezes, uma postura exagerada. Nesse sentido, digno de nota é o exemplo do sistema jurídico norte-americano no qual o receio de contaminação da imparcialidade do julgador impede, tanto pelo juiz, quanto pelos jurados, de qualquer relatório prévio acerca dos fatos que estão sendo postos em julgamento.¹⁵⁸

Desta forma, tanto a imparcialidade, quanto a passividade do julgador possuem uma inter-relação no sistema “*adversarial*”, configurando as suas pilastras, na medida em que procura separar, rigidamente, as funções de investigar e de colher provas daquela função relacionada à valoração e julgamento.¹⁵⁹

¹⁵⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 47.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 47.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 47.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 47.

Outra importante questão diz respeito à sustentação de uma disputa bilateral. O procedimento típico de um sistema “*adversarial*” deve ser estruturado de tal modo a permitir uma constante alternância na apresentação das provas.¹⁶⁰

A concentração dos atos processuais promove, também, a subsistência da disputa bilateral. A imediatidade no exame e reexame, nas perguntas e reperguntas, na produção de prova e contraprova, permite uma melhor assimilação das informações por parte dos juízes, o que certamente seria enfraquecido, se o julgamento fosse realizado de maneira desconcentrada.¹⁶¹

Também se verifica como característica própria do *adversarial system* a igualdade de oportunidades e de limitações. É natural que a estrutura do sistema “*adversarial*” exija oportunidades equitativamente distribuídas na apresentação das provas, o que implica em igualdade, tanto de limitações, quanto de possibilidades para acusação e defesa.¹⁶²

Não se pode negar, contudo, deter a acusação, diversamente da defesa, todo um aparato de órgãos encarregados de concretizarem a investigação. Tal desequilíbrio é compensado, todavia, com a concessão de outras oportunidades à defesa, tais como: possibilidade de requisitar o comparecimento de testemunhas; obrigatoriedade da acusação em apresentar todas as provas que favoreçam o acusado; e liberdade de uso, pela defesa, de investigadores particulares.¹⁶³

¹⁶⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 48.

¹⁶¹ Ibidem, p. 48.

¹⁶² Ibidem, p. 48.

¹⁶³ Ibidem, p. 48.

Um detalhamento rigoroso das regras atinentes à instrução é outro ingrediente fundamental para que a igualdade de oportunidades seja resguardada. É por este motivo que, no sistema “*adversarial*”, costuma-se afirmar que os melhores juízes são aqueles que não só possuem profundos conhecimentos das normas que regulam a instrução, mas que também as aplicam da melhor forma.¹⁶⁴

No sistema em análise, 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.¹⁶⁵

3.1.4 Críticas dirigidas ao sistema “*adversarial*”

Os críticos do sistema “*adversarial*” questionam a habilidade deste em promover uma descoberta eficaz da verdade. Argumentam, para tanto, que os constantes subterfúgios empregados pelas partes processuais, ao invés de guiarem o julgador para a obtenção de uma verdade, propiciam mais dúvidas e confusões. Acrescentam, por outro lado, fundar-se o sistema “*adversarial*”, em uma premissa irreal de que as partes processuais se situariam em posição de igualdade, o que não corresponderia à realidade, notadamente por

¹⁶⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, pp. 48-49.

¹⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, fascículo 18. Brasília: jan./jun. 2005, p. 18.

deter a acusação um aparato investigatório consideravelmente superior ao que qualquer defesa poderia obter.¹⁶⁶

Uma das grandes críticas efetuadas consiste nos abusos decorrentes do controle excessivo pelas partes no gerenciamento da marcha processual. A preparação da testemunha para a sua oitiva, não só quanto à forma na qual seria exposta a narrativa, mas, principalmente, quanto ao conteúdo do depoimento, desvirtuaria qualquer possibilidade de busca de uma verdade. Estimular-se-ia, dessa forma, um ambiente nocivo no qual as partes seriam compelidas, constantemente, a desacreditar as testemunhas adversas, sobretudo quanto à reputação moral, o que afastaria o ponto central do julgamento.¹⁶⁷

Em resposta, os seus partidários observam a existência de regras rígidas que coíbem qualquer tipo de fraude ao longo do julgamento. Esclarecem que um sistema que propicia a plena oportunidade às partes de argumentar e provar permitiria que estas se sentissem mais seguras quanto à efetiva possibilidade de apresentação de seus pontos de vista, ainda que não viessem estes a ser acolhidos. Concluem, enfim, que o sistema “*adversarial*” reconhece a dignidade do homem na medida em que lhe são concedidas oportunidades e poderes plenos de dirigir e controlar o processo cujo resultado poderá afetar a sua vida.¹⁶⁸

O enfoque equivocado na busca da verdade é uma decorrência do abuso no controle da instrução pelas partes processuais fundada na constatação de que, na maioria dos casos, tal atuação não abre espaço para um julgador inteiramente informado sobre os fatos,

¹⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, fascículo 18. Brasília: jan./jun. 2005, p. 49.

¹⁶⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 49.

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 49-50.

mesmo porque o sistema contenta-se em não buscar a verdade, mas, sim, em obedecer, estritamente, às regras de um duelo.¹⁶⁹

Asseveram seus seguidores ser impossível, a qualquer sistema processual, obter, por intermédio do processo, a verdade sobre os fatos. O que se obtém são percepções sobre a realidade, trazidas, sobretudo, pela prova testemunhal. O objetivo do processo penal não é, e nem pode ser, o de atingir a verdade, mas, sim, o de descobrir qual das percepções trazidas é a que se afigura como mais plausível, levando-se em conta os fatos postos em julgamento. Nesse sentido, o sistema que promove competições e discussões dialéticas entre várias percepções acerca de um fato é, seguramente, o que melhor poderá refletir a realidade.¹⁷⁰

Com efeito, seguindo estritamente a teoria da separação de poderes, seus adeptos crêem que a verdade será mais bem atingida, se a responsabilidade de sua descoberta estiver dividida entre o Estado, as partes e o júri.¹⁷¹

Uma das grandes críticas existentes, também referente ao controle dado às partes processuais, é a excessiva morosidade assumida pelo procedimento. A necessidade de apresentação imediata, pessoal e exageradamente dialética das provas orais, somada às constantes objeções efetuadas pelas partes, bem como o respeito à plena e integral oportunidade de argumentação e demonstração, tornam o julgamento um procedimento longo e complexo.¹⁷²

¹⁶⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 50.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 50.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 50.

¹⁷² *Ibidem*, pp. 50-51.

Nesse sentido, há certo consenso, mesmo entre os seguidores do sistema “*adversarial*”, de sua morosidade. Todavia, a sua utilidade é reafirmada ao se levar em conta a maior quantidade de informações que é propiciada ao julgador, conferindo-lhe, assim, maior certeza moral para atingir uma decisão.

Além disso, para os críticos, um sistema pautado pela luta constante entre partes acentua a desigualdade notadamente quando uma delas já é detentora de melhores condições financeiras e/ou estruturais.¹⁷³

É certo, contudo, que o sistema “*adversarial*” procura mitigar as possíveis discrepâncias, estabelecendo à defesa, por exemplo, possibilidades não concedidas à acusação.¹⁷⁴

3.2 Produção de prova de ofício pelo juiz e imparcialidade

Entre os argumentos utilizados pela doutrina dominante contra a iniciativa do juiz na colheita da prova, um dos mais invocados diz respeito à necessidade de se preservar a imparcialidade do julgador, que deve conduzir o processo sem favorecimento a qualquer das partes. Isso não ocorreria se a ele fosse conferida a possibilidade de determinar a realização de uma prova, cujo resultado viesse a beneficiar uma delas.¹⁷⁵

A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar

¹⁷³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 51.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 51.

¹⁷⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 105-106.

esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem mesmo poderia saber qual parte que será favorecida por sua produção.¹⁷⁶

O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam aplicadas corretamente.¹⁷⁷

Seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitaria o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão. Não importa ao juiz quem vencerá o certame.¹⁷⁸

Importa, porém, que saia vitoriosa a parte que efetivamente tenha razão, ou seja, aquela cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função.¹⁷⁹

Embora constantemente associada à imparcialidade, a independência do juiz, na verdade, é fator que se posiciona anteriormente, atuando, inclusive, como um dos fatores seus condicionantes. Assim, o estabelecimento de garantias que visem a resguardar o juiz, no desempenho de sua atividade jurisdicional, contra pressões externas, sobretudo aquelas de índole política, é sem dúvida a medida necessária e exata para o resguardo da independência. Dessa forma, onde a independência não for resguardada, estará o juiz

¹⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, fascículo 18. Brasília: jan./jun. 2005, p. 19.

¹⁷⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001, pp. 107-108.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 108.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 108.

subordinado a toda sorte de pressões que desvirtuarão e contaminarão não só o objetivo de uma iniciativa instrutória, mas toda a marcha processual.¹⁸⁰

A independência do julgador ficará por demais comprometida naqueles Estados que tiverem optado por uma visão extremada de implementação política. De fato, em circunstâncias que tais, o julgador estaria de tal forma comprometido com a visão estatal de promoção de bem estar social, que a ele deveria ser imposto, inclusive, o dever de seguir, rigorosamente, as instruções e as orientações emanadas por outras autoridades estatais no tocante à condução do processo e ao conteúdo da decisão.¹⁸¹

Dessa forma, é imprescindível que a iniciativa instrutória, como ato processual possível de ser concretizado pelo julgador, pressuponha, como requisito essencial, a independência deste, sob pena de constituir uma “sintomatologia da patologia estatal”, ao invés de atender objetivos estabelecidos, legitimamente, por um Estado Democrático de Direito.¹⁸²

A imparcialidade é uma decorrência natural do devido processo legal e de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito. Não há como se conceber uma atividade jurisdicional válida que não venha a ser conduzida por um juiz equidistante das partes processuais. Constitui, nesses termos, um atributo inerente à jurisdição, reconhecido, inclusive, ao lado da independência, como um direito humano protegido por diversos documentos internacionais.¹⁸³

¹⁸⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 139.

¹⁸¹ Ibidem, p. 139.

¹⁸² Ibidem, p. 140.

¹⁸³ Ibidem, p. 140.

Caracteriza-se pelo desinteresse subjetivo do juiz diante do caso posto a julgamento, ficando este impedido de servir aos interesses subjetivos de alguma das partes processuais. Deve, por consequência, atuar como um observador desapaixonado, exercendo o poder jurisdicional com isenção, sem permitir que fatores alheios interfiram na condução da marcha processual e no conteúdo de sua decisão.¹⁸⁴

A imparcialidade estaria circunscrita, portanto, à ausência de convergência de elementos subjetivos – representados pela convicção pessoal do juiz diante de um caso específico – e, nesse sentido, a sua equidistância seria sempre presumida até demonstração em sentido contrário, bem como pela constatação de elementos de ordem objetiva –, consistentes nas garantias oferecidas pelo juiz que eliminassem qualquer possível dúvida que pudesse pairar sobre a sua imparcialidade ao longo do processo.¹⁸⁵

O raciocínio tem sido adotado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Assim, a concentração das funções de investigar e decidir nas mãos do julgador vem sendo alvo de restrições por aquele órgão, justamente por abrir espaço para especulações quanto à imparcialidade. Da mesma forma, restou decidido que o julgador que tivesse tomado conhecimento antecipado dos fatos em razão do exercício de outras funções no processo, notadamente como órgão do Ministério Público, não poderia assegurar às partes a necessária imparcialidade para qualificá-lo de equidistante.¹⁸⁶

No sistema jurídico norte-americano, a imparcialidade é elevada à condição de direito fundamental, conforme inserto na Constituição Federal, tendo sido objeto de

¹⁸⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, pp. 140-141.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 141.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 141-142.

constantes decisões por parte da Suprema Corte quanto aos seus reais sentido e expressão. Nesse campo, não se poderia falar em imparcialidade naqueles processos nos quais tivesse o juiz interesses pessoais, substanciais ou pecuniários tendentes à obtenção de uma conclusão contrária a alguma das partes. Por outro lado, segundo decidido também pela Suprema Corte, não se poderia duvidar da imparcialidade pelo simples fato de ter o juiz atuado em fases preliminares da persecução, decretando, por exemplo, medidas de caráter cautelar como a prisão de suspeitos posteriormente convertidos em réus.¹⁸⁷

A definição da imparcialidade e o reconhecimento dos sinais que evidenciem uma parcialidade são tarefas por demais difíceis, justamente pelo subjetivismo e pelo relativismo inerente à questão. E atentos a tais aspectos é que os diversos ordenamentos jurídicos procuram estabelecer critérios puramente objetivos para delimitar o campo da (im)parcialidade.¹⁸⁸

De qualquer modo, uma iniciativa instrutória do julgador não pode ser considerada, desde logo e sem qualquer exame mais detido de todas as circunstâncias processuais que a cercaram, como incompatível com a imparcialidade que é exigida deste sujeito processual. A iniciativa instrutória de que aqui se trata é informada pela necessidade do melhor acerto possível do fato posto a julgamento em virtude do dever imposto ao juiz de aplicar, eficazmente, o direito penal.¹⁸⁹

Porém, a participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos

¹⁸⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 142.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 143.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 144.

deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo.¹⁹⁰

Trata-se de situação excepcional, concretizável, apenas e tão somente, quando as partes processuais não tiverem sido suficientemente hábeis a ponto de esclarecer o fato, seus pontos e circunstâncias relevantes. Não pode assumir, portanto, contornos de atividade, o que lhe emprestaria características de reiteração e continuidade, sob pena, aí sim, de concentração de todos os poderes nas mãos de um único sujeito processual, abrindo espaço para que dúvidas fossem levantadas quanto à preservação da imparcialidade do julgador. Deve aproximar-se, desta forma, de uma atuação supletiva àquela a cargo dos sujeitos parciais.¹⁹¹

Há, portanto, que se romper com o mito dogmático de que a iniciativa instrutória é impossível com a imparcialidade. Primeiramente, porque, ao assim proceder, o julgador desconhece qual será o resultado da diligência e, por conseqüência, quem será porventura beneficiado. Quando este 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 processo, nem sabe qual parte 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.¹⁹²

¹⁹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3a ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001, pp. 110-111.

¹⁹¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 144.

¹⁹² *Ibidem*, p. 144.

Ainda, a visão publicista do processo exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento e de ofício determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.¹⁹³

Por outro lado, não será por intermédio da vedação pura e simples da iniciativa instrutória do julgador que se assegurará a imparcialidade. As verdadeiras maneiras, os melhores remédios para prevenir a influência de simpatias ou antipatias que o juiz possa sentir, de temores ou gratidões, ou daqueles outros sentimentos que podem influenciar o espírito humano, no momento de julgar, as melhores maneiras de evitar essa influência, ou de reduzi-la ao mínimo possível, não têm nada que ver com o cerceamento do juiz, naquilo que, ao contrário, é inerente à sua tarefa de julgar, a saber, a pesquisa da verdade. Pesquisa de resultados sempre relativos, até mesmo precários, com os duvidosos instrumentos humanos. A parcela da verdade que se pode realmente atingir é reduzida; mas ao menos antes buscar essa verdade, do que não buscar nenhuma.¹⁹⁴

Sem dúvida alguma, a melhor maneira de preservar a imparcialidade do magistrado é submeter sua atividade ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar suas decisões. Pode ele manter-se absolutamente imparcial, ainda que participe ativamente da instrução. Basta que suas decisões sejam fundamentadas e proferidas após

¹⁹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001, p. 111.

¹⁹⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 145.

efetivo contraditório entre os litigantes. O respeito ao princípio do contraditório é condição de validade de qualquer prova.¹⁹⁵

Deste modo, independência e imparcialidade, longe de constituírem atributos antagônicos e impossíveis com a iniciativa instrutória, regem-na, fornecendo-lhe o tom de sua validade. Assim é que a independência afasta a possibilidade de a iniciativa concretizar-se por força de submissão do julgador a pressões externas. E a ausência de situações objetivas, que coloquem em dúvida a parcialidade, reforça a pureza de seu objetivo de efetivar, da melhor maneira possível, a jurisdição penal.¹⁹⁶

Não se trata, porém, de uma aventura irresponsável e sufocadora da atuação dos sujeitos parciais. Em um processo penal democrático, cujos contornos acusatórios foram reforçados pela Constituição Federal de 1988, cabe aos sujeitos processuais parciais, originariamente, porém não exclusivamente, a condução do caminhar pela trilha instrutória. Tarefa jamais aniquiladora da atuação judicial.¹⁹⁷

Não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo. Principalmente quando se trata do exercício de poderes que a lei confere de maneira inequívoca.¹⁹⁸

Aliás, neutralidade e imparcialidade são fenômenos distintos, pois nada impede seja o juiz neutro e parcial. Basta que essa neutralidade, essa omissão quanto ao

¹⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001, p. 110.

¹⁹⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 145.

¹⁹⁷ Ibidem, p. 181.

¹⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001, p. 111.

exercício de poderes processuais beneficie a parte que pretenda obter, desse comportamento, vantagens indevidas.¹⁹⁹

Já é possível perceber que a marcha processual realiza-se de maneira cooperatória. Isto porque a síntese das energias antagônicas é gerenciada por um sujeito imparcial que não mais pode ser galgado àquela posição comumente referida como superior, distante e intangível. É a confiança gerada e fundada em sua imparcialidade que imprime respeito e segurança nas correções de rota por ele efetuadas. Assim, a iniciativa instrutória do juiz, longe de ser antecipada ou prematura, deve ser suplementar ou complementar.²⁰⁰

Não se trata, por outro lado, de inviabilização ou enfraquecimento do exercício do poder-dever jurisdicional. Ao contrário, apenas se lhe confere contornos mais apropriados a um Estado que se pretenda Democrático de Direito, ou seja, um Estado no qual toda e qualquer parcela de poder é regida pelo direito e exercida democraticamente.²⁰¹

Desta forma, sendo supletiva e complementar, deve ser comedida a atuação do magistrado, colocando-se equidistante das partes, e não se empenhando ao lado de uma contra a outra, seja desenvolvendo atuação policial, seja de advogado de defesa.²⁰²

A lei lhe faculta determinar diligência, é certo que mesmo sem provocação das partes, mas sempre que isso for necessário para elucidação de pontos capitais; sem o que

¹⁹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3a ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001, p. 114.

²⁰⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 181.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 181.

²⁰² *Ibidem*, p. 181.

não poderá formar a sua convicção. Prudência e senso de oportunidade devem ser seus guias. Isto constitui um caráter de excepcionalidade.²⁰³

Daí decorre a conclusão de que não se pode ver na iniciativa instrutória do juiz uma atividade substitutiva de qualquer das partes, em detrimento da outra.²⁰⁴

E além do natural e lógico freio às iniciativas antecipadas e prematuras, deve o juiz atentar, rigorosamente, para os ditames decorrentes da observância intransigível do devido processo legal. Toda e qualquer iniciativa instrutória pressupõe o atendimento dos requisitos relativos a um juiz natural, independente e imparcial, tendo espaço somente quando o relevante estado de dúvida for, a princípio, superável por força de uma diligência viável e pertinente em atenção à regra do *in dubio pro reo* como decorrência do princípio da presunção de inocência.²⁰⁵

Por isso a determinação judicial deverá ser motivada, propiciando aos sujeitos parciais não só o conhecimento das razões que levaram à adoção de um comportamento excepcional no âmbito da marcha processual, mas também, os fundamentos para uma futura e eventual impugnação.²⁰⁶

²⁰³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 181.

²⁰⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3a ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001, pp. 117.

²⁰⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 182.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 182.

Não poderá a iniciativa instrutória do juiz recair sobre provas vedadas – ilícitas e/ou ilegítimas –, devendo, ainda, ser efetivada sob o manto da publicidade, assegurando, por fim, o respeito incondicional ao contraditório e à ampla defesa.²⁰⁷

Importante o alerta de José Roberto dos Santos Bedaque sobre a questão:

O temor de perder a imparcialidade tem contribuído de maneira decisiva para que nossos magistrados, infelizmente, deixem de utilizar dos poderes instrutórios que lhes são conferidos pelo legislador processual. Criou-se uma tradição do juiz passivo, espectador, temeroso de qualquer iniciativa sua possa torná-lo parcial.²⁰⁸

Essa mentalidade necessita ser alterada, a fim de que o magistrado assuma seu papel na relação processual. Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos relativamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos.²⁰⁹

Garante sua imparcialidade, o magistrado que se limite ao exame objetivo da matéria fática, cuja reprodução nos autos se faz mediante as provas. Não importa quem as traga. Importa, sim, que o provimento jurisdicional não sofra influência de outros elementos.²¹⁰

²⁰⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 182.

²⁰⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001, p. 112.

²⁰⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001, p. 112.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 112.

Para que o juiz mantenha a imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar. O perfeito funcionamento do princípio do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador.²¹¹

O compromisso do juiz é com a lei e com a justiça. Deve ele ser independente e neutro com relação a interesses outros, pois, no que se refere àqueles amparados pela lei, não há independência ou neutralidade possível.²¹²

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.²¹³

3.3 Iniciativa instrutória do juiz e verdade real

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. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará.²¹⁴

²¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3a ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001, p. 113.

²¹² Ibidem, p. 114.

²¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, fascículo 18. Brasília: jan./jun. 2005, p. 20.

²¹⁴ Ibidem, p. 19.

No âmbito do processo penal, a função jurisdicional é concretizada quando algum destes estados de espírito – certeza, probabilidade ou dúvida – vier a ser atingido pelo julgador, condicionando, cada qual, o âmbito do provimento a ser prolatado.²¹⁵

O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. 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 produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado.²¹⁶

O processo penal acaba se tornando um longo caminho trilhado, tanto pelo julgador, como pelas partes processuais, de modo que, ao final da trajetória, algum dos referidos estados subjetivos será alcançado, esgotando-se a instância com o pronunciamento judicial.²¹⁷

Portanto, é elementar seja o julgador munido de um poder que o autorize a trilhar, do início ao fim, o caminho. Caberá a ele, pois, com exclusividade, o exercício do poder jurisdicional consistente na atuação do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado.²¹⁸

²¹⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 116.

²¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, fascículo 18. Brasília: jan./jun. 2005, p. 19.

²¹⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 116.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 116.

E o exercício deste poder, supõe outros, inerentes à própria jurisdição penal, dentre os quais aquele consistente na possibilidade, quando permitida e viável, da busca pelo melhor acerto fático.²¹⁹

Consistindo a atividade primordial do julgador a de aplicar o direito objetivo, cujo clímax é representado com o término do caminho, o apuramento fático insere-se no poder jurisdicional em uma evidente relação de continente e conteúdo.²²⁰

O exercício eficaz do poder jurisdicional, desejo natural do Estado, sobretudo quando envolvidos bens jurídicos eleitos por ele próprio como de alta relevância, supõe uma correta aplicação do ordenamento jurídico, o que somente será alcançado com a perfeita delimitação fática sobre a qual incidirá o mandamento normativo.²²¹

Qualquer displicência por parte de quem foi munido de parcela do poder estatal representará, em última análise, descaso com os interesses públicos, vale dizer, a liberdade jurídica do cidadão e o bem jurídico protegido pela norma penal atacada ou supostamente atacada, cuja tutela é resguardada pelo poder-dever punitivo.²²²

É importante notar que este “poder” de apuramento fático não será exercido de maneira preponderante e sufocadora de qualquer atuação das partes processuais. Se assim

²¹⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 116.

²²⁰ *Ibidem*, p. 117.

²²¹ *Ibidem*, p. 117.

²²² *Ibidem*, p. 117.

fosse, representaria verdadeira atividade quando, na realidade, está inserido no poder jurisdicional como elemento que lhe é inerente.²²³

Afinal, o caminhar processual é realizado em conjunto e em cooperação com as partes processuais. Se a estas é defeso caminhar sozinhas, tampouco será conveniente a figura de um julgador solitário em sua jornada.²²⁴

A iniciativa, atuação esporádica, estará voltada à busca e ao recolhimento de elementos úteis para o melhor acerto fático, tomando por base uma afirmação inicial delineada pela acusação. Não se trata, pois, de tarefa investigativa, mas sim, instrutória, razão pela qual é denominada de iniciativa instrutória.²²⁵

O que alimenta a iniciativa instrutória do julgador, portanto, é um “poder” de índole discricionária que, para fins do presente trabalho, não foi configurado com base na clássica estruturação de oportunidade e conveniência disseminada no âmbito do direito administrativo. Trata-se, na verdade, de uma liberdade relativizada e circunscrita a regras que, longe de engessarem o poder de acerto fático, estabelecem certo campo, dentro do qual serão vislumbradas possibilidades e alternativas para a atuação do julgador tendentes à “correta” aplicação do direito penal material.²²⁶

O posicionamento doutrinário dominante inclina-se em conceituar o poder vinculado na potestividade circunscrita por precisos ditames estabelecidos por uma norma jurídica. Ou seja, a norma predetermina e de modo completo qual o único possível

²²³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 117.

²²⁴ Ibidem, p. 117.

²²⁵ Ibidem, p. 117.

²²⁶ Ibidem, pp. 118-119.

comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento.²²⁷

Já na discricionarietà, reconhece-se um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva, quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma intelecção, cujo acerto seja irredutível à objetividade.²²⁸

Assim é que no equilíbrio de forças potencialmente antagônicas, representado pelo princípio publicístico, espera o Estado que o direito penal seja aplicado de maneira eficaz, o que pressupõe, repita-se, adequado acertamento fático. O destino é, pois, imposto ao juiz. O caminho, inicialmente um mero esboço, será preenchido por todos aqueles chamados a trilhar a marcha processual. Por vezes, desvios serão utilizados, e somente serão admissíveis, se direcionados pelo Estado.²²⁹

É justamente nesse quadro que se insere a índole discricionária da iniciativa instrutória do julgador, ou seja, tanto na decisão quanto ao tipo de desvio a ser tomado, bem como quanto ao momento processual mais adequado para assim proceder.²³⁰

Este “poder-dever” de acertamento, embora de índole discricionária, deve ser articulado sobre a idéia de que o dever condiciona o poder. Ou seja, o exercício eficaz do poder jurisdicional supõe a realização do melhor acertamento fático possível.²³¹

²²⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 119.

²²⁸ Ibidem, p. 119.

²²⁹ Ibidem, pp. 119-120.

²³⁰ Ibidem, p. 120.

Até as regras processuais sobre a 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.²³²

Há, portanto, uma finalidade a ser cumprida e, em torno desta, é mais apropriado falar-se em um dever que se instrumentaliza, de forma indissociável, em vários poderes. Os poderes prestam-se ao cumprimento do dever em uma relação inseparável. Este, por sua vez, decorre da finalidade – necessidade de melhor acerto fático possível – que, como visto, insere-se como elemento no poder jurisdicional.²³³

O acerto fático, indispensável para a atuação correta do direito objetivo, constitui, na verdade, um dever que é concretizado mediante um poder instrumental. Ambos encontram-se vinculados de maneira inseparável, revelados, pois, na expressão comumente denominada de “poder-dever”, quando, na verdade, melhor seria referi-los por “dever-poder”, ou ainda, “dever-poderes”.²³⁴

3.4 Iniciativa instrutória do juiz e contraditório

A atuação do juiz na atividade instrutória não é ilimitada. Existem balizas intransponíveis à iniciativa oficial, que se desdobram em três parâmetros: a rigorosa

²³¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 120.

²³² GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, fascículo 18. Brasília: jan./jun. 2005, p. 19.

²³³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 120.

²³⁴ *Ibidem*, pp. 120-121.

observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas.²³⁵

Como visto, é da essência do processo e, em especial, do procedimento probatório, a participação dos interessados em todos os atos de admissão, produção e crítica da prova; desse modo, a vulneração do contraditório em qualquer desses atos deve impedir a consideração dos dados resultantes no momento da decisão final.²³⁶

O contraditório, entendido como participação das partes e do juiz na colheita da prova, constitui o primeiro parâmetro de limitação para a atividade instrutória oficial. Por isso mesmo prefere-se o termo “iniciativa do juiz” ao de “atividade do juiz”, porquanto o primeiro melhor representa a necessidade de as partes participarem, com o magistrado, da colheita da prova.²³⁷

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.²³⁸

Entretanto, cabe fazer a respeito uma distinção: casos há em que a violação do contraditório representa somente um aspecto formal da prova, ou seja, trata-se de

²³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, fascículo 18. Brasília: jan./jun. 2005, p. 20.

²³⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 169.

²³⁷ *Ibidem*, p. 20.

²³⁸ *Ibidem*, p. 20.

irregularidade relacionada apenas à forma com que se realizaram os atos procedimentais probatórios.²³⁹

Em outras situações, ao contrário, o desrespeito à contrariedade atinge a própria essência da prova considerada na decisão, aqui não se tem uma prova simplesmente irregular, mas, na verdade, uma não-prova, ato sem a mínima aptidão para fundar o raciocínio judicial.²⁴⁰

As conseqüências da distinção, no plano prático, são significativas: na hipótese, constatada a utilização do elemento probatório irregular, as repercussões devem ser apreciadas sob a ótica do sistema de nulidades previsto no ordenamento, anulando-se a sentença e determinando-se a renovação do ato instrutório, ou até mesmo a eventual não-declaração da invalidade, segundo as regras pertinentes.²⁴¹

Mas, se em se tratando de uma infringência ao contraditório que atinge a própria natureza do ato tido como probatório, sua própria existência, a solução deve ser a mesma reservada para as provas inadmissíveis, que jamais podem ser utilizadas pela sentença.²⁴²

Pode-se concluir, portanto, que a melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as

²³⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 169.

²⁴⁰ Ibidem, p. 169.

²⁴¹ Ibidem, p. 169.

²⁴² Ibidem, p. 169.

provas, tanto as produzidas pelas partes e as determinadas *ex officio* pelo juiz, ao contraditório.²⁴³

3.5 Reforma no processo penal: os atuais artigos 155 e 156 do CPP

A reforma processual penal, procedida pelas Leis 11689/08, 11690/08 e 11900/09, reacendeu algumas discussões sobre temas processuais penais lidos a partir da Constituição Federal.²⁴⁴

Conforme afirma Marcos Eberhardt, no âmbito da produção probatória as mudanças representaram posicionamentos jurisprudenciais consolidados nos tribunais superiores, além de reforçarem o traço inquisitivo do Código de Processo Penal. Mesmo assim, em alguma medida, houve avanço.²⁴⁵

Cabe ressaltar que o art. 155 do Código de Processo Penal, se lido sem maiores precauções, de forma equivocada, permite ao intérprete chegar ao entendimento de que a prova inquisitorial, seja ela qual for, pode ser utilizada pelo julgador para fundamentar sua decisão, o que seria um retrocesso, haja vista ser tal interpretação totalmente incompatível com um processo penal de viés garantista.²⁴⁶

Embora não abandonando os sistemas de íntima convicção (júri) e da prova legal (a exemplo do disposto no art. 158 do Código de Processo Penal), a nova redação do art.

²⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, fascículo 18. Brasília: jan./jun. 2005, p. 20.

²⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 99.

²⁴⁵ Ibidem, p. 99.

²⁴⁶ DE CASTRO, Douglas Camarano. **Art. 155, caput, CPP: “exclusivamente” os elementos de prova produzidos em consonância com o contraditório e a ampla defesa**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: julho 2009.

155, *caput*, procedida pela Lei nº 11690/08, manteve como regra o sistema da livre apreciação judicial da prova (persuasão racional do juiz ou livre convencimento motivado). O julgador possui, pois, segundo esse sistema, liberdade para apreciar a prova, desde que motive sua decisão (art. 93, IX, da Constituição Federal). A liberdade probatória é atenuada pela necessária motivação.²⁴⁷

Noutro aspecto, a nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal deixou claro que a prova merece ser produzida em contraditório judicial, anunciando, em primeira vista, a seriedade da parte final do mesmo dispositivo, no sentido de que o juiz não poderá fundamentar sua decisão nos elementos informativos colhidos na investigação. Porém, a inserção da palavra “exclusivamente” no mesmo dispositivo legal acabou por desnaturar os objetivos iniciais da reforma, criando mais um problema para um Código de Processo Penal que esperava soluções.²⁴⁸

Analisando o artigo citado, podemos dizer que o legislador, ao empregar na nova redação do artigo 155 do CPP a palavra “exclusivamente”, deu brecha para os operadores do direito, dependendo da maneira como vão interpretá-lo, principalmente se a interpretação for a gramatical (literal), entenderem que o magistrado pode utilizar a prova colhida na investigação policial, produzida à margem do contraditório e da ampla defesa, para fundamentar sua decisão.²⁴⁹

²⁴⁷ NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 100.

²⁴⁸ Ibidem, p. 100.

²⁴⁹ DE CASTRO, Douglas Camarano. **Art. 155, caput, CPP: “exclusivamente” os elementos de prova produzidos em consonância com o contraditório e a ampla defesa**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: julho 2009.

Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em garantia constitucional do contraditório.²⁵⁰

Não se discute a importância do contraditório judicial, mas que seja pleno. Este princípio constitucional é base do devido processo legal. A partir disso, uma das máximas expressões de um processo de partes, o contraditório judicial, foi desvirtuada em decorrência de apenas uma palavra: “exclusivamente”.²⁵¹

Assim, a necessidade séria de contraditório judicial não integrou a reforma, na medida em que, de algum modo, o Código de Processo Penal aceitou a possibilidade de um juízo condenatório baseado, mesmo que subsidiariamente, em elementos de informação advindos do inquérito policial. Se a fragilidade do conteúdo dos atos de investigação, em não poderem ser comparados a atos sérios de prova, deve-se, em boa medida, à ausência de compromisso com os princípios do contraditório e da ampla defesa, torna-se impossível admitir-se a constitucionalidade do referido dispositivo legal.²⁵²

É evidente que a palavra “exclusivamente” acabou por liberar o magistrado a utilizar os elementos informativos da fase inquisitorial ao proferir sentença. Assim, segundo a nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal, a prova inquisitorial, por si só, não

²⁵⁰ FURTADO, Renato de Oliveira. **A necessária judicialização da prova oral – anotações ao artigo 155 do CPP**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: agosto 2009.

²⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, pp. 100-101.

²⁵² *Ibidem*, p. 101.

pode servir de substrato autônomo à sentença condenatória. Ainda, se não pode servir exclusivamente, de alguma forma poderá servir.²⁵³

Entender que ao juiz é permitido utilizar toda e qualquer prova inquisitorial para respaldar sua decisão, é ignorar que estamos em um Estado Democrático de Direito, cujo objetivo principal é a valorização do homem frente ao ente Estado, e esta valorização, em um processo penal, se faz com a observância de um processo garantista, em que para uma condenação, deve o julgador, em regra, se ater tão somente à prova judicializada, produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ressalta a primeira parte do artigo de lei ora em estudo (o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial).²⁵⁴

A prova do inquérito tem caráter investigatório e informativo, e não a de ato de instrução. Para valer como prova do processo, necessário era que se tornasse prova judicial. Portanto, sentença legítima, escoreita, sob a ótica legal e constitucional, é a prolatada com fundamento na prova judicializada banhada à luz do contraditório e da ampla defesa.²⁵⁵

Também parece que o legislador reformista ainda não se convenceu acerca da necessária diferença entre atos de investigação e atos de prova. A regra geral é que os atos de investigação preliminar (inquérito policial) sejam considerados meros atos de investigação, com uma limitada eficácia probatória, pois a produção da prova deve estar reservada para a

²⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 101.

²⁵⁴ DE CASTRO, Douglas Camarano. **Art. 155, caput, CPP: “exclusivamente” os elementos de prova produzidos em consonância com o contraditório e a ampla defesa**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: julho 2009.

²⁵⁵ FURTADO, Renato de Oliveira. **A necessária judicialização da prova oral – anotações ao artigo 155 do CPP**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: agosto 2009.

fase processual. É função procedimental dos atos de instrução, no sentido de que sua eficácia é interna à fase, para fundamentar as decisões interlocutórias tomadas no curso da investigação.²⁵⁶

Confundindo meros atos de investigação com sérios atos de prova, a reforma esqueceu-se de que o conteúdo do inquérito policial não pode, de forma alguma, ser endereçada ao magistrado. Não há racionalidade em se admitir a possibilidade de o juiz proferir sentença baseado em elementos originários da investigação criminal.²⁵⁷

A finalidade da investigação, do inquérito policial, ou outro procedimento investigatório, constitui peça meramente informativa, sem valor probatório, apenas servindo de suporte para a propositura da ação penal.²⁵⁸

E não se poderia, num legítimo Estado Democrático de Direito, cultivar – se outra referência teórica que não essa. Os meios de prova adequados e válidos para a prolação de um édito condenatório são, inexoravelmente, jungidos a um processo penal constitucional. Daí que as provas orais obtidas no inquérito policial, porque obtidas na ausência do contraditório e da ampla defesa, servem, sim, para análise da condição da ação penal, porém, jamais, para efeito de se mandar alguém ao cárcere no Estado Democrático de Direito.²⁵⁹

Mais adequado uma leitura de norte constitucional, o art. 155, com nova redação dada pela Lei nº. 11690/08, fruto ainda de um paradigma autoritário de busca pela verdade real, acabou por desnaturar tal conquista com uma simples palavra: exclusivamente.

²⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, pp. 101-102.

²⁵⁷ Ibidem, p. 102.

²⁵⁸ Ibidem, p. 102.

²⁵⁹ FURTADO, Renato de Oliveira. **A necessária judicialização da prova oral – anotações ao artigo 155 do CPP**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: agosto 2009.

Agora, o magistrado está autorizado, definitivamente, a reforçar a formação do seu (livre) convencimento a partir dos elementos informativos advindos da fase pré-processual, desprezando a conquista constitucional da presunção de não-culpabilidade.²⁶⁰

Não é possível falar – se em livre convencimento motivado e esquecer – se que o contraditório, o princípio da imediação, notadamente nas provas orais, são verdadeiras condições de validade da prova. Tais valores constitucionais, porque garantidores da higidez da prova e de um justo processo, não poderia ser imolados no altar da defesa social, no vale tudo do combate a criminalidade.²⁶¹

Por tudo isso, o art. 155 do Código de Processo Penal é flagrantemente inconstitucional, pois não há decisão penal constitucionalmente legítima, fora de um processo público, conduzido por um terceiro imparcial, oficial e pré-determinado, com todas as garantias constitucionais, as quais protegem toda a cidadania.²⁶²

Já na parte final do art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, a reforma admitiu a utilização pelo magistrado daquelas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, mesmo produzidas no curso do inquérito policial. Tais provas deverão, certamente, sofrer do contraditório diferido.²⁶³

²⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, pp. 102-103.

²⁶¹ FURTADO, Renato de Oliveira. **A necessária judicialização da prova oral – anotações ao artigo 155 do CPP**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: agosto 2009.

²⁶² NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 102.

²⁶³ *Ibidem*, p. 103.

Omitiu-se, porém, ao deixar de limitar a definição do que sejam provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, tratando-as equivocadamente de forma idêntica. Não parece possam ser tratadas assim, a permitir sua utilização desmedida pelo magistrado.²⁶⁴

Dentre tais provas, que poderão, pelo requisito da cautelaridade, ser admitidas na formação do convencimento do magistrado, estão, sem dúvida, a perícia, a busca e apreensão e também interceptações telefônicas.²⁶⁵

O art. 155, em seu parágrafo único, conservou como exceção o sistema da prova legal (tarifada) no Código de Processo Penal, estabelecendo que somente quanto ao estado das pessoas sejam observadas as restrições estabelecidas na lei civil. Há um claro desrespeito ao princípio de que toda a prova no processo penal tem valor relativo, o que, em certa medida, comprometerá a ampla defesa, já que nem mesmo o estatuto civil é tão engessado como quer o Código de Processo Penal.²⁶⁶

A partir da leitura do próprio estatuto civil, é possível constatar-se claro retrocesso na manutenção desta modalidade de prova tarifada. Ora, no processo penal toda prova tem valor relativo e por isso pode ser suprida por outra. É o caso do exame de corpo de delito, direto ou indireto, que, ausente, poderá ser suprido pela prova testemunhal (art. 167, do Código de Processo Penal).²⁶⁷

Visando adequar o disposto no art. 155 do CPP ao sistema jurídico vigente, temos que a melhor solução é interpretá-lo de forma sistemática, confrontando-o com o

²⁶⁴ NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 103.

²⁶⁵ Ibidem, p. 103.

²⁶⁶ Ibidem pp. 104-105.

²⁶⁷ Ibidem, p. 105.

Direito na sua totalidade (sistema jurídico), com outras normas, com princípios e com valores prestigiados pelo Estado, de maneira a dar-lhe um sentido que encontre consonância com os postulados de um Estado Democrático de Direito, e, sobretudo, com um processo penal garantista.²⁶⁸

A doutrina majoritária, a partir do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, endereça à acusação o ônus de provar a materialidade e autoria delituosa, assim como a existência de circunstâncias agravantes e eventuais qualificadoras. Já à defesa cabe provar as causas excludentes, de isenção de pena e de eventuais circunstâncias atenuantes e privilegiadoras. A prova da alegação é, pois, de quem a fizer (primeira parte do art. 156 do Código de Processo Penal, mantida pela reforma), disposição inspirada no Código de Processo Civil.²⁶⁹

Apesar disso, o juiz poderá usar da faculdade que lhe concede o art. 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal, tendo, agora, seus poderes instrutórios aumentados. Inovação foi a possibilidade de produção antecipada de provas, de ofício, pelo magistrado, antes mesmo da ação penal. Porém essa medida só pode ser realizada, segundo a reforma, quando for necessária e, para isso, deve ter justificativa.²⁷⁰

O Código de Processo Penal já falava expressamente da possibilidade de produção antecipada de provas, mas não no curso do Inquérito Policial. Tal expansão dos poderes instrutórios do magistrado demonstra a preferência da reforma em manter o caráter

²⁶⁸ DE CASTRO, Douglas Camarano. **Art. 155, caput, CPP: “exclusivamente” os elementos de prova produzidos em consonância com o contraditório e a ampla defesa.** In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: julho 2009.

²⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 106.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 106.

inquisitivo do Código de Processo Penal em total dissonância com o sistema acusatório de índole constitucional.²⁷¹

Resta estabelecido que, para a concretização do sistema acusatório, o juiz, no processo penal, não tem atuação de ofício na direção do objeto da persecução penal, ficando inerte e aguardando a provocação das partes ou comando processual procedimental. A previsão da gestão da prova para o magistrado no artigo 156 do Código afasta terminantemente dali o sistema acusatório. É o estilo acusatório que, em contrapartida, determina um espetáculo dialético, um combate aberto, com normas claramente referentes, sobretudo, aos tribunais, o que novamente foi desprezado pelo legislador reformista.²⁷²

Há o primado da hipótese sobre o fato, o que nitidamente faz valer a vontade do juiz persecuidor. O magistrado – como se responsável pela segurança pública fosse e respondendo aos anseios da mídia – atropela a Constituição Federal, auxiliando o Ministério Público na tarefa acusatória, utilizando-se mais tarde – para condenação – da prova que ele mesmo determinou porque estava a perseguir aquele resultado. Como seria possível, então, autorizar o magistrado a determinar, de ofício, provas ainda no curso da investigação sem que mais tarde este sujeito processual (humano) deixasse de se contaminar por elas. Deve-se garantir que o magistrado atue apenas quando necessário. A sua simples atuação de ofício já seria um ato de total violência a um processo de partes.²⁷³

Muito embora essa posição, os tribunais superiores, na linha do que dispôs o legislador reformista, acreditam que o sistema de processo brasileiro é acusatório e os poderes

²⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 106.

²⁷² *Ibidem.*, pp. 106-107.

²⁷³ *Ibidem.*, p. 107.

instrutórios do magistrado não o desnaturam. De qualquer forma, mesmo diante de uma gama de precedentes, todos equivocados ao considerarem a possibilidade de um sistema misto, operou em claro retrocesso a reforma neste ponto. Mais uma vez confiou-se na imparcialidade do julgador em troca de celeridade processual, perdendo-se a chance de retirar do juiz de uma vez por todas a crença na verdade real.²⁷⁴

A “verdade real”, tão cultuada no processo penal, não passa de um mito, pois, ao longo da instrução probatória o que prevalece é a “verdade processual”, que deve ser perquirida em observância às regras do devido processo legal, vez que esta será a verdade que servirá de alicerce para que o julgador forme o seu juízo de convencimento. E mais, essa verdade deve ser sempre suscetível de prova e oposição pela defesa.²⁷⁵

Ainda, a produção antecipada de provas mesmo antes da ação penal – objeto explícito do texto do art. 156, I, do Código de Processo Penal – é uma desconhecida como incidente processual penal, deixando a própria disposição legal sem aplicação prática. Não se pode aceitar, aqui, simplesmente, a aplicação analógica da produção antecipada de provas do Código de Processo Civil. A prova antecipada tem como característica a presença do juiz na realização do ato.²⁷⁶

Tendo o Brasil adotado o sistema acusatório, e sendo introduzido o novo art. 156, inciso I, há um inegável conflito entre o sistema vigente e o novo dispositivo, pois este permite ao juiz de ofício “ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção

²⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 107.

²⁷⁵ DE CASTRO, Douglas Camarano. **Art. 155, caput, CPP: “exclusivamente” os elementos de prova produzidos em consonância com o contraditório e a ampla defesa**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: julho 2009.

²⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 107.

antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”, trazendo assim, a figura do juiz inquisidor.²⁷⁷

Com a presença do juiz inquisidor, os princípios do devido processo legal, da iniciativa das partes, da imparcialidade do juiz, são manifestamente violados, pois não há um devido processo legal com a usurpação da função do Ministério Público (que é o titular exclusivo da ação penal pública), bem como não havendo a inércia do juiz ou a iniciativa das partes, ocorre de modo patente o comprometimento da imparcialidade do julgador, que ao produzir uma prova antes do início da ação penal, corre o sério e fundado risco de ficar a ela vinculado psicologicamente, sendo certo que dentro deste quadro, poderá ocorrer do juiz formar sua convicção única e exclusivamente nesta prova produzida, o que é iníquo, pois um juiz inquisidor é um juiz que representa grande perigo a um processo penal constitucional, portanto, não pode jamais ser admitido sob pena de profunda e lamentável regressão do sistema processual penal.²⁷⁸

Impõe-se, isto sim, impedir ao máximo qualquer afetação - mesmo que culposa e humana - à “paridade de armas” entre a acusação e a defesa. O juiz deve ser e parecer imparcial e, por isso, admitir-se a colheita de elementos, antes mesmo de iniciada a ação, bem como depois de seu início, pode revelar a convicção judicial ou viciá-la, em nítido prejuízo daqueles sujeitos que atuam nos diferentes pólos do rito processual pertinente.²⁷⁹

Caso existisse um juiz diverso a determinar a prova antecipada, desprezando-se, pois, o conteúdo do art. 83 do Código de Processo Penal, desde que na

²⁷⁷ SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. **A inconstitucionalidade do inciso I do novo art. 156 introduzido pela Lei 11.690/08**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: 2009.

²⁷⁸ Ibidem.

²⁷⁹ FELICIO, Érick Vanderlei Micheletti. **A reforma dos dispositivos Processuais Penais relativos à prova: Lei 11.690/08**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: 2009.

presença das partes, não haveria qualquer incoerência neste ponto da reforma, a não ser em relação aos poderes *ex officio* do magistrado.²⁸⁰

Num Estado Democrático e Constitucional de Direito, não há como se admitir tamanha regressão, pois, um julgador que detém tal poder, é um julgador que inegavelmente terá sua imparcialidade comprometida, além de que ao realizar a produção de uma prova antes do início da ação penal, rasga por completo o sistema acusatório, ignora o devido processo legal e a iniciativa das partes.²⁸¹

Noutro aspecto, perdeu o legislador a chance de indicar expressamente a proibição de inversão do ônus da prova, dogma do processo penal constitucional. Apesar da omissão, os tribunais superiores já indicavam claramente vedação. Porém a omissão foi parcialmente sanada quando o legislador reformista deixou clara a ordem da tomada da prova no processo, como é o caso dos artigos 400 (redação dada pela Lei n.º 11.719/08) e 411 do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei n.º 11689/08).²⁸²

Deve-se lembrar a impossibilidade de inverter o ônus da prova, pela importância que tem, deve ser mantida mesmo que a defesa concorde com a inversão. Do contrário, há clara violação da garantia de que a defesa tem a última palavra no processo.²⁸³

Claramente inconstitucional a autorização conferida ao juiz para determinar, de ofício, a produção antecipada de provas antes de iniciada a ação penal. Realmente, nesta

²⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 108.

²⁸¹ SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. **A inconstitucionalidade do inciso I do novo art. 156 introduzido pela Lei 11.690/08**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: 2009.

²⁸² NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 108.

²⁸³ *Ibidem*, p. 108.

situação ainda não há sequer ação penal instaurada nem mesmo acusação formal veiculada. Portanto, não pode o magistrado violar sua inércia, atuando como verdadeiro juiz inquisidor. É impossível ao magistrado determinar de ofício a realização de prova antecipada antes do início do processo, sob pena de violação ao sistema acusatório e aos princípios da inércia e do devido processo legal, em virtude da mácula à imparcialidade do juiz. Em síntese, estamos diante de um retrocesso, verdadeiramente inconstitucional, por se tratar de um retorno ao juiz inquisitivo.²⁸⁴

Como dito acima, o juiz no curso do processo tem um poder complementar na produção de provas, assim, se mesmo após a produção das provas pelas partes, o julgador entender necessária a produção de outra para dirimir sua dúvida, poderá determinar a produção desta. Todavia, no caso do dispositivo em análise, a produção antecipada de provas pelo juiz, antes do início da ação penal, é flagrantemente inconstitucional, pois causa o rompimento do sistema acusatório e a violação dos princípios do devido processo legal, da iniciativa das partes e da imparcialidade do juiz.²⁸⁵

O legislador ao editar leis deve ter mente de uma vez por todas que estamos em um Estado Democrático e Constitucional de Direitos, não havendo espaço para pretensões iníquas ou manifestamente contrárias a Constitucionalização do Direito.

²⁸⁴ SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. **A inconstitucionalidade do inciso I do novo art. 156 introduzido pela Lei 11.690/08.** In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: 2009.

²⁸⁵ SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. **A inconstitucionalidade do inciso I do novo art. 156 introduzido pela Lei 11.690/08.** In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: 2009.

CONCLUSÃO

O sistema acusatório pode ser definido como um conjunto de normas e princípios constitucionais concatenados e alicerçados na idéia da divisão de funções, distribuídas entre três personagens distintos: o acusador, o defensor e o julgador. Isto é, o autor, o réu e o juiz. O acusado não mais é tratado como objeto, mas como sujeito de direitos.

O momento político do país é um fator determinante que irá influenciar na escolha do sistema processual a ser adotado por ele. O sistema processual adotado por um Estado soberano nos dá a indicação de qual seja a ideologia predominante naquela nação; se mais democrática ou mais autoritária.

Analisando as garantias constitucionais, é possível perceber que se trata o contraditório de garantia fundamental de imparcialidade, legitimidade e correção da prestação jurisdicional: sem que o diálogo entre as partes anteceda ao pronunciamento estatal, a decisão corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta.

Quando, nas Constituições, se assegura a ampla defesa, entende-se que a proteção derivada da cláusula constitucional deve abranger o direito à defesa técnica durante todo o processo e o direito de autodefesa.

Na questão da busca da verdade deve-se ter conhecimento que o processo jamais alcançará a verdade e tampouco uma certeza. Verdade e certeza são conceitos absolutos, inatingíveis, porém é necessário que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível, ou seja, quanto maior sua iniciativa instrutória, mais perto da certeza ele estará.

Garante sua imparcialidade, o magistrado que se limite ao exame objetivo da matéria fática, cuja reprodução nos autos se faz mediante as provas. Para que o juiz mantenha a imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar. O perfeito funcionamento do princípio do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador.

O compromisso do juiz é com a lei e com a justiça. Deve ele ser independente e neutro com relação a interesses outros, pois, no que se refere àqueles amparados pela lei, não há independência ou neutralidade possível.

Deve ele tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. 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 produção de outras provas.

Pode-se concluir, portanto, que a melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas, tanto as produzidas pelas partes e as determinadas de ofício pelo juiz, ao contraditório.

Importa ainda ressaltar que a inconstitucionalidade do art. 155 do Código de Processo Penal é evidente, pois não há decisão penal constitucionalmente legítima, fora de um processo público, conduzido por um terceiro imparcial, oficial e pré-determinado, com todas as garantias constitucionais, as quais protegem toda a cidadania.

Questionável é também, a autorização conferida ao juiz no art. 156 do Código de Processo Penal para determinar, de ofício, a produção antecipada de provas antes

de iniciada a ação penal. A produção antecipada de provas pelo juiz, antes do início da ação penal, é flagrantemente inconstitucional, pois causa o rompimento do sistema acusatório e a violação dos princípios do devido processo legal, da iniciativa das partes e da imparcialidade do juiz.

O poder do juiz no curso do processo tem caráter complementar na produção de provas, assim, se mesmo após a produção das provas pelas partes, o julgador entender necessária a produção de outra para dirimir sua dúvida, poderá determinar a produção desta.

Enfim, a iniciativa instrutória do juiz no modelo acusatório brasileiro tem íntima relação com a função social do processo, não sendo possível a figura de um magistrado inerte, passivo, refém das partes. No processo publicista, o papel do juiz é necessariamente ativo, não podendo limitar-se a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário.

LISTA BIBLIOGRÁFICA

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Dos sistemas processuais penais. Jus navegandi, junho/2005. Disponível <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6948>>. Acesso em 17. 11. 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3a ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *apud* RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

DE CASTRO, Douglas Camarano. **Art. 155, caput, CPP: “exclusivamente” os elementos de prova produzidos em consonância com o contraditório e a ampla defesa**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: julho 2009.

FELICIO, Érick Vanderlei Micheletti. **A reforma dos dispositivos Processuais Penais relativos à prova: Lei 11.690/08**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5 ed. rev., atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. rev. e ampl. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006.

FURTADO, Renato de Oliveira. **A necessária judicialização da prova oral – anotações ao artigo 155 do CPP**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: agosto 2009.

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

GRAU, Joan Verger. *Apud* RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In: Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, fascículo 18. Brasília: jan./jun. 2005, pp. 15-26.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

JARDIM, Afrânio Silva *apud* RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

LEONE, Giovanni. *Manuale di diritto Processuale Penale*. Napole: giovane, 1983, p. 8. *apud* PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 2a ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.

MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 1998, Vol. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza (org.). **Reformas no processo penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Curso de processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SEGUNDO, Luiz Carlos Furquim Vieira. **A inconstitucionalidade do inciso I do novo art. 156 introduzido pela Lei 11.690/08**. In: Boletim IBCCRIM. São Paulo: 2009.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1967, vol. II, p. 1-2 *apud* RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, Vol. 1.

_____. **Processo penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. I.

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