



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

EVANILDO GONÇALO DA COSTA

**A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL E O
PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE**

Brasília
2012

EVANILDO GONÇALO DA COSTA

**A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL E O
PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito: Prática Processual nos Tribunais.

Orientador: Dr. José Theodoro Carvalho

Brasília
2012

EVANILDO GONÇALO DA COSTA

**A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL E O
PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de
Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito:
Prática Processual nos Tribunais.

Orientador: Dr. José Theodoro Carvalho

Brasília, ____ de _____ de 2012.

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a).

Prof(a). Dr(a).

Ao meu pai, *in memoriam*, à minha mãe, aos meus irmãos: Francisco, Elizângela, Antônio, Erivânia, Eliana, Ricardo, Edilton e aos meus sobrinhos: Laura, Maximus e Arthur, por todas as lições transmitidas e pelo amor que nos mantém inseparáveis e imbatíveis.

AGRADECIMENTO

Graças à bondade, a vontade de Deus e à efetiva participação do Dr. José Theodoro Carvalho foi possível a elaboração do presente trabalho, primeiramente por este ter acolhido o tema para orientar, posteriormente por ter disponibilizado seu tempo e demonstrado muita atenção às exigências, reivindicações, necessárias para o desenvolvimento da questão suscitada. Agradece-se, com justiça, ao Dr. Gilson Ciarallo por ter contribuído desde a primeira aula de metodologia científica até a indicação do ilustre orientador que com brilhantismo cooperou neste feito.

RESUMO

No direito processual penal a iniciativa na produção da prova é um assunto bastante controverso. Na elaboração deste trabalho delinea-se como ocorre a atuação das partes e do Magistrado da causa na demonstração e na busca da verdade sobre o fato submetido a julgamento. Avalia-se, também, alguns princípios, de ordem constitucional, norteadores do Processo Penal e outros inerentes às provas, bem como, a forma de apreciação destas pelo júízo competente. Considera-se, se a ação do julgador no procedimento instrutório viola algum princípio relacionado ao Processo Penal ou constitucional. Algumas legislações especiais em pontos referentes à iniciativa probatória e algumas medidas cautelares, sucintamente, serão objeto de análise. Debate-se a iniciativa instrutória pelo Estado Juiz nos sistemas de Processo Penal de acordo com o entendimento doutrinário e o posicionamento jurisprudencial. Faz-se uma análise desta conduta do julgador, atuar de ofício na busca de elementos probatórios no Processo Penal, e a imparcialidade necessária para o deslinde da causa.

Palavras chave: Processo Penal; Juiz; Prova; Iniciativa Instrutória; Princípio da Imparcialidade.

ABSTRACT

In criminal procedural law, the initiative on the production of evidences is a very controversial subject. The elaboration of this study is about how the performance of the parties and the Magistrate is in the demonstration and in search of the truth about the fact submitted to judgment. Some constitutional principles, guides of Criminal Procedure, and others related to the evidences, such as the way of appreciation of them by the competent court are also discussed. It is considered if the judge action in the instructional proceeding violates some principle related to constitutional or Criminal Procedure. Some special legislation related to the evidence initiative and provisional remedy will be briefly analyzed. It is discussed the instructional initiative by the Legal State in the Criminal Procedure systems according to doctrinal understanding and jurisprudential position. It is an analysis of the conduct of the judge, acting craft in search of evidence in criminal procedure, and impartiality required for disentangling cause.

Key words: Criminal Procedure; Judge; Evidence; Intructional Initiative; Impartiality Principle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O PAPEL DO JUIZ	11
1.1 o sistema inquisitivo.....	11
1.2 o sistema acusatório.....	12
1.3 o sistema misto.....	14
1.4 o modelo adotado no Brasil.....	15
2 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À ATUAÇÃO DO JUIZ E À PRODUÇÃO DA PROVA	18
2.1 Princípio da Imparcialidade.....	18
2.2 Princípio da Verdade Real.....	22
2.3 Princípios da Presunção de Inocência e do <i>in dubio pro reo</i>	23
2.4 Princípio da Vedação da Revisão <i>pro societate</i> e a reforma <i>pro reo</i>	27
2.5 Princípios gerais relacionados às provas.....	29
3 PROVA	34
3.1 conceito.....	35
3.2 natureza jurídica.....	36
3.3 iniciativa probatória.....	37
3.3.1 atuação das partes e do juiz na produção da prova.....	37
3.4 produção da prova pelo juiz à luz do artigo 156 do Código de Processo Penal	40
3.4.1 provas antecipadas.....	42
3.4.2 produção de prova pelo julgador antes da existência da ação penal.....	45
3.4.3 o juiz atuando de ofício para dirimir dúvida sobre prova.....	46
3.5 oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes	48
3.6 casos específicos de produção da prova pelo julgador	50
3.6.1 Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Loman.....	50
3.6.2 medidas e procedimentos onde o julgador de ofício tem iniciativa na instrução processual.....	53
3.6.2.1 busca e apreensão.....	53
3.6.2.2 interceptação telefônica.....	58
3.6.2.3 atuação do juiz na produção da prova na investigação de crimes praticados por organização criminosa.....	60

3.6.2.4 iniciativa instrutória do julgador nas ações penais originárias nos tribunais.....	62
3.7 suspeição e impedimento do julgador.....	66
3.8 análise sobre o poder instrutório conferido ao julgador.....	68
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS.....	79

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico examina uma questão de relevante importância para o Poder Judiciário no tocante a aplicação da justiça no Direito Penal e no Processual Penal.

A pesquisa centraliza-se na atividade do Estado, este o único detentor do *jus puniendi*, na prestação jurisdicional, mais especificamente, no que diz respeito à iniciativa instrutória no Processo Penal.

Ao ter conhecimento da polêmica gerada em torno da questão suscitada, despertou-se o interesse em realizar uma pesquisa relacionada ao assunto. Após algumas consultas em obras doutrinárias foram encontradas muitas discussões, divergências e críticas sobre a atuação do julgador na iniciativa da produção probatória no Processo Penal, sendo estas as razões motivadoras do investimento no estudo sobre o tema.

Com o advento da Carta Magna Brasileira de 1988, foram consagrados princípios e garantias de grande valia para aqueles ramos do direito. Dentre os primados ali inseridos destaca-se o da imparcialidade do órgão estatal incumbido do deslinde da causa sob sua competência.

A legislação infraconstitucional conferiu autonomia ao julgador para, de ofício, produzir provas e diligenciar com intuito de esclarecer dúvidas inerentes a pontos relevantes sobre fatos não esclarecidos e determinantes na solução da lide penal.

A questão provocada, o Magistrado ungido de poder para de ofício produzir provas, leva a alguns questionamentos: Os elementos probatórios capazes de demonstrar o alegado pelo interessado devem ser levados aos autos processuais pela parte ou pelo Órgão Decisório? O julgador, produzindo provas no curso da instrução criminal, ou até mesmo antes da ação penal, é capaz de manter a equidistância necessária das partes no processo? Ao determinar de ofício a realização de atos da parte o julgador não será contaminado, suspeito, impedido para decidir a causa? O juiz autorizado a atuar ativamente e objetivamente nesta iniciativa, que em tese compete às partes, acusador e acusado, não viola princípios insertos na Lei Maior Brasileira, especialmente, o da Imparcialidade?

Desenvolvendo o Capítulo I do presente Trabalho são expostos os entendimentos doutrinário e jurisprudencial sobre os sistemas processuais penais e a atuação do julgador em cada um deles. Aborda-se, também, o posicionamento de parcela dos doutrinadores e do Superior Tribunal de Justiça sobre o modelo adotado no Brasil com a implantação da Ordem Constitucional promulgada em 1988.

Superado este momento, no Capítulo seguinte, são ventilados princípios, alguns de índole constitucional, inerentes ao Processo Penal e às provas. Serão explicitados alguns sistemas de apreciação destas e a atuação do Estado Juiz na sua produção.

Avançando no desenvolvimento da pesquisa se faz indispensável o estudo adentrar no objeto cerne da discussão, qual seja: prova no Processo Penal; sua produção; a atuação do demandante, do demandado e do Estado Juiz no cultivo do suporte probatório, explicitando entendimentos e críticas doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas às disposições legais autorizadas da atividade do julgador na iniciativa probatória diante dos primados constitucionais; e, ainda, explanando sucintamente as causas de suspeição e impedimento do Magistrado para proferir decisões.

No Capítulo III e último, ainda, são feitas alusões a algumas disposições legais introduzidas em leis especiais autorizando o julgador a atuar, de ofício, na produção de provas. Aborda-se a questão do Magistrado determinar medidas acautelatórias sem serem requeridas pelos legitimados e eventuais afrontas, causadas por esta atitude, às garantias e aos direitos assegurados constitucionalmente.

Por derradeiro, conclui-se o trabalho monográfico com uma síntese embasada, alicerçada, no posicionamento doutrinário e no jurisprudencial sobre a questão central ventilada.

1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E O PAPEL DO JUIZ

No procedimento processual criminal são adotados alguns métodos de se conduzir o feito para, ao final, aplicar uma reprimenda ao infrator da norma mandamental ou absolvê-lo da conduta desviante que lhe é imputada. Os sistemas de Processo Penal são o inquisitivo, o acusatório e o misto. Cada um destes reserva características que lhes são peculiares.

1.1 o sistema inquisitivo

Noticia-se o início deste modelo de processo em Roma, quando era permitido ao juiz de ofício dar início à persecução criminal. Na Idade Média, a partir do Concílio Lateranense em 1215, influenciado pela Igreja, o processo *per inquisitionem* passou a imperar em quase todo continente europeu¹.

Aury Lopes Junior, explicando a origem do vertente sistema de Processo Penal, diz que a possibilidade de sua implantação se deu com a existência do processo judicial instaurado de ofício para os crimes que ocorria prisão em flagrante. Em decorrência desta possibilidade, os Magistrados foram invadindo a competência reservada ao acusador e, assim, resultando na junção das funções do demandante e do julgador. Com isso ocorreu uma radical mudança na “fisionomia” do Processo Penal. O combate “leal e franco” entre as partes, demandante e demandado, foi suprimido pelo poder do juiz inquisidor, transformando-se em uma desigualdade de poderes e de oportunidades nos pólos da lide².

Este sistema predominou no antigo Egito, no período que antecedeu o cristianismo, e em outras nações, onde mediante um procedimento totalmente sigiloso, em que pese ser escrito, era confiada às autoridades religiosas a

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 79.

² LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p 156-162.

administração da justiça. Somente com as ideias liberais e movimentos abolicionistas este sistema foi execrado do Processo Penal³.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, o sistema inquisitivo é a antítese do tipo acusatório. Neste modelo não existe a garantia do contraditório, logo não existem as figuras da igualdade e nem da liberdade processuais. As funções de acusar, defender e julgar são conferidas a uma única pessoa. O julgador é incumbido dessas missões. Ele é competente para de ofício iniciar o processo; fazer a instrução probatória; e ao final proferir a decisão. Este procedimento não garante direitos ao acusado, pois pode submetê-lo à tortura para confessar a prática delituosa que lhe é imputada. Apesar do processo ser escrito não existe a publicidade dos atos processuais⁴.

Neste sistema o acusado é tratado como objeto do processo, pois não existe o direito de defesa, e o processo é sigiloso. Eugênio Pacelli de Oliveira, ao contrário do afirmado por Fernando da Costa Tourinho Filho, diz ser oral este modelo processual⁵.

O juiz inquisidor não precisa ser invocado para atuar, de ofício exerce as atividades de acusar e julgar. Recolhe os elementos formadores de seu convencimento sem prévia provocação e o demandado “perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto de investigação⁶”.

1.2 o sistema acusatório

No Direito Romano o Processo Penal possuiu duas fases distintas. A *lex* concedida pelo Pretor, no Período Republicano - desde o período da Monarquia até o período da República - ofereceu ao acusador a possibilidade de acusar, de investigar, e ao acusado algumas garantias de defesa, assim, configurando-se como sistema acusatório. Na outra fase, no Período Imperial, algumas mudanças foram

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p 32.

⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 79.

⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 7.

⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p 157.

introduzidas no Processo Penal em Roma, destacando-se dentre elas o abuso do direito de acusar e, em decorrência deste abuso, a imposição de severas penas aos acusadores de má fé. Diante destas sanções pesadas diminuíram as acusações, conseqüentemente, diversas condutas infracionais deixaram de ser reprimidas, o que motivou maior intervenção de ofício do Estado na esfera criminal e, desta forma, foi mitigado o sistema acusatório⁷.

Dentre tantos estudiosos merecem destaque Fernando Capez com suas lições esclarecedoras do modelo acusatório⁸.

O processo acusatório é o que assegura todas as garantias do devido processo legal. Pressupõe a existência de garantias constitucionais decorrentes do respeito à dignidade humana e ajustadas ao perfil de um processo penal democrático, caracterizada pela constante mediação do juiz, principalmente quando houver restrição a algum direito ou garantia fundamental⁹.

Fernando da Costa Tourinho Filho assevera que o contraditório e, em decorrência deste, a igualdade entre as partes, acusadora e acusada, são traços marcantes do sistema processual acusatório. Existe previsão para restrição da publicidade do processo, mas a regra geral é de ser público. Existe, ainda, a igualdade de direitos e deveres entre as partes em consequência do contraditório. A iniciativa do processo cabe à parte acusadora¹⁰, existindo vedação de sua iniciativa de ofício. Mas, o ponto mais relevante neste modelo é a distinção entre acusação, defesa e julgador¹¹.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p 30.

⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 73.

⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 74.

¹⁰ A parte acusadora em regra é o Ministério Público, no entanto ao ofendido é legalmente conferida esta função nos crimes de ação penal privada ou, a qualquer do povo, no caso de *impeachment*. Excepcionalmente permite-se a função de acusar “denunciar” a qualquer pessoa, quando o acusado for o Presidente da República e o Vice-Presidente nos crimes de responsabilidade; os Ministros de Estado e os Comandantes das Forças Armadas naqueles crimes quando conexos com aquelas autoridades. Também pode “denunciar” os Ministros do STF, o Procurador-Geral da república e o Advogado-Geral da União. “Nestes casos, o processo e o Julgamento competem ao Senado Federal”. Não são somente estas as hipóteses que fogem à regra, a Lei nº 1.079/50 em seu art. 10, alterada pela Lei nº 10.028/2000 possibilita a qualquer do povo ou a Ministério Público oferecer denúncia contra outras pessoas perante o STF, o STJ, os TRFs, os TREs ou até perante os Tribunais de Justiça. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 78/79.

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 78.

Segundo Fernando Capez, no sistema acusatório, corroborando o sustentado pelo doutrinador supramencionado, as funções dos sujeitos do processo são distintas: “um órgão acusa, outro defende e um terceiro julga. Em tal sistema, o acusador e o defensor são partes e estão situados no mesmo plano de igualdade, mantendo-se o juiz equidistante delas¹²”.

No Processo Penal acusatório irrefutável é a garantia da distinção entre acusador, acusado e julgador, neste ponto não se encontra divergência na doutrina. São pessoas distintas as partes nesse ramo do direito, uma não pode substituir a outra, logo a função atribuída a cada parte não pode ser delegada a outra. À acusação compete fazer prova da imputação por ela perpetrada, o demandado se defende do fato a ele imputado e ao juiz compete julgar e decidir a controvérsia com os elementos que lhe são oferecidos pelo acusador e pelo acusado¹³.

Aury Lopes Junior aponta, além das citadas anteriormente, outras características do sistema em apreço. Dentre tantas cita: a atuação do julgador como terceiro imparcial, alheio a investigação e inerte à atividade de colher provas; a possibilidade de resistência do acusado; “ausência de uma tarifa probatória”, a decisão é fundamentada no livre convencimento motivado de quem a proferiu; a coisa julgada oferece segurança jurídica; existe a possibilidade das decisões serem impugnadas; e é assegurada a garantia do duplo grau de jurisdição¹⁴.

A doutrina é unânime no sentido de serem atribuídas a pessoas distintas no processo acusatório as funções de acusar, defender e julgar. Uma destas não pode substituir a outra.

1.3 o sistema misto

O sistema inquisitivo não prosperou e gradativamente foi superado pelo acusatório. O Estado continua tendo o monopólio do poder de punir, no entanto, o processo passou a ser dividido em fases e foi atribuída a função de acusar e julgar a

¹² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 531.

¹³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 78.

¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p 152-155.

peças distintas. Surge então o sistema misto. Ressalta-se que as características suscitadas são insuficientes para configurar este sistema¹⁵.

Este modelo de Processo Penal surgiu após a Revolução Francesa e por força do direito autoritário introduzido por Napoleão Bonaparte, caracterizado pela miscigenação dos sistemas inquisitivo e acusatório¹⁶.

Este sistema é qualificado pelo seu desenvolvimento que ocorre em três etapas. Na primeira a polícia judiciária faz investigação preliminar sob a orientação do Ministério Público. No segundo momento, um juiz instrutor faz a instrução preparatória e, por último, será feito o julgamento. As duas etapas iniciais são inquisitivas, pois não há manifestação da defesa, no entanto, na terceira predomina a figura do contraditório¹⁷.

Outros doutrinadores, como Fernando Capez, entendem haver duas fases neste sistema de Processo Penal, sendo uma inquisitiva, na qual ocorre uma investigação preliminar e uma instrução preparatória e na outra fase acontece o julgamento com todas as garantias típicas do processo acusatório¹⁸.

1.4 o modelo adotado no Brasil

Com a implantação da Ordem Constitucional Promulgada em 1988 pode-se qualificar como de natureza acusatória o sistema processual penal brasileiro. Foram implantados outros princípios e garantias no ordenamento jurídico nacional inerentes a este ramo do direito. Esta qualificação não era possível com a feição do Código de Processo Penal de 1941, levando-se em consideração as funções investigativas, as de cunho acusatório e, ainda, as de julgamento. Este diploma legal

¹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p 163.

¹⁶ GOMES, Luis Flávio e CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p 199.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 79.

¹⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 83.

permitia a iniciativa acusatória pelo julgador da demanda, característica típica do modelo inquisitivo¹⁹.

Fernando Capez, expondo seu posicionamento sobre o modelo seguido no Brasil afirma: O sistema adotado pelo Processo Penal vigente no Brasil é o acusatório, sendo que caracterizam este sistema: o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade, a publicidade, a distinção entre acusação, defesa e julgador insertos na Carta Magna de 1988.

O princípio informador do Processo Penal vigente no Brasil é o acusatório, condenatório, pois ao julgador cabe dirigir o processo e julgar, à acusação incumbe provar a culpabilidade do acusado e a este compete se defender, posicionamento defendido no Superior Tribunal de Justiça²⁰.

Apesar da doutrina majoritária apontar e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entender que é acusatório o sistema processual penal brasileiro, encontramos entendimentos divergentes e críticos neste ponto. Oportunamente menciona-se o posicionamento de Eugênio Pacelli de Oliveira entendendo que o modelo inquisitorial ainda opera no Brasil. Para fazer tal afirmação, fundamenta-se na ampliação ilimitada da concessão da iniciativa probatória outorgada ao Estado Juiz, sendo esta como necessária na busca da verdade real e, mais, assevera que a busca desta verdade legitimou os poderes públicos às práticas autoritárias e abusivas. Logo defende estar descaracterizado o sistema acusatório puro que tentam conferir ao *jus puniendi* do Estado Brasileiro e configurado o modelo inquisitivo²¹.

Luis Flávio Gomes assegura que o sistema de Processo Penal operante no Brasil não é o acusatório puro, pois ainda resta reminiscência do modelo inquisitivo, no entanto, com as garantias e princípios insertos na Constituição da

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 12.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. 143889/SP. Relator: Ministro NILSON NAVES. Órgão acusador: SEXTA TURMA. Data do julgamento: 18/05/2010. Publicado no DJe em: 21/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 7.

República Federativa do Brasil Promulgada em 1988, não se pode negar que está bem próximo dele²².

O sistema processual penal brasileiro com o advento da Carta Magna de 1988 e nesta os princípios norteadores do processo, o sistema tende a ser o acusatório. A legislação processual penal brasileira, estruturada com o Código de Processo Penal e as leis especiais, possui institutos típicos do sistema acusatório e do modelo inquisitivo. A investigação criminal começa na delegacia, como regra, o inquérito é instaurado e tem natureza inquisitiva, o trâmite se dá nestes moldes e naquele procedimento administrativo são colhidas provas a serem utilizadas na fase contraditória. Segundo Guilherme de Souza Nucci, “O sistema processual adotado, no Brasil, é o misto, também denominado de inquisitivo acusatório, inquisitivo garantista ou acusatório mitigado”. Para afastar os resquícios do sistema inquisitivo é necessária a edição de lei, pois só “os princípios constitucionais não são suficientes para comandar a instrução do feito, desde a ocorrência do crime, até o trânsito em julgado da decisão condenatória”. A partir do disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal brasileiro e de algumas leis extravagantes é possível fazer a aludida afirmação²³.

Aury Lopes Junior com veemência sustenta que o sistema processual brasileiro é inquisitivo. Diz ainda que é inquisitivo “do início ao fim”. Fundamenta seu posicionamento nas legislações que autorizam poderes instrutórios e investigatórios ao julgador, poderes estes típicos da inquisição²⁴.

Conforme pode constatar-se, com fundamento nas argumentações doutrinárias retro suscitadas, não há consenso quanto ao sistema processual penal adotado no Brasil, contudo é possível afirmar a não existência de um sistema puro.

²² GOMES, Luis Flávio e CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p 199.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 28-29.

²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p 170-171.

2 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À ATUAÇÃO DO JUIZ E À PRODUÇÃO DA PROVA

O Processo Penal Brasileiro é regido por muitos princípios informadores, norteadores, do processo. Alguns destes de ordem constitucional, necessários ao atendimento das garantias e dos direitos assegurados aos acusados. Entretanto, serão objeto de estudo no presente trabalho monográfico somente alguns que estão ligados à atuação do julgador e à produção probatória.

2.1 Princípio da imparcialidade

Um dos princípios que rege o Processo Penal é a imparcialidade²⁵ de quem tem competência para decidir a controvérsia, a lide, sendo este poder exclusivo do Estado. Oportunamente, merece destacar que primados previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garantem a atuação do Estado na persecução penal, no entanto, respeitando todos os direitos e garantias individuais ali assegurados²⁶.

A imparcialidade do juiz no julgamento é uma das garantias indispensáveis “a efetivação dos direitos fundamentais do homem” no Estado Democrático de Direito²⁷.

O julgador para desempenhar sua função de garantidor dos direitos e das garantias do acusado, para prestar a jurisdição, é imprescindível a plena imparcialidade, princípio supremo do Processo Penal²⁸.

²⁵ Este Princípio é um dos mais importantes no Processo Penal, no entanto não é tão fácil ser alcançado, almejado, pois todo ser humano é movido, muitas vezes, por sentimentos. Além de fatores inerentes às emoções humanas, existem, ainda questões externas capazes de macular o referido primado. Estas podem ser de natureza política, social, ou até por desvio de conduta de julgadores que seguem os caminhos tortuosos da corrupção. Evanildo Gonçalo da Costa.

²⁶ BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jan 2012.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 23945/RJ. Relatora: MINISTRA JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). Órgão julgador: SEXTA TURMA. Data do julgamento: 05/02/2009. Publicado no DJe em: 16/03/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p 83-89.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, o juiz deve julgar com absoluta independência. O Magistrado ao julgar os processos judiciais a ele submetidos não pode ter influência proveniente das partes. A imparcialidade “significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes”²⁹.

Afrânio Silva Jardim assevera que dentre os princípios informadores do Processo Penal Moderno, ao lado do contraditório, o Princípio da Imparcialidade são os mais importantes. Acrescenta, ainda, que ao judiciário é indispensável a neutralidade e a imparcialidade, sob pena de sacrificar o seu comprometimento no sistema acusatório³⁰.

Para assegurar a imparcialidade do órgão julgador a Carta Magna Brasileira estipula em seu artigo 95 garantias, no parágrafo único deste dispositivo constitucional, estabelece vedações e no artigo 5º, inciso XXXVII, veda a criação de juízes ou tribunal de exceção³¹.

Fernando da Costa Tourinho Filho afirma que o Estado ao atuar no Processo Penal o faz por meio de órgão competente. Deve, contudo, abster-se de qualquer sentimento capaz de ser influenciado e, por conseguinte, aplicar a lei de maneira justa, manter-se equidistante do acusador e do acusado sob pena de conspurcar sua decisão. Neste campo reside o Princípio da Imparcialidade do Juiz³².

Não se pode admitir juiz parcial. Se o Estado chamou para si a tarefa de dar a cada um o que é seu, essa missão não seria cumprida se, no processo, não houvesse imparcialidade do juiz.

Melhor seria que disciplinasse a atividade instrutória conferida ao juiz, impedindo-o de produzir provas e de decretar medidas cautelares pessoais ou reais, atribuindo-lhe o seu real e sublime papel de órgão incumbido de solucionar o litígio, limitando-se a recolher as provas que lhe forem apresentadas e, após valorá-las, proclamar a quem assiste o direito. Aí a imparcialidade seria incontestável e consonar-se-ia com o nosso Estado democrático de Direito³³.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 95009. Relator: Ministro EROS GRAU. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 06/11/2008. Publicado no DJe em:19.12.2008. EMENT VOL-02346-06 PP-01275 RTJ VOL-00208-02 PP-00640. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28pricipio+da+imparcialidade+processo+penal%29&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 maio 2012.

³⁰ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 190-191.

³¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 62.

³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 59.

³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 59.

Segundo Fernando Capez o juiz deve ser imparcial, pois ao atuar representando o Estado, não pode ter interesse no processo, sendo as partes, demandante e demandado, os interessados diretamente:

O juiz situa-se na relação processual entre as partes e acima delas (caráter substitutivo), fato que, aliado à circunstância de que ele não vai ao processo em nome próprio, nem em conflito de interesses com as partes, torna essencial a imparcialidade do julgador³⁴.

Ainda sobre o princípio debatido, Afrânio Silva Jardim ensina que o Poder Público deve assegurar a fruição da liberdade, sendo esta um direito irrenunciável, tornando-se imperioso submeter o *jus puniendi* ao Estado para julgar de forma neutra e imparcial os fatos³⁵.

No Processo Penal brasileiro não se admite a parcialidade do julgador, o Estado tem de ser imparcial para efetivamente cumprir seu papel: “dar a cada um o que é seu”, “não há jurisdição sem imparcialidade. O juiz deve ser imparcial, neutro em relação às partes”, caso contrário estará violando o sagrado Princípio Processual da Imparcialidade do Juiz. Quando existe dúvida fundada sobre a imparcialidade do julgador não restará outro caminho a ser trilhado que não seja a exclusão do órgão suspeito do feito, devendo-se para tanto usar os meios legais para tal, quais sejam: exceção de suspeição, de impedimento ou de incompatibilidade³⁶.

Outra garantia do Processo Penal é a do julgador não poder ir além dos pedidos formulados pelas partes, ou seja, o juiz deve se pronunciar sobre tudo que as partes solicitarem. Contudo, oportunamente, ressalta-se a ressalva prevista no art. 383 do Código de Processo Penal que foge da regra, caso o juiz observe que a qualificação do delito formulado pela acusação é diversa dos fatos narrados, poderá aquele modificar o tipo penal, adequando-o à tipificação legal, mesmo que agrave a situação do acusado, pois este deve defendesse dos fatos que lhe são imputados e

³⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 30.

³⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 200.

³⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005. p 30.

não da qualificação, assim procedendo, o julgador esta apenas corrigindo o equívoco ocorrido na peça acusatória e não maculando o princípio aventado³⁷.

O sistema acusatório superou o de feição inquisitiva e, conseqüentemente, trouxe a preocupação com a imparcialidade do julgador, esta, um dos pilares do primado constitucional do juiz natural³⁸, vedando-se a instituição do juiz ou tribunal de exceção. O julgador não pode contaminar a qualidade e especificidade da decisão, esta deve ser imparcial³⁹.

Fazendo alusão ao princípio supra referenciado, Fernando Capez ensina: o juiz deve previamente ao crime ser conhecido segundo as regras que estabelecem sua competência, assim estará investido de garantias constitucionais asseguradoras de sua absoluta independência e de sua imparcialidade⁴⁰.

A imparcialidade do julgador é indispensável para o exercício da prestação jurisdicional. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme neste sentido. O Magistrado não pode ter a imparcialidade sob suspeita, não deve ser contaminado por qualquer sentimento capaz de influenciar no bom desempenho da função⁴¹.

Aquela Corte de Justiça assegura que o aludido princípio é um dos mais importantes relativos aos órgãos com competência para julgar e representa a garantia de um julgamento isento de dúvidas⁴².

A doutrina e a jurisprudência são unânimes no sentido da obrigatoriedade de observância aos princípios orientadores do Processo Penal, especialmente, o da

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 67.

³⁸ “É o órgão da jurisdição cuja competência tenha origem na própria Constituição e tenha sido fixada anteriormente ao cometimento da infração penal”. Neste princípio reside a garantia de que ninguém será processado e nem condenado senão pela autoridade judiciária investida de competência conforme previsão constitucional inserta no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 384.

³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 377-378.

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p 71.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 113176/AL. Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Órgão julgador: QUINTA TURMA. Data do julgamento: 04/08/2009. Publicação no DJe em: 31/08/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 05 maio 2012.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 148190/RJ. Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ). Órgão julgador: QUINTA TURMA. Data do julgamento: 22/03/2011. Publicação no DJe em: 03/05/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

imparcialidade do julgador. Este deve manter equidistância do demandante e do demandado, ser neutro, caso assim não proceda, a decisão proferida estará eivada, maculada, infectada. E nestas conjunturas a decisão não pode produzir efeitos no mundo jurídico, carece ser nula. Não poderia ser diferente, tendo em vista que a liberdade é o bem juridicamente tutelado envolvido na questão.

2.2 Princípio da Verdade Real

No Processo Penal o Estado Juiz deve impor uma sanção ao transgressor da norma reguladora, contudo, deve esta reprimenda ser aplicada sempre amparada em um conjunto de elementos probatórios capazes de clarear os fatos. Quando o órgão julgador não encontrar elementos que levem a uma verdade, ou ao menos se aproxime dela, deve diligenciar no sentido de dirimir eventuais dúvidas em pontos relevantes no processo, nisto consiste o princípio da verdade real⁴³.

O Direito Penal pelo fato de lidar com a liberdade humana, eventualmente, não admite uma condenação com base somente nas provas apresentadas nos autos pelo demandante e pelo demandado, pois poderá ser injusta e causar danos, na maioria das vezes irreparáveis. No Processo Penal, diferentemente do que acontece no Processo Civil onde a revelia ou a confissão gera presunção de veracidade do pleiteado na lide, sem haver muita preocupação em culpa ou não, naquele outro ramo do direito deve-se, sempre, buscar o verdadeiro acontecimento. Sendo assim, e por determinação legal o julgador deve “investigar”, averiguar e encontrar a verdade real, ou pelo menos dela aproximasse, descobrindo como os fatos realmente ocorreram⁴⁴.

Para Afrânio Silva Jardim, sobre o princípio ora examinado, não é exagero afirmar que este foi o que, “historicamente, mais influenciou na evolução estrutural do Processo Penal”. O Estado é interessado em conhecer a verdade fática, assim, lhe é possibilitado uma boa prestação jurisdicional. Para chegar a esta verdade o Estado Juiz pode perquirir, ainda que, contra a vontade ou inércia dos sujeitos do processo. A busca da verdade real ou material, inserta na segunda parte

⁴³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 73.

⁴⁴ DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. *Princípios no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Copola, 1999. p 15.

do artigo 156 do Código de Processo Penal, decorre “da própria natureza do bem da vida e valores que justificam a existência mesmo do Processo Penal: o interesse do Estado em tutelar a liberdade individual⁴⁵”.

Ao indivíduo que efetivamente tem um comportamento desviante, tipificado como infração penal, o Estado deve dirigir a função punitiva. Sendo assim, o ente competente para reprimir o infrator, obrigatoriamente, tem que averiguar os fatos para descobrir a verdade material, a verdade real, somente encontrando esta verdade poderá aplicar uma reprimenda⁴⁶.

“No Processo Penal importa descobrir a realidade (a verdade) dos fatos. Para isso o juiz conta com poder de iniciativa complementar de provas, nos termos do art. 156 do CPP”. Assim está caracterizado o Princípio da Verdade Real⁴⁷.

Praticamente todos os órgãos estatais incumbidos da persecução penal foram atingidos pela cultura inquisitiva causada pela busca da verdade real⁴⁸.

Segundo Aury Lopes Junior, a verdade real é inatingível, inalcançável e tampouco existem verdades absolutas. E afirma que o mito da verdade real mantém relação muito íntima com o sistema de processo penal inquisitivo; “com o interesse público; com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma verdade a qualquer custo; e com a figura do juiz ator (inquisidor)⁴⁹”.

A legislação infraconstitucional brasileira admite a busca da verdade dos fatos imputados ao acusado. Ao julgador é conferida autonomia para diligenciar neste sentido. A doutrina pátria faz críticas severas sobre esta previsão legal, atribuindo, inclusive, ao Processo Penal característica do sistema inquisitivo, pois o julgador sai do seu campo de atuação para invadir a competência da acusação e do acusado.

2.3 Princípios da Presunção de Inocência e do *in dubio pro reo*

⁴⁵ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 200.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 58.

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005. p 23.

⁴⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 7.

⁴⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p 262-263.

A Lei Maior Brasileira consagra expressamente em seu artigo 5º, inciso LVII, o estado de inocência do indivíduo ao estabelecer: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁵⁰”.

Segundo Fernando Capez, a presunção de inocência é desdobrada em três aspectos. Um no momento da instrução processual, onde é invertida a responsabilidade de provar, isso decorre da presunção de não culpabilidade. Em seguida, quando a prova é avaliada e existindo qualquer dúvida deve ser valorada em favor do réu. E, por último, no desenvolver da ação penal, “como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual⁵¹”.

Eugênio Pacelli de Oliveira explica que o referido princípio impõe ao Poder Público respeitar duas regras relacionadas ao réu: este não poderá ao longo do lapso temporal do processo sofrer nenhuma restrição pessoal fundada na possibilidade de uma eventual condenação; e a outra pautada na premissa da acusação ser incumbida, exclusivamente, de demonstrar a materialidade do evento criminoso e sua autoria. À defesa compete provar uma alegada causa de exclusão de ilicitude e culpabilidade⁵².

A presunção de inocência é uma garantia de liberdade, de verdade e, também, garantia de segurança, pois protege os indivíduos contra penas arbitrárias. No âmbito probatório este princípio impõe ao acusador suportar toda carga de provar a culpabilidade do acusado e, caso, não a demonstre de forma suficiente este deve ser absolvido da imputação criminosa que lhe é atribuída⁵³.

O indivíduo enquanto não sobrevier sentença condenatória transitada em julgado é presumidamente inocente. Não importa se o acusado é primário, se é

⁵⁰ BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federal de 1988*. Artigo 5º, inciso LVII. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2012.

⁵¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 81.

⁵² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 31-32.

⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p 174-175.

reincidente ou se tem maus antecedentes, nada disso justifica a antecipação de sua culpabilidade⁵⁴.

Luiz Flavio Gomes, reportando-se ao conjunto de elementos probatórios duvidosos trazidos aos autos pelas partes, garante: havendo conflito, dúvida, entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do acusado, neste caso, indiscutivelmente, aplica-se o princípio do “favor rei” (*in dubio pro reo*), ou seja, na dúvida beneficia o réu⁵⁵.

Em consonância com o supramencionado, Fernando da Costa Tourinho Filho leciona: na ausência de prova cabal da autoria do delito o juiz não pode condenar o acusado. Quando lhe faltar prova para impor uma sanção criminal deve o réu ser absolvido da imputação que lhe é atribuída. Na falta de prova ao juiz não resta alternativa que não seja absolver⁵⁶.

O artigo 386 do Código de Processo Penal elenca uma variedade de hipóteses onde o acusado deverá ser absolvido, inclusive, refere-se, também, à ausência de provas inquestionáveis. Quando se alega uma excludente, por exemplo, mas não há como provar, deve-se absolver o réu fundamentando-se no princípio do *in dubio pro reo*. Compete à acusação provar a ocorrência do fato tipificado, antijurídico, e a culpabilidade do acusado, caso não seja possível provar de forma irrefutável, resta somente uma opção ao órgão julgador: a absolvição do acusado por insuficiência, deficiência, carência, escassez de provas. Pode-se fazer tal afirmativa em decorrência do vertente princípio, pois não seria admitido, razoável, a privação da liberdade de um indivíduo baseada somente em meras suposições, evidências, ou indícios⁵⁷.

Afrânio Silva Jardim dita com veemência: “menos ruim absolver um culpado do que condenar um inocente”. “Ninguém põe em dúvida os malefícios de uma condenação injusta”. O princípio em comento não admite aplicação parcial, pois assim estaria sendo desfigurado. Em decorrência de sua natureza este não

⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 72-74.

⁵⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005. p 34.

⁵⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 74.

⁵⁷ DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. *Princípios no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Copola, 1999. p 75.

comporta meio termo, somente sua plenitude é admissível e em todos os casos o benefício da dúvida deve favorecer ao demandado. Qualquer dúvida sobre ponto relevante para o julgamento da pretensão punitiva ensejará em absolvição do acusado por carência de prova⁵⁸.

Quando não encontrados nos autos do Processo Criminal elementos probatórios eficazes para demonstrar com plena convicção, “certeza”, a materialidade e a autoria do delito, não poderá o juiz impor uma admoestação ao acusado. Residindo qualquer dúvida deverá absolvê-lo conforme determinação inserta no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. Pela regra predisposta na primeira parte do artigo 156, em combinação com a do artigo 41 e em harmonia com o inserto no artigo 386, inciso VI, todos daquele diploma legal, é consagrado o princípio analisado, ou seja, a dúvida sempre será considerada em favor do réu⁵⁹.

Em similitude com o exposto nos parágrafos supra, o Superior Tribunal de Justiça entende ser inadmissível a imposição de uma condenação criminal quando constatada a insuficiência de acervo probatório da autoria ou participação do acusado no fato que lhe é imputado⁶⁰.

O Supremo Tribunal Federal defende, em consonância com os entendimentos expostos anteriormente, que quando o Magistrado permanece na dúvida sobre elementos de prova necessários para chegar a uma conclusão é justificada a aplicação do Princípio *in dubio pro reo*⁶¹.

Não se admite considerar alguém culpado sem transitar em julgado sentença penal condenatória, pois enquanto esta não advém, reina a presunção de inocência. Esta garantia visa evitar arbitrariedade por parte do Estado e assegurar a liberdade, já que esta é o bem juridicamente tutelado colocado em risco.

⁵⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 200-206.

⁵⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.208.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal 331/PI, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Órgão julgador: CORTE ESPECIAL. Data do julgamento: 16/02/2011. Publicado no DJe em: 03/03/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82027. Relator: Ministro SYDNEY SANCHES. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 20/08/2002. Publicado no DJ em: 19-12-2002. PP-00091 EMENT VOL-02096-03 PP-00606. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28principio+in+dubio+pro+reo%29&pagina=1&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 maio 2012.

A legislação vigente na Pátria é enfática no que diz respeito à imposição de uma condenação criminal. Somente com provas cabais é possível reprimir penalmente um indivíduo, conforme preconizado no artigo 386, inciso VI, da lei processual penal, sem estas deve absolvê-lo. A doutrina e a jurisprudência, como não poderia ser diferente, trilham nos mesmos passos daquela norma mandamental.

A doutrina entende que os princípios ora analisados são relevantes no Processo Penal e o *in dubio pro reo* decorre da presunção de inocência.

2.4 Princípio da Vedação da Revisão *pro societate* e a reforma *pro reo*

Toda atividade humana é passiva de erro. A prestação jurisdicional é feita pelo homem, logo pode haver falha em sua efetivação. No poder judiciário existem os “órgãos superiores” a quem compete, eventualmente, rever as decisões dos “inferiores”. Até para transmitir mais confiança à sociedade e trazer maior segurança jurídica, pode ser revista uma condenação, que sendo injusta é prejudicial a esta sociedade e, especialmente, ao réu.

Muitas legislações permitem revisão de decisão judicial injusta, mesmo quando esta decisão seja absolutória, desde que, censurável. A título de exemplo menciona-se o Código de Processo Penal Alemão que autoriza a revisão em desfavor do acusado nos casos de: prova documental falsa apresentada pelo acusado; declarações falsas proferidas por testemunhas; corrupção de juízes, peritos e testemunhas. Nestes moldes acontece também na Áustria e em Portugal. No Brasil, desde 1890, quando se data a previsão de reforma de decisão judiciária, não se admite a revisão de sentença não condenatória⁶².

Neste mesmo sentido Aury Lopes Junior leciona: no Brasil, não se permite revisão *pro societate*, entretanto é aceitável a reforma de decisão injusta em face do acusado⁶³.

O Princípio da Vedação de Revisão *pro societate* diz respeito a não permissão de alguém absolvido, depois do trânsito em julgado, ser julgado mais de

⁶² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 965-977.

⁶³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Volume II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P 613-627.

uma vez pelo mesmo fato. Mesmo que tenha sido absolvido em decorrência de erro do Poder Judiciário no julgamento, tal erro pode ser na apreciação das provas, dos fatos imputados, de decisão injusta ou por um vício qualquer. Este princípio atua também como garantidor da eficiência e zelo por parte dos entes estatais no desempenho das funções que exercem, quais sejam: as administrativas, as investigativas, as acusatórias e as judiciárias. Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira: “o Princípio atua, pois, como norma de controle das atividades do Poder Público, de modo a garantir que somente uma persecução penal fundada em provas seguras possa ser instaurada”. Assegura, ainda, este doutrinador, que quando o conjunto probatório seja duvidoso ou insuficiente sempre deve ser arquivado o inquérito ou “as peças de informação”. A observância do aludido princípio é proteger o jurisdicionado contra o abuso e a ineficiência do poder estatal⁶⁴.

Consoante o contemplado princípio, o poder estatal deve desenvolver suas funções com eficiência e resguardando os direitos e as garantias dos submetidos às regras emanadas do próprio Estado. Diz respeito ainda a só ser possível a persecução criminal amparada em fatos concretos demonstrados.

Em posição antagônica encontra-se a permissão da reforma *pro reo*. Quando ao acusado é, por qualquer razão, imposta uma pena injusta, deve-se reformar ou até mesmo cassar tal decisão condenatória, independentemente se transitou em julgado ou não, assim como é irrelevante o decorrer do tempo entre a condenação e o momento da revisão.

Para combater sentença condenatória transitada em julgado existe previsão legal no Brasil. A título de exemplo menciona-se o disposto no artigo 621 do Código de Processo Penal. Pode-se lançar mão do meio de impugnação previsto no diploma legal retromencionado e denominado de revisão criminal para cassar sentença judicial, exigindo-se para tanto a existência de uma sentença penal condenatória ou absolutória imprópria e que estas tenham transitado em julgado. A decisão impugnada pode ter sido proferida por julgador singular ou colegiado e em

⁶⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 32-35.

qualquer grau de jurisdição. Pode-se valer deste direito em qualquer momento, até mesmo após a execução da pena ou depois da morte do condenado⁶⁵.

Conforme o entendimento doutrinário em consonância com a previsão legal, as decisões judiciais injustas podem ser reformadas. No Brasil não se permite revisão desfavorável ao condenado, entretanto, possibilita-se reforma para beneficiar o condenado injustamente.

2.5 princípios gerais relacionados às provas

Neste tópico faz-se uma breve análise dos princípios relacionados às provas e à apreciação destas no Processo Penal.

Os princípios relacionados à avaliação da prova no Processo Penal historicamente evoluíram lentamente. No período da vingança privada o método era intuitivo. Se um mal era praticado precisava encontrar um responsável, precisava sacrificar alguém. A íntima convicção parece ter raízes naquele método. O período onde o crime provocava a ira dos deuses foi denominado de vingança religiosa. Neste os culpados eram oferecidos às “forças da natureza”. Surge o período da vingança pública, inicialmente na Mesopotâmia, caracterizado pela retribuição do mal causado na mesma magnitude. A partir deste período apareceram as primeiras normas escritas. Os romanos trazem a apuração processual escrita, mas sigilosa, configurando o sistema inquisitivo. Com o advento da Revolução Francesa evoluiu-se, então, para métodos mais garantistas dos direitos e das garantias da pessoa humana e, por fim, desponta o princípio da livre convicção ou da persuasão racional⁶⁶.

O princípio da autorresponsabilidade das partes, diz respeito a atuação dos interessados no feito, assumindo as consequências de suas atitudes e, de forma geral, pelos seus erros. O princípio da aquisição ou comunhão da prova significa que no Processo Penal não existem provas pertencentes a uma das partes, as provas

⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Volume II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. P 613-627.

⁶⁶ BACILA, Carlos Roberto. *Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais*. In (Org.) BONATO, Gilson. *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p 75-110.

produzidas neste ramo do direito servem simultaneamente aos litigantes e ao interesse do Estado na prestação da jurisdição. No Processo Penal deve se dar preferência à palavra falada, no entanto se deve valorar outros meios probantes que não sejam os de natureza orais, isso é entendido como princípio da oralidade. Em consequência deste princípio surge o da concentração, que nada mais é do que a busca da realização de toda produção probatória na audiência. Em regra todos os atos processuais devem ser públicos, salvo as exceções legais que ocorrem em segredo de justiça, aí reside o princípio da publicidade. O princípio do livre convencimento motivado, onde o Magistrado deve valorar as provas com liberdade para apreciá-las, contudo se limitando aos fatos e circunstâncias presentes no processo⁶⁷.

A livre convicção do Magistrado na apreciação das provas é um método muito flexível, significando que o julgador faz valoração dos elementos probantes a partir de sua convicção e não existe necessidade de motivação para sua decisão, é caso típico o procedimento do julgamento pelo conselho de sentença no Tribunal do Júri. Ao contrário deste método, existe o da prova legal que impõe ao julgador os limites preestabelecidos na lei, pelo legislador, para que se faça a valoração de cada prova de acordo com o que a norma determina. Neste método o juiz fica adstrito ao imposto pela regra legal e há restrição em sua atividade de julgar. No Brasil, no sistema adotado pelo Código de Processo Penal, a produção de prova guarda resquício do método de prova legal⁶⁸.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, o método da persuasão racional é um modelo misto. Também denominado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação motivada ou prova fundamentada. Este é o método majoritariamente adotado pelo Código de Processo Penal Brasileiro, artigo 155, e encontrando, inclusive, parâmetro no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil. Neste método o juiz fica livre para decidir a causa de acordo com seu convencimento, entretanto deve motivar sua decisão, agindo assim busca persuadir os litigantes e a sociedade⁶⁹.

⁶⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p 384-385.

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P19.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P19-21.

Consoante inteligência disposta no artigo 93, inciso IX, da Carta Magna Brasileira, com redação dada pela emenda constitucional nº 45 de 2004, todas as decisões devem ser fundamentadas e os atos do Poder Judiciário são públicos, ressalvadas as hipóteses que impliquem sigilo. Pode-se depreender deste dispositivo constitucional que o julgador não tem liberdade para decidir sobre as provas sem motivar, *in verbis* o referido dispositivo constitucional:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação⁷⁰.

Conforme inserto no artigo 155 do Código de Processo Penal Brasileiro, com redação dada pela Lei Nº 11.690 de 2008, em consonância com o dispositivo constitucional supracitado, o juiz tem liberdade para apreciar as provas, contudo não poderá formar sua convicção livremente. Existem freios e limites impostos. Verifique-se o dispositivo legal ora examinado:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas⁷¹.

O juiz tem liberdade para examinar e atribuir valores às provas contidas nos autos do processo, no entanto está atrelado às provas para formação de seu convencimento. Por isso sua decisão deve ser fundamentada, expondo as razões pelas quais condenou ou absolveu o demandado. O contraditório judicial é a fonte principal onde o julgador deve colher os elementos probatórios para solucionar a

⁷⁰ BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 jan 2012.

⁷¹ BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 08 jan 2012.

controvérsia conforme indicação do legislador. Existem limites legais à persuasão racional do magistrado⁷².

A liberdade, excetuando a vida, é o bem jurídico tutelado de maior grandeza que o ser humano possui. Sua proteção está assegurada em diversos primados insertos na Lei Maior Brasileira. Pode-se destacar dentre outros o da presunção de inocência, o do contraditório, o da ampla e plena defesa e o do devido processo legal. Estes princípios de natureza constitucional deixam evidente sua sobreposição sobre algumas vedações também ali inseridas. A proibição de provas obtidas por meios ilícitos é prevista na Carta Magna, no entanto, sendo o único meio do acusado demonstrar sua inocência no Processo Penal será perfeitamente aceitável, pois aquele bem juridicamente protegido prepondera sobre esta vedação, nisto reside o princípio da proporcionalidade da prova em benefício do acusado. O argumento possível de ser utilizado também é que não deve deixar um inocente ser condenado penalmente quando será possível provar sua inocência por meio de um elemento probatório ilicitamente obtido. Também, entende-se que quando for a favor do interesse da sociedade e em detrimento do acusado para se evitar dano ao bem maior protegido na Constituição - a vida - a inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito pode ser relativizada em nome do princípio da proporcionalidade da prova⁷³.

Aury Lopes Junior entende, assim como o doutrinador supramencionado, que o princípio da proporcionalidade da prova em favor do réu deve sempre ser invocado, no entanto, assevera que contra jamais⁷⁴.

Inegável é a flexibilização na apreciação das provas pelo Magistrado, pode este atribuir valor subjetivo aos elementos probantes, ao contrário do que acontece no sistema de prova legal, não deve decidir obrigado a aplicá-las mecanicamente. Entretanto, deve usar critérios críticos e racionais na avaliação do

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P19-21.

⁷³ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas*. Princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p 22-28.

⁷⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.p 574-576.

conjunto probatório, considerando a proporcionalidade e a razoabilidade no caso concreto⁷⁵.

Apesar da livre apreciação da prova pelo Magistrado, da sua liberdade para formação de convicção, não deve arredar-se da lei. Caso o faça, estará seguindo por caminhos censuráveis e seus atos serão passíveis de nulidade. O Superior Tribunal de Justiça decide neste sentido e, ainda, entende ser sua imparcialidade afetada:

O juiz deve estrita fidelidade à lei penal, dela não podendo se afastar a não ser que imprudentemente se arrisque a percorrer, de forma isolada, o caminho tortuoso da subjetividade que, não poucas vezes, desemboca na odiosa perda da imparcialidade. Ele não deve, jamais, perder de vista a importância da democracia e do Estado Democrático de Direito⁷⁶.

As partes assumem a responsabilidade pelas provas no processo onde figuram como acusador e acusado. O julgador tem liberdade para apreciar as provas, entretanto, fica adstrito ao estipulado na Lei Maior do Brasil e na legislação infraconstitucional, deve motivar suas decisões. Não se admite no processo, simplesmente, não aceitar ou valorar uma prova de forma equivocada. Em razão do princípio da proporcionalidade, em algumas situações, são flexibilizadas vedações de índole constitucional quanto à aceitação de provas obtidas de forma inidônea, desde que, seja para preservação de um bem maior juridicamente tutelado em detrimento de um de menor expressão.

⁷⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p 67.

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Habeas Corpus 149250/SP. Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ). Órgão julgador: QUINTA TURMA. Data do julgamento: 07/06/2011. Publicação no Dje em: 05/09/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>> Acesso em: 05 maio 2012.

3 PROVA

Em todos os tempos o Direito se defrontou com o tema da obtenção da verdade, utilizando-se para encontrá-la vários métodos e táticas jurídicas. Noticia-se que, desde as ordálias e juízos de deus até o advento da racionalização nos meios probatórios, os acusados eram submetidos a determinada prova física. Na atualidade verifica-se a imposição de direitos e de garantias individuais a serem observados na busca ou, ao menos, aproximação da realidade dos fatos investigados⁷⁷.

Prova é um tema importante da ciência processual, ela “constitui os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual”. Fernando Capez afirma que o objeto da prova são fatos influentes, poderosos, para proferir decisões no processo, na responsabilidade criminal e na aplicação, fixação, da sanção penal ou na medida de segurança e, por conseguinte, na privação de garantias e de direitos⁷⁸.

No mundo jurídico, para lograr êxito na pretensão, é necessário demonstrar a evidência da veracidade ou autenticidade dos fatos alegados, objetivando tornar cristalino e nítido ao julgador a realidade dos acontecimentos. Embora a verdade seja uma idealização da realidade e não uma certeza, no processo a parte almeja convencer o juiz construindo uma certeza de que a verdade equivale aos eventos por ela declarados no feito. O juiz se convence a partir da “verdade” que lhe é apresentada por meio dos elementos probatórios expostos nos autos. Para impor uma condenação criminal a um indivíduo, do juiz exige-se um estado de certeza que lhe é produzido pela verdade demonstrada pela parte, entretanto, esta verdade não corresponde a uma verdade objetiva⁷⁹.

O conjunto probatório no Processo Penal tem o objetivo de convencer o órgão do Poder Judiciário sobre a “verdade” ou não de determinado fato e é composto por vários elementos e fatores. Estes elementos são utilizados para se fazer uma ponderação por métodos e mecanismos flexíveis adotados pelo juiz. As

⁷⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 12.

⁷⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 344.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 15-16.

provas podem ser consideradas típicas, aquelas expressamente previstas em lei e possuindo procedimento peculiar à sua produção, e atípicas, aquelas que não têm, explicitamente, na lei previsão, ou quando são expressas na norma legal não possuem um procedimento específico para sua produção⁸⁰.

3.1 conceito

A prova constitui elemento essencial, fundamental, necessário, no Processo Penal, para o Estado decidir sobre a pretensão deduzida. Fernando Capez ao conceituar prova esclarece:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz (CPP, arts. 156, I e II, com redação dada pela Lei nº 11.690/2008, 209 e 234) e por terceiros (p. ex., perito) destinados a levar ao magistrado convicção a cerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação⁸¹.

“Provar é demonstrar a verdade de uma afirmação ou de um fato”, e no processo sua finalidade é: “formar a convicção do juiz, para se obter um provimento jurisdicional favorável”, cujo objeto é: “as afirmações ou fatos que devem ser comprovados no processo⁸²”.

Guilherme de Souza Nucci afirma que provar é demonstrar a lógica da realidade, utilizando-se de elementos legais, tentando gerar no espírito do juiz a certeza relacionada aos acontecimentos alegados e, conseqüentemente, motivá-lo a solucionar a controvérsia favoravelmente a quem forneceu tais elementos⁸³.

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 17-25.

⁸¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 344.

⁸² GOMES, Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005. p 177-185.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 17.

Prova é o resultado da demonstração de como ocorreram os fatos relevantes para decisão da controvérsia, que, obrigatoriamente, é submetida ao crivo do contraditório no lapso processual, cujo ônus é do autor da pretensão⁸⁴.

Segundo Ricardo Melchior de Barros Rangel, provar é “demonstrar a verdade e convencer o juiz que, para decidir, tem necessidade de adquirir plena certeza, mesmo que esta certeza seja no sentido da improcedência, ante a incerteza de ser o acusado o autor da infração penal”. Objetivamente, prova é o conjunto de elementos que visam evidenciar ao julgador a existência dos fatos alegados e subjetivamente é a convicção formada pelo juiz sobre a verdadeira existência destes fatos⁸⁵.

Pode se afirmar que prova é a demonstração, elucidação, esclarecimento, de como ocorreram os fatos alegados no processo e, por conseguinte, evidenciar ao juiz a realidade, convencendo-o de como efetivamente aconteceram estes fatos no espaço e no tempo e, assim, obter o resultado pretendido pelo interessado.

3.2 natureza jurídica

A prova no Processo Penal é um direito subjetivo, da parte interessada em demonstrar suas alegações na lide, de cunho constitucional para expressar, esclarecer, fatos relevantes no processo.

Neste sentido Afrânio Silva Jardim orienta: a “prova é faculdade que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse”. Ou seja, não existe obrigatoriedade de se provar, no entanto, o sucesso na demanda depende da existência de um suporte probatório mínimo do alegado para convencer o juiz a declarar o pleiteado⁸⁶.

O ônus da prova não significa um dever, uma obrigação, no entanto se a parte não apresentar elementos capazes de convencer o juiz sofrerá as

⁸⁴ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.202.

⁸⁵ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p 26.

⁸⁶ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 202-203.

consequências que poderá ser a sucumbência, perder a demanda, contudo será um encargo que ela deve exercer⁸⁷.

3.3 iniciativa probatória

O artigo 156 do Código de Processo Penal trata da prova, da incumbência de levá-la ao processo, o momento de sua produção e iniciativa, estabelecendo critérios para este procedimento.

No Processo Penal o julgador tem a missão de decidir e por fim ao litígio. Para, assim, proceder necessário se faz que lhe sejam oferecidas provas concretas. A quem compete levar estes elementos decisivos ao juiz? A resposta que parece ser mais plausível no sistema processual penal acusatório seria: a quem acusa compete provar a materialidade e a autoria do delito imputado ao acusado. No modelo inquisitivo, pode-se afirmar que ao julgador cabe buscar, produzir, as provas. Tratando-se do tipo misto é possível asseverar que as partes no processo, incluído o juiz, podem diligenciar na busca da demonstração dos fatos.

Guilherme de Souza Nucci ensina que o julgador para proferir seu veredicto deve ficar adstrito à verdade processual. A parte deve se esforçar no sentido de trazer elementos probatórios capazes de persuadir racionalmente os órgãos do Poder Judiciário. Necessário ressaltar que a produção da prova não fica limitada às primeiras instâncias do judiciário, mas a todos os graus pelos quais o processo possa transitar⁸⁸.

3.3.1 Atuação das partes e do juiz na produção da prova

“À acusação cabe o ônus de provar a tipicidade objetiva e subjetiva”. Ao Estado ou ao querelante, como acusadores, compete provar a ilicitude do comportamento desviante imputado ao acusado em sede de matéria criminal para

⁸⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 25-26.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 18.

lograr êxito em uma condenação, afirmação contrária a este posicionamento fere a consciência de qualquer indivíduo. “a acusação penal deve alegar (*rectius*, atribuir ao réu) não só o fato típico, mas também a sua ilicitude e reprovabilidade”. O autor assume a responsabilidade de provar toda conduta tipificada como ilícita constante na peça acusatória. Neste contexto a tipicidade deve ser tomada tanto no aspecto subjetivo como no objetivo⁸⁹.

Fernando da Costa Tourinho Filho afirma, com veemência, que o encargo da prova é da parte acusadora, a esta cabe provar a existência do fato criminoso e a sua autoria. Também compete a ela demonstrar os elementos subjetivos dolo e culpa. Se reina o princípio da presunção de inocência em favor do réu, evidentemente que à acusação incumbe provar a conduta e os elementos subjetivos do comportamento criminoso⁹⁰.

Neste mesmo sentido Ricardo Melchior de Barros Rangel assevera: “a prova, em relação ao direito alegado, é um ônus da parte e os meios para a realização desta espécie de prova os previstos legalmente”. À parte compete provar o que postula, a responsabilidade é sua e não é função do julgador provar⁹¹.

Ao réu, no processo penal acusatório, não compete provar, segundo Afrânio Silva Jardim, ele somente pode negar os fatos. Atua de forma negativa, à defesa não cabe produzir provas. “A defesa não manifesta uma verdadeira pretensão, mas apenas pode se opor à pretensão punitiva do autor”. O acusado nega os fatos que lhe são imputados através de afirmações fáticas com aqueles conflitantes, inconciliáveis⁹².

Neste mesmo sentido Aury Lopes Junior sustenta: “incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude, a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação”. Quem acusa tem a carga de demonstrar a autoria do crime e é grave o erro da doutrina que atribui ao acusado o dever de provar uma alegada excludente. Assegura, ainda, que

⁸⁹ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 200-210.

⁹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p 214.

⁹¹ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p 30.

⁹² JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 210-213.

a carga probatória é atribuída ao acusador em decorrência dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*⁹³.

No Brasil, com o advento da Lei Nº 11.690 de 2008, dando nova redação ao artigo 156 do Código de Processo Penal, confere ao julgador poderes para produção de provas no lapso da instrução no Processo Penal e, até mesmo, antes de ser iniciada a ação penal⁹⁴.

Em que pese a imparcialidade do juiz no Processo Penal, diversamente do que ocorre no processo civil, ele pode no exercício supletivo da função, como lhe faculta os artigos 156, 209, 425 e 502 do Código de Processo Penal, orientado por um dos princípios que regem o Processo Penal, qual seja: a busca da verdade real, produzir provas⁹⁵.

O ônus da prova (*onus probandi*), segundo Fernando Capez, a quem tem interesse em afirmar cabe provar, quem alega compete provar, no entanto, o artigo 156, do Código de Processo Penal, faculta ao juiz a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante no Processo Penal. Assevera, ainda, este doutrinador, que esta previsão legal admite o sistema inquisitivo, pois o juiz deixa de ser um julgador imparcial, característica esta do sistema acusatório, para ser um investigador, sendo transformado, assim, o sistema em inquisitivo⁹⁶.

Posicionamento similar ao supracitado, relacionado ao interesse de provar, tem Guilherme de Souza Nucci ao afirmar: “as partes devem saber demonstrar ao juiz a verdade dos fatos alegados, buscando gerar a convicção favorável ao seu interesse, embora todo cenário criado possa ser distanciado da realidade”. Vence a disputa quem consegue convencer o juiz por meio das provas constantes no processo⁹⁷.

O sistema acusatório conferido ao Processo Penal pela Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 baliza as funções do juiz e

⁹³ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p 179-180.

⁹⁴ BRASIL. *Lei Nº 11.690 de junho de 2008*. Altera dispositivos do decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm. Acesso em: 08 jan 2012.

⁹⁵ ALVES, Reinaldo Rossano. *Direito Processual Penal*. Brasília: Fortium, 2008. p 155.

⁹⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 379-381.

⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 17.

atribui os deveres do Ministério Público. A imparcialidade do julgador deve nortear a atuação do Estado na prestação jurisdicional. Esta imparcialidade não é entendida somente quando se trata de interferência externa, nos casos de impedimento, suspeição ou incompatibilidade do Magistrado previstos nos artigos 112, 252, 253 e 254, todos do Código de Processo Penal, que pode influenciar no ânimo do julgador, e sim na imparcialidade da atuação concreta dele no feito, de forma de que este tenha postura típica acusatória quando entender deficiente o desempenho do acusador. Sob pena de violar os primados constitucionais do contraditório e da ampla defesa, estes “reunidos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais”, o julgador não pode desigualar as forças produtoras dos elementos probantes no curso processual⁹⁸.

Na legislação brasileira em várias situações é conferida autonomia ao julgador para atuar na produção probatória. Nos próximos tópicos serão examinadas algumas destas proposições.

3.4 produção da prova pelo juiz à luz do artigo 156 do Código de Processo Penal

No Processo Penal não basta apenas a existência de um juiz. Deve-se saber quem é este juiz; quais as garantias asseguradas a ele; e a quem deve prestar serviço jurisdicional. Conforme anteriormente mencionado, somente o Estado prestará jurisdição e o fará por intermédio de julgador legalmente instituído. Para o desempenho da atividade atribuída ao Magistrado, inegavelmente, necessita de independência, responsabilidade, separação entre acusador e juiz, imparcialidade e juiz natural. Sua atuação não pode ser política e nem vinculada a qualquer fator externo capaz de mitigar sua função. “A função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e de garantias fundamentais do acusado no Processo Penal”. Isso decorre das garantias e dos direitos fundamentais inseridos na

⁹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 292-295.

Constituição que fundamentam a legitimidade da jurisdição ofertada pelo Estado, representado por órgão do Poder Judiciário operando de forma independente⁹⁹.

O juiz é o responsável pela condução do processo, deve cuidar de sua regularidade e de seu desenvolvimento. A prova no Processo Penal é concebida em três fases distintas. Quais sejam: sua obtenção, introdução e produção no processo e uma terceira que enseja na sua valoração no momento decisório da demanda. A produção de prova, que no Processo Penal pode ocorrer em qualquer fase de seu curso, é um direito subjetivo do demandante e do demandado, assim como é reconhecido o direito de sua valoração na fase da decisão do caso concreto pelo julgador. Ela deve ser considerada na motivação da decisão sob pena de *error in iudicando* o que gera, eventual, reforma do ato decisório. Todavia, o órgão judicante tem autonomia para examinar a pertinência da prova requerida e pode rejeitá-la, caso entenda ser manifestamente uma mera diligência protelatória¹⁰⁰.

Fernando Capez diz que a atividade probatória envolve quatro momentos distintos. Num primeiro momento a prova faz referência à sua propositura, que em regra deve ser feita na peça inaugural e na defesa; em seguida o juiz deve apreciar sua admissão examinando as provas propostas pelos interessados e seu objeto, por conseguinte, deferindo-as, ou quando entender ser protelatórias ou impertinentes, não admiti-las no processo, esta fase é denominada como admissão da prova; posteriormente vem o momento da produção que consiste no conjunto de atos processuais trazidos pelas partes para convencer o juízo; e por último, o momento de valoração, neste instante o Magistrado faz um juízo valorativo das provas produzidas, dando-lhes as devidas importâncias, o que ocorre simultaneamente com o desfecho da lide¹⁰¹.

O artigo 156, do Código de Processo Penal, ao ser alterado pela Lei Nº 11.690 de 2008, conforme já mencionado, introduziu mudança relevante no campo jurídico que merece atenção, pois este dispositivo legal autoriza, expressamente, o Magistrado sair da posição de equidistância das partes, acusador e acusado, e

⁹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p 71-74.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 298-299, 382.

¹⁰¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p 381-382.

passar a atuar de forma mais ativa no feito. Confira-se o dispositivo legal em comento:

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

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

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante¹⁰².

Constata-se, ao fazer a leitura do *caput* do dispositivo legal supracitado, que a responsabilidade de provar as alegações compete a quem as faz, no entanto, o mesmo dispositivo autoriza o juiz sem provocação tomar providências, observando alguns critérios¹⁰³, no sentido de ordenar a produção de provas.

Passa-se a examinar os incisos do referido dispositivo legal.

3.4.1 Provas antecipadas

Neste tópico analisa-se a produção da prova no Processo Penal em período não destinado a tal procedimento.

Inicialmente avalia-se a prova antecipada que “é aquela produzida antes do momento destinado à instrução processual”. Ela pode ser feita preventivamente ou cautelarmente como medida preparatória ou incidental. Preventivamente será como medida de precaver futuras consequências danosas ao direito pretendido; como medida preparatória cautelar quando em virtude da demora do curso do processo principal se demonstra o perigo de desaparecer a evidência constante no meio probatório objeto da medida; e a cautelar incidental ocorre com a ação em

¹⁰² BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Artigo 156. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 08 jan 2012.

¹⁰³ As provas devem ser consideradas urgentes e relevantes, observa-se que estas duas premissas, necessariamente, devem estar presentes para o julgador de ofício produzi-las. Deverão ser observadas a necessidade, a adequação e a proporcionalidade desta medida. BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Artigo 156. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 01 maio 2012.

andamento, contudo antes de atingir a fase de instrução, e sendo sua finalidade preservar o objeto submetido à cautelar. A natureza jurídica desta medida é eminentemente acautelatória¹⁰⁴.

Com o advento da Lei Nº 11.689 de 2008 passou a ser possível ingressar com medida cautelar de antecipação de produção de provas. Este instituto deve ser utilizado com cautela e prudência evitando-se a produção de provas com frequência e sem a necessidade que o caso requeira durante a fase inquisitiva. Para concessão desta medida se faz necessário a presença de dois requisitos intrínsecos, quais sejam: urgência¹⁰⁵ e relevância¹⁰⁶. Outros requisitos exigidos para sua concessão são a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida, sendo estes de natureza extrínseca. O Magistrado analisará estes cinco requisitos e demais condições da petição inicial e da medida cautelar para proferir sua decisão¹⁰⁷.

O artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei Nº 11.690 de 2008, prevê a medida em comento:

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

Inciso I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida¹⁰⁸.

Depreende-se do dispositivo legal supracitado que a produção antecipada de prova somente poderá ser concedida se atendidos os requisitos que lhes são peculiares e previamente estabelecidos em lei.

O Superior Tribunal de Justiça entende ser possível a produção antecipada de provas consideradas urgentes, desde que a medida seja imprescindível para evitar danos ao direito pretendido, ou seja, em casos de extrema

¹⁰⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p 450-451.

¹⁰⁵ Para evitar a perda do objeto pretendido demanda-se a realização da medida de imediato. NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 32.

¹⁰⁶ “Exige-se importância ímpar e valor destacado para prova pretendida”. NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 32.

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 30-33.

¹⁰⁸ BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 08 jan 2012.

necessidade. Podendo, também, ser determinada a referida medida no caso do réu citado por edital não comparecer e não constituir advogado, conforme previsão do artigo 366 do Código de Processo Penal. Este Tribunal editou Súmula neste sentido. Confira-se a referida Súmula: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo¹⁰⁹”.

Questão mais relevante a ser destacada referente a esta medida é a possibilidade de ser ordenada de ofício pelo Magistrado, conforme previsão legal do artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal, quando a parte interessada não se manifestar. A antecipação de prova é uma medida importante para o momento de sua produção quando não for possível aguardar para ser realizada no futuro. Demanda, ainda, os critérios da “indispensabilidade ou da essencialidade”. Trata-se de uma exceção, pois se inverte a ordem natural do procedimento¹¹⁰.

No sistema acusatório não cabe ao julgador imiscuir-se na missão da colheita das provas, principalmente de ofício produzir a antecipada, e de acusar, pois assim agindo estará mitigando o referido modelo¹¹¹.

No ordenamento jurídico pátrio é permitida a produção antecipada de provas no Processo Penal. A jurisprudência e a doutrina entendem ser possível tal procedimento. Entretanto, esta medida ao ser decretada de ofício pelo Magistrado deve ser vista com muita cautela. Ora são muitos os requisitos exigíveis para sua concessão, diante disso, o julgador avalia todas as exigências para deferir ou não a cautelar e, no caso, quando concedida de ofício a referida medida, o juiz estará plenamente envolvido no feito. Esta razão enseja levantamento de dúvidas quanto à imparcialidade e a neutralidade dele para o deslinde da ação. Ademais, parte da doutrina defende a impossibilidade, diante dos princípios constitucionais, de ser determinada *ex officio* a produção antecipada de prova.

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 455*. Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO. Data do julgamento: 25/08/2010. Publicado no DJe em: 08/09/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=17#>>. Acesso em: 26 maio 2012.

¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 30-33.

¹¹¹ GOMES, Luis Flávio e CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.p 200.

3.4.2 produção de prova pelo julgador antes da existência da ação penal

O dispositivo legal retro examinado autoriza o Magistrado, de ofício, produzi provas no Processo Penal, por razões que justifiquem a medida, antes do momento apropriado para instrução criminal.

Este diploma legal, Código de Processo Penal, confere poder ao julgador para determinar a produção probatória no lapso processual ou até mesmo antes de iniciada a ação penal, inciso I, tanto a favor da defesa como em seu desfavor, desde que, seja para satisfazer o seu convencimento a fim de decidir a lide adequadamente¹¹².

Segundo Aury Lopes Junior, se presentes dois requisitos básicos pode esta medida ser concedida: “relevância e imprescindibilidade do seu conteúdo para a sentença” e, mais importante é, “impossibilidade de sua repetição na fase processual, amparado por indícios razoáveis do provável perecimento da prova”. Esta medida somente será admitida em situações extremas. Entretanto, nunca pode ser concedida de ofício pelo Magistrado¹¹³.

Este doutrinador assevera ainda: “o art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, ao atribuir ao juiz poderes instrutórios (até mesmo na fase pré-processual)”¹¹⁴.

Neste caso o juiz produz provas antes do momento adequado para o procedimento e o que é mais grave, anteceder à ação penal. Atuando assim, fica evidenciada a figura do juiz inquisidor, sendo esta instituição não recepcionada pela Ordem Constitucional consolidada no Brasil em 1988.

Quando a referida medida é realizada previamente à existência de processo judicial e de ofício, o julgador está exercendo atividade investigativa típica das polícias. Neste caso, indiscutivelmente, está configurado o sistema de processo penal inquisitivo o que é antagônico aos preceitos constitucionais. Se a medida é efetivada no curso da ação penal, o Magistrado estará atuando, mesmo em nome da

¹¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 29.

¹¹³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.p 587-589.

¹¹⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p 557.

busca da verdade substancial, real, em atividade que coloca sob suspeita a imparcialidade inerente à boa prestação jurisdicional. Sendo assim, pode-se dizer que aquele modelo de processo assentado na Lei Maior Brasileira, o acusatório, é desfigurado por esta atividade do julgador.

3.4.3 o juiz atuando de ofício para dirimir dúvida sobre prova

O artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal, confere autonomia para o julgador realizar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante no processo.

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

(...)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante¹¹⁵.

Consoante entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira, na hipótese suscitada, o julgador pode quando existir dúvida sobre ponto relevante no processo, unicamente nesta conjectura, dirimir diligências no sentido de sanar esta obscuridade psicológica. “por dúvida, que deve se dirigir ao questionamento acerca da qualidade ou da idoneidade da prova, não se pode entender a ausência dela”. Neste caso, a dúvida reside sobre material probatório já produzido. Assim, admiti-se a possibilidade da manifestação do Magistrado sobre prova produzida e não sobre a sua insuficiência ou sua ausência nos autos¹¹⁶.

No entanto, parcela da doutrina defende que o Magistrado dirimindo dúvida, consoante o dispositivo legal retrocitado, nada mais está do que produzindo provas de ofício. A título exemplificador pode-se mencionar Guilherme de Souza Nucci: a disposição legal do artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal,

¹¹⁵ BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689, de 03 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Artigo 156. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 08 jan 2012.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 294-295.

autoriza o Magistrado a produzir provas, em que pese denominar de “realização de diligências¹¹⁷”.

O Supremo Tribunal Federal entende que o julgador no exercício dos poderes instrutórios que legalmente lhe são conferidos está autorizado a dirimir dúvida no processo Penal¹¹⁸.

Consoante entendimento ao daquela Corte tem o Superior Tribunal de Justiça ao defender que o julgador, apoiado na busca da verdade real, lhe é permitido diligenciar para dirimir eventuais dúvidas sobre ponto relevante no processo para adequadamente proferir decisão.

Pode o magistrado ordenar, de ofício, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, diligências necessárias afim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes em relação ao deslinde da causa, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio da verdade real¹¹⁹.

A atividade suplementar do julgador na produção probatória, segundo defende um segmento da doutrina, reveste-se de natureza tipicamente inquisitiva. Ora, nesta hipótese, mais uma vez, o Estado, pelo menos parece, passa a atuar com dois órgãos acusadores, sendo um destes também julgador, na ação penal pública, e, no caso da ação penal privada, com um acusador e julgador.

O dispositivo legal ventilado faz referência à dúvida. Neste caso, é aceitável o julgador procurar esclarecer a dúvida sobre o ponto que a cause. Entretanto, pode-se questionar: na dúvida deveria o Magistrado recorrer ao princípio do *in dubio pro reo* e absolver o acusado, a incerteza deve ser considerada em favor

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 29.

¹¹⁸ BRASIL. Recurso em Habeas Corpus nº 88320. Relator: Ministro EROS GRAU. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 25/04/2006, DJ 26-05-2006 PP-00039 EMENT VOL-02234-02 PP-00390 RTJ VOL-00200-03 PP-01333 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 505-510 RT v. 95, n. 853, 2006, p. 513-515. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%20juiz+dirimir+duvida+proc+esso+penal%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 08 jun 2012.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 95.553/SP*. Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ). Órgão julgador: QUINTA TURMA. Data do julgamento: 13/12/2011. Publicado no DJe em: 06/02/2012. disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC1>>. Acesso em: 08 jun 2012.

do acusado? Na dúvida deve ele se investir da função da parte acusatória em decorrência de sua desídia?

Não é exagero chegar à conclusão da mitigação da imparcialidade do julgador quando ele atua como se interesse subjetivo tivesse, ao invés de ter a postura de mero expectador para resolver a lide com os elementos que lhe são postos. Ponto a ser destacado e enfrentado é a do oferecimento de igualdade às partes na relação processual, contudo não se pode esquecer do bem jurídico defendido que sobrepõe à aquela igualdade, qual seja: a liberdade.

A busca da verdade real não pode ser justificativa para o juiz se imiscuir na atividade probatória, entretanto, este princípio deve ser relativizado diante de determinadas situações. Na existência da dúvida o julgador deve absolver o acusado, *in dubio pro reo*, e não assumir a postura da acusação, enquanto aquele princípio em algumas situações não impera de forma absoluta, este sempre deve ser aplicado.

Em que pese parte da doutrina entender não ser admissível esta conduta do julgador, dirimir dúvida, se justifica invocar a busca da verdade real para permitir ao julgador esclarecer esta dúvida que paira sobre ponto de prova já produzida e entranhada nos autos.

3.5 oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes

Neste item aborda-se questão relacionada à atuação do julgador na produção da prova testemunhal no Processo Penal sem requerimento das partes.

Segundo Fernando Capez, testemunha é: todo indivíduo alheio ao processo e equidistante das partes que é chamado ao feito para depor sobre fatos que lhes são perceptíveis aos sentidos e relacionados com o objeto da demanda¹²⁰.

O artigo 209 do Código de Processo Penal autoriza o Magistrado coletar a oitiva de testemunhas não indicadas pelas partes. *In verbis*: “O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes¹²¹”.

¹²⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 418.

Estas são testemunhas ouvidas de ofício pelo julgador na qualidade de informantes. São testemunhas não arroladas pelas partes que o juiz determina sua oitiva para esclarecer verdades sobre os fatos¹²².

O Superior Tribunal de Justiça entende ser legítimo o juiz tomar esta atitude e não viola os princípios inerentes ao Processo Penal. Não traz prejuízo à parte e é uma faculdade do julgador buscar a verdade substancial que é corolário do princípio da investigação. Ouvir testemunhas não indicadas, arroladas, pelas partes, permitindo-se inquiri-las até depois de apresentadas, oferecidas, alegações finais não fere os referidos princípios¹²³.

O Supremo Tribunal Federal tem posicionamento similar ao do Superior Tribunal de Justiça, ao entender ser legítima a postura do Magistrado, com fundamento no artigo 209 do Código de Processo Penal, inquirir testemunhas não arroladas pelas partes quando entender ser necessária e justificada a medida¹²⁴.

No parágrafo primeiro do referido artigo está expressamente autorizada a oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes, neste caso, são as referidas por outras testemunhas. “se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem”. Fica a critério do juiz fazer a análise da necessidade da oitiva destas, pois através do depoimento da testemunha originária será feita a avaliação da importância de ouvir aquela¹²⁵.

O posicionamento de Aury Lopes Junior, fazendo referência ao *caput* do artigo 209, do Código de Processo Penal, autorizando o julgador ouvir testemunhas não indicadas pelas partes, afirma que o previsto neste dispositivo legal é decorrente

¹²¹ BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Artigo 209. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 08 jan 2012.

¹²² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p 418-434.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 89.296/MG. Relator: Ministro VICENTE LEAL. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do julgamento: 11/11/1996. Publicado no DJ em: 09/12/1996. p. 49298. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#>>. Acesso em: 20 maio 2012.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82623. Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento: 11/02/2003. Publicado no DJ em: 04-04-2003 PP-00066 EMENT VOL-02105-03 PP-00493. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82623%2ENU ME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82623%2EACMS%2E%29&base=baseAcordao s>>. Acesso em: 20 maio 2012.

¹²⁵ BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Artigo 209.Parágrafo1º.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 08 jan 2012.

da “matriz neoinquisitorial que infelizmente orienta nosso Código de Processo Penal”. Ainda, diz: que é “uma infeliz consagração do ativismo judicial tipicamente inquisitório¹²⁶”.

Inquestionável é a polêmica gerada diante daquela atitude do Magistrado, ouvir testemunha não arrolada pelas partes, e o possível comprometimento de sua imparcialidade.

Não obstante o reconhecimento do Princípio da Verdade Real no Processo Penal, não justifica a produção da prova de ofício pelo julgador, pois conforme sustentado em diversos pontos pela doutrina, esta ação gera suspeita da imparcialidade do julgador e desta feita estaria impossibilitado de proferir ato decisório no feito. Quando o Magistrado ouve testemunhas apontadas pelas partes está instruindo o processo, colhendo provas, necessárias para seu convencimento. Portanto, ao ouvi-las sem serem arroladas pelo demandante ou pelo demandado, de ofício, tem iniciativa na produção probatória e, nesta situação, enquadra-se na condição de suspeição.

3.6 casos específicos de produção da prova pelo julgador

O Código de Processo Penal Brasileiro autoriza o julgador determinar, de ofício, a realização de diligências até antes de iniciada a ação penal, desde que as circunstâncias justifiquem a medida. No entanto, verifica-se que em algumas leis especiais estão previstas as atuações dos julgadores no mesmo sentido, ou seja, de ofício determinar a concretização de medidas que julgue necessárias para o efetivo deslinde da causa. Esta postura do julgador encontra severas críticas e sua aceitação enfrenta bastante resistência na doutrina. Neste tópico analisa-se algumas hipóteses legais de iniciativa instrutória dos julgadores.

3.6.1 Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Loman

¹²⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.p 652.

Em que pese a alteração provocada pela Lei Nº 11.690/2008 no Código de Processo Penal, autorizando o juiz a determinar de ofício a realização de alguma atividade probatória, constata-se a existência de outras previsões legais que concedem poderes ao julgador para participar ativamente na iniciativa de diligências na produção da prova.

A Lei complementar Nº 35 de 1979, Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em seu artigo 33, parágrafo único, autoriza o Tribunal ou Órgão Especial competente para julgar e investigar o Magistrado suspeito de haver cometido crime. Verifique-se o dispositivo supra referenciado:

Artigo 33 - São prerrogativas do magistrado:

Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação¹²⁷.

Verifica-se pelo disposto no parágrafo único, do artigo 33, da Lei Complementar Nº 35, a possibilidade do Tribunal ou Órgão competente para julgar Magistrados suspeitos de prática criminosa fazer investigação, neste caso, o julgador assumirá função típica de polícia. Causa típica do sistema inquisitivo.

No caso do dispositivo *sub examine* o Supremo Tribunal Federal já se manifestou entendendo que não se deve falar em atividade investigatória própria das polícias e nem em substituí-las as funções jurisdicionais e as não jurisdicionais conferidas ao relator na ação penal originária nos tribunais. Investigado um indivíduo com prerrogativa de foro deve o inquérito ser remetido ao competente tribunal para um eventual processo penal e, neste caso, a função na persecução penal atribuída à autoridade judiciária durante a fase pré processual transfere-se ao relator.

A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste "autoridade investigadora",

¹²⁷BRASIL. *Lei Complementar Nº 35, de 14 de março de 1979*. Dispõe Sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Artigo 33, parágrafo único. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 08 abr 2012.

mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações¹²⁸.

O Superior Tribunal de Justiça entende não ser possível confundir a atividade inquisitorial desenvolvida por julgador na ação penal originária nos tribunais com a exercida pelas polícias.

A atividade desenvolvida pelo Magistrado na condução da fase inquisitorial processada perante Tribunal, quando o investigado detém prerrogativa de foro, não se confunde com aquela outra atribuída à autoridade policial. Precedente do STJ¹²⁹.

Este Tribunal entende não violar o Princípio do Juiz Natural a atribuição do julgador para presidir inquéritos para apurar prática de conduta delitiva praticada por Magistrado, pois aquele Princípio reside na “inarredável necessidade de predeterminação do juízo competente” para o processo e para o julgamento. Além disso, o processo tramita perante o tribunal competente constitucionalmente estabelecido para processar e julgar a autoridade judiciária. O inquérito instaurado com a finalidade de averiguar prática criminosa por Magistrado é presidido pelo relator¹³⁰.

O modelo acusatório inserido no Brasil por alguns primados insertos na Carta Magna de 1988, segundo parcela da doutrina, separa as funções de cada um sujeito no processo, no entanto, não de forma radical como explica Luiz Flavio Gomes:

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Habeas Corpus nº 84903*. Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Órgão julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 16/11/2004. Publicado no DJ em 04-02-2005. PP-00027 EMENT VOL-02178-02 PP-00267 RT v. 94, n. 835, 2005, p. 502-507 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 465-476. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28artigo+33+da+loman%29&base=baseAco rdaos>>. Acesso em: 08 jun 2012.

¹²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 827.940/SP*. Relatora: Ministra LAURITA VAZ. Órgão julgador: QUINTA TURMA. Data do julgamento: 14/02/2008. Publicado no DJe em 03/03/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/tocjsp?tipo_visualizacao=null&livre=artigo+33+loman&b=ACOR#DOC4>. Acesso em: 08 jun 2012.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental na Ação Penal nº 626/DF*. Relator: Ministro CASTRO MEIRA. Órgão julgador: CORTE ESPECIAL. Data do julgamento: 06/10/2010. Publicado no DJe em: 11/11/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=artigo+33+loman&b=ACOR#DOC3>. Acesso em: 08 jun 2012.

O juiz tem algum poder de iniciativa de provas, de requisitar inquérito policial, de decretar a prisão preventiva, de conceder *habeas corpus* de ofício, de acusar (em certo sentido) no caso do *mutatio libelli* (CPP, art. 384, *caput*) etc¹³¹.

Neste caso, a jurisprudência defende não haver violação a preceitos constitucionais, pois o julgador não assume atividade típica das polícias, sua função investigatória no procedimento das ações originárias nos tribunais é diversa daquela desenvolvida por estas.

No entanto, em que pese o entendimento jurisprudencial em sentido contrário, este procedimento parece desfigurar o sistema constitucional acusatório, pois o julgador aqui tem poderes para investigar típicos das polícias, conduzir o processo e, em conjunto com seus pares, decidir.

3.6.2 medidas e procedimentos onde o julgador de ofício tem iniciativa na instrução processual

O Processo Penal cautelar é prestado incidentalmente ou como preparatório para o principal e pode até mesmo ser de ofício. Durante o transcorrer de um processo poderá haver a necessidade de uma ação preliminar e ágil do órgão julgante e, assim, evitar as consequências do *periculum in mora*. Esta medida visa assegurar a eficácia de providências executivas ou cognitivas. O Estado assim atuando está exercendo uma função mediata ou preventiva da tutela jurisdicional¹³².

Nas medidas cautelares é necessário encontrarem-se presentes os pressupostos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Nos procedimentos desta natureza não poderá o julgador tomar iniciativa na produção de provas, pois não é tarefa dele investigar¹³³.

3.6.2.1 busca e apreensão

¹³¹ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005. p 14.

¹³² JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.244-245.

¹³³ GOMES, Luis Flávio e CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p 201.

A natureza jurídica desta medida é cautelar, segundo a doutrina, todavia, a lei dá natureza cautelar, coercitiva e entende ser um meio de prova. Logicamente a busca antecede a apreensão e podem ser realizadas durante a fase inquisitorial ou na processual e, inclusive, segundo Fernando Capez, na execução de uma eventual reprimenda aplicada. A finalidade da busca e apreensão é resguardar, preservar as provas. Sendo que a apreensão consiste na detenção do bem material almejado que pode ser utilizado para demonstrar a infração penal ou sua autoria. Esta medida deve obedecer a uma série de critérios previstos na Constituição da República Federativa do Brasil e na legislação infraconstitucional¹³⁴.

A busca é “o movimento desencadeado, como regra, pelos agentes do Estado para a investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o Processo Penal, realizando-se em pessoas e lugares”. Guilherme de Souza Nucci diz que apreensão é “medida assecuratória que toma algo de alguém ou de algum lugar, com a finalidade de produzir prova ou preservar direitos” e pode ser utilizada com a finalidade de meio de prova. Estas medidas são, normalmente, praticadas em conjunto, no entanto, em raras oportunidades, podem ser realizadas separadamente, isoladamente¹³⁵.

Para ser concedida esta medida, assim como qualquer outra medida cautelar, exige-se a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, principalmente deste último já que a medida, em regra, requer urgência. Necessário se faz a existência de fundadas razões autorizadoras para concessão da medida. A autoridade deve dispor de elementos razoáveis capazes de formar lhe um juízo positivo para, ainda que provisoriamente, seja bem sucedida a busca e apreensão¹³⁶.

Esta medida só pode ser decretada quando houver a real necessidade, podendo a autoridade deferir requerimento do interessado legitimado para tal procedimento ou, se entender necessária, determiná-la de ofício, conforme previsão

¹³⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p 385-389.

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 207-214.

¹³⁶ SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas*. Princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p 70.

legal do artigo 242 do Código de Processo Penal: “A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes¹³⁷”.

O objeto da medida acauteladora em comento estar prevista no artigo 240 do Código de Processo Penal, nos seus parágrafos e incisos, sendo a enumeração taxativa:

A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior¹³⁸.

A buscar domiciliar exige o consentimento do morador ou mandado judicial, nesta hipótese se a autoridade judiciária não estiver presente, consoante inteligência do artigo 5º, inciso XI, da Lei Maior Brasileira promulgada em 1988.

A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial¹³⁹.

¹³⁷ BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Artigo 242. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 08 jan 2012

¹³⁸ BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Artigo 240. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 08 jan 2012

A medida cautelar, ora examinada, prevista no dispositivo constitucional supracitado tem previsão também na legislação infraconstitucional. O artigo 241, do Código de Processo Penal, dispõe sobre a presença de autoridade na execução desta cautelar, contudo diverge da norma constitucional, pois esta dispensa o mandado quando presente a autoridade competente para expedi-lo e aquela faz referência tanto a autoridade judiciária quanto à policial: “Quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado”, no entanto se faz necessário ressaltar que a autoridade policial não tem autonomia para adentrar na casa onde deve se realizar a medida sem prévia autorização da autoridade judiciária competente para expedir o mandado¹⁴⁰.

Segundo Aury Lopes Junior, todas as medidas limitativas de direitos fundamentais ao serem realizadas, devem ser feitas de maneira menos possível “invasiva e prejudicial” aos que as suportam, razão que impõe estas precauções na efetividade da medida, além da preservação dos direitos e garantias fundamentais, deve-se considerar a presunção de inocência. Conforme anteriormente mencionado, a medida em análise não pode ser realizada por autoridade policial sem o devido mandado judicial. Deve-se dá tratamento paritário ao juiz, ou seja, mesmo presente no local onde será realizada a medida, deverá ser prévio o mandado que a autoriza e devidamente fundamentada a decisão que o expediu¹⁴¹.

O Autor supra referenciado entende ser incompatível com os princípios consagrados pela Carta Magna o julgador determinar de ofício a medida em comento, pois assim estará configurado o sistema inquisitivo, já que o juiz tem participação ativa na produção da prova. O Magistrado ao instruir o processo fica

¹³⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federal de 1988*. Artigo 5º, inciso XI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 jan 2012.

¹⁴⁰ BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Artigo 241. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 08 jan 2012

¹⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p 702-703.

impedido de julgá-lo, tendo em vista a existência de uma “presunção absoluta de parcialidade do juiz instrutor¹⁴²”.

O Guardião da Constituição Brasileira, Supremo Tribunal Federal, entendeu ser inconstitucional dispositivo legal autorizador da Busca e apreensão de documentos realizada pessoalmente por juízes nos procedimentos investigatórios de delitos cometidos por organização criminosa¹⁴³.

Aury Lopes Junior sustenta: sob a imparcialidade do julgador no sistema acusatório, a busca e apreensão realizada, determinada, de ofício pelo Magistrado é inconstitucional¹⁴⁴.

A medida em comento tem natureza cautelar e poderá constituir prova. Exigem-se critérios¹⁴⁵ a serem observados e, obrigatoriamente, devem constar no mandado judicial expedido especificamente para realização da busca e apreensão. O Magistrado ao tomar a iniciativa na determinação da medida em apreço estará produzindo provas de ofício e, por conseguinte, sua imparcialidade passa a ser duvidosa. Por analogia ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, com relação à medida considerada inconstitucional no procedimento das investigações dos crimes praticados por organização criminosa, e do defendido por parte da doutrina, é cogente afirmar que a cautelar ora examinada, ao ser determinada pelo julgador, viola o Princípio da Imparcialidade do juiz e afronta também o Devido Processo Legal.

¹⁴² LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p 85.

¹⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1570-2. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 12/02/2004. Publicado no DJ em: 22-10-2004. PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-0019203PP00838).Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1570%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1570%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 maio 2012.

¹⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p 703.

¹⁴⁵ O objeto a ser procurado, buscado, e a finalidade da diligência devem ser expostos especificamente no mandado. O local a ser realizada a busca e/ou apreensão deve ser o mais especificado possível, não se admitindo mandado com determinação genérica. Se determinada a cautelar em casa habitada deve ser feita durante o dia, salvo se houver autorização do morador para os agentes adentrarem na residência à noite, no entanto, se acontece a execução durante o dia não há necessidade do habitante, podendo, inclusive o uso de força para cumprimento da medida. Assim, adotadas estas exigências, visa-se evitar práticas de abusos dos agentes responsáveis pela execução da medida. NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p 212-214.

3.6.2.2 Interceptação telefônica

Consoante inteligência exposta no artigo 5º, inciso XII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve-se preservar o sigilo das comunicações. No entanto, esta garantia de inviolabilidade das comunicações não é absoluta, pois a Lei Maior Brasileira também permitiu sua quebra no caso das conversações telefônicas. As comunicações telefônicas consistem em transmitir, receptor, emitir, decodificar sinais linguísticos, imagem, som, caractere escrito, ou qualquer símbolo capaz de propagar comunicação por meio de aparelhos estáticos ou móveis de telefone e transmissão de informação e dados constantes em computador, se feita via cabo telefônico¹⁴⁶.

Interceptação telefônica consiste na “captação feita por um terceiro de comunicação telefônica alheia, sem o conhecimento dos comunicadores¹⁴⁷”.

Quando houver necessidade da quebra do sigilo das comunicações telefônicas com finalidade instrutória no curso do processo criminal ou durante investigação policial poderá o poder judiciário, juízo competente, autorizar a violabilidade deste meio de comunicação. Contudo, será imprescindível a existência de indícios razoáveis de autoria ou de participação no delito apurado e, também, a pena para o referido crime deve ser de reclusão. Outro requisito obrigatório para que esta medida seja tomada é o exaurimento de todos os outros meios probatórios. No entanto, esta prova poderá ser considerada ilícita caso afronte a inviolabilidade da intimidade, a vida privada ou possa causar danos à imagem do indivíduo, que também são garantias de índole constitucional¹⁴⁸.

Vicente Greco Filho assevera que este procedimento tem natureza cautelar e sua finalidade é provar no Processo Penal fatos investigados em inquérito policial ou na instrução probatória durante o contraditório. Os requisitos para sua concessão deverão estar presentes, quais sejam: *fumus boni iuris* e *periculum in*

¹⁴⁶CAPEZ, Fernando. *Legislação Penal especial: juizados especiais criminais, interceptação telefônica, crime organizado, tóxicos*. Volume 2. 3. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003. p 76-77.

¹⁴⁷GOMES, Luis Flávio e CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p 95.

¹⁴⁸CAPEZ, Fernando. *Legislação Penal especial: juizados especiais criminais, interceptação telefônica, crime organizado, tóxicos*. Volume 2. 3. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003. p 78-79.

mora. Configura crime a realização da interceptação telefônica sem os objetivos autorizadores em lei ou sem a autorização da autoridade competente conforme previsto no artigo 10 da Lei Nº 9.296 de 1996¹⁴⁹.

A quebra do sigilo das comunicações telefônicas, a teor do disposto no artigo 3º da Lei 9.296, de 24 de julho de 1996, poderá ser determinada de ofício pelo órgão do judiciário incumbido do deslinde da divergência. A medida suscitada pode ser decretada pelo juiz, também, a requerimento da autoridade policial ou de representante do Ministério Público. Este dispositivo elenca os legitimados para requerer a aludida medida e autoriza o juiz da causa a tomar tal iniciativa sem provocação, desde que, presentes os pressupostos legais para tanto e ele se convença da necessidade da providência. Importante ressaltar que esta medida tem natureza cautelar e precisa ser fundamentada, a decisão deve mencionar os elementos que conduziram a convicção do juiz para o deferimento ou não da interceptação telefônica, sob pena de nulidade¹⁵⁰.

Esta medida pode ser considerada inconstitucional ao ser concedido ao julgador o poder de determinar a quebra do sigilo da comunicação telefônica de ofício. O sistema processual penal brasileiro é o acusatório. Conforme defendido por parte da doutrina, nele reside a distinção entre acusador, acusado e julgador, este sendo o judiciário que é o responsável pela aplicação da lei e solucionar a lide entre o Estado e o particular. Este entendimento se refere à medida determinada de ofício durante a investigação policial, pois o Magistrado é impedido de investigar na fase inquisitória. Leva-se em consideração que não é sua função, no entanto estar autorizado a fazê-la no curso processual, isto é, durante o contraditório na busca da verdade real¹⁵¹.

Luiz Flavio Gomes assegura que o juiz deve determinar a interceptação telefônica quando presentes os requisitos legais. No entanto, determiná-la de ofício no processo penal acusatório tal medida não é aceitável. Vulnera o modelo acusatório adotado no Brasil, com o advento da Constituição da República

¹⁴⁹GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação Telefônica: considerações sobre a Lei Nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996. p 19-39.

¹⁵⁰PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei Nº 9.296, de 24-07-96*. Interceptações de comunicações telefônicas. São Paulo: editora de direito, 1996. p 35-48.

¹⁵¹SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas*. Princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p 50-51.

Federativa do Brasil de 1988, que considera as funções da acusação e da defesa essenciais ao exercício da jurisdição. Ao juiz é conferido este mister, sendo competente para processar e julgar, investigar não é sua missão, principalmente, no ambiente extraprocessual. Logo a medida referenciada quando determinada de ofício é patentemente inconstitucional¹⁵².

Existem duas correntes doutrinárias a respeito da possibilidade da constitucionalidade da interceptação telefônica. Uma defende ser constitucional e a outra entende violar princípios constitucionais. No que tange à iniciativa instrutória do juiz na determinação da medida *sub examine* também não há unanimidade na doutrina, pois alguns de forma irredutível afirmam ser inconstitucional este procedimento, principalmente, se tomada antes da fase do contraditório.

3.6.2.3 atuação do juiz na produção da prova na investigação de crimes praticados por organização criminosa

O artigo 3º da Lei Nº 9.034 de 1995, que dispõe sobre meios utilizados para evitar e prevenir prática delituosa por organização criminosa, expressamente, autoriza o Magistrado a produzir provas. O referido dispositivo determina que o juiz, pessoalmente, deve diligenciar quando existem possibilidades de violar sigilos preservados na Constituição ou na legislação infraconstitucional. *In verbis* o suscitado dispositivo legal:

Artigo 3º. Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, - Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas (...) III - o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais - ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso segredo de justiça¹⁵³.

¹⁵²GOMES, Luis Flávio e CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p 196-209.

¹⁵³BRASIL. *Lei Nº 9.034, de 3 de maio de 1995*. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 17 maio 2012.

Constata-se do exposto no artigo supracitado a permissão ao juiz para acessar dados, informações fiscais contidas em documentos, informações eleitorais, bancárias e financeiras do suspeito. Verifica-se que esta atividade deve ser realizada como formação de provas e meio de investigação de prática criminosa em qualquer fase da persecução criminal.

O parágrafo 3º do artigo supracitado daquela lei permite ainda, assim como o *caput*, o sigilo, o segredo, da diligência realizada pelo juiz caso entenda necessário, como pode se extrair do referido dispositivo legal infracitado:

Parágrafo 3º. O auto de diligência será conservado fora dos autos do Processo, em lugar seguro, sem intervenção de cartório ou servidor, somente podendo a ele ter acesso, na presença do juiz, as partes legítimas na causa, que não poderão dele servir-se para fins estranhos à mesma, e estão sujeitas às sanções previstas pelo Código Penal em caso de divulgação¹⁵⁴.

Pode-se afirmar, a partir do contido nestes dispositivos legais, a existência de um juiz investigador, este está intimamente relacionado com o juízo inquisitivo. Diante disso, tal disposição é patentemente inconstitucional, levando-se em consideração os primados constitucionais com feição do sistema acusatório.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a previsão legal para realização da busca e apreensão de documentos relacionados à quebra de sigilo feita pessoalmente pelo juiz. Neste caso, viola os Princípios Constitucionais da Imparcialidade e, por conseguinte, o do Devido Processo Legal, pois o Magistrado estaria exercendo atividade investigativa própria das polícias e do Ministério Público.

Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do

¹⁵⁴BRASIL. *Lei Nº 9.034, de 3 de maio de 1995*. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 17 maio 2012.

princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal¹⁵⁵.

Por outra banda, são atribuições conferidas constitucionalmente aos órgãos competentes, Ministério Público, artigo 129, seus parágrafos e incisos, sendo vedada a delegação destas atribuições que deverão ser desempenhadas por servidores de carreira e nos termos do artigo 144, seus parágrafos e incisos que atribuem às polícias o dever de investigar infrações penais¹⁵⁶.

Conforme retro exposto, a ação do Magistrado ao produzir provas, investigar, além de violar princípios de natureza constitucional, invade competências de instituições constitucionalmente atribuídas.

3.6.2.4 iniciativa instrutória do julgador nas ações penais originárias nos tribunais

No procedimento comum ordinário, compreendido entre os artigos 394 e 405 do Código de Processo Penal, conforme já explanado, o artigo 156 deste diploma legal autoriza o julgador a diligenciar na busca da verdade real, sendo este poder conferido ao Estado Juiz objeto de muitas discussões e divergências na doutrina.

A doutrina entende ser a diligência referida naquele dispositivo legal nada mais do que a iniciativa do Magistrado na produção probatória. Tratando-se de delitos imputados às pessoas com foro privativo, por prerrogativa de função, estabelecido na Carta Magna a ação penal é originária em tribunal. É na Constituição que está determinada a competência em *ratione materiae* e em *ratione personae*, cuja ação penal é originária nos seguintes tribunais – STF, STJ, TREs, TRFs e TJs. O procedimento segue as regras legais da Lei Nº 8.038 de 1990. A fase

¹⁵⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1570-2. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 12/02/2004. Publicado no DJ em: 22-10-2004. PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDP n. 24, 2005, p. 137-146 RTJ VOL-0019203PP00838).Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1570%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1570%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 maio 2012.

¹⁵⁶BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federal de 1988*.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 jan 2012.

instrutória está disciplinada nesta norma para todos os tribunais e em seus respectivos Regimentos Internos. Nos processos de competência do STF e do STJ a Lei Nº 12.019 de 21 de agosto de 2009 conferiu poderes ao Relator para determinar que a instrução fique a cargo dos desembargadores dos TJs, dos TRFs ou dos juízes das Varas Criminais dos Estados e da Justiça Federal. Os atos podem ser concretizados na sede do STF ou do STJ ou, ainda, no local onde o ato deva ser realizado. O procedimento instrutório é igual em todos estes tribunais. Crimes comuns Leis Nº 8.038 de 1990 e 8.658 de 1993. Crimes de responsabilidade Lei Nº 1.079 de 1950 e artigo 52, incisos I e II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁵⁷.

Oportunamente e obrigatório se faz apontar a Lei Nº 8.038 de 28 de maio de 1990 que trata do procedimento da ação penal originária no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Por determinação da Lei Nº 8.658 de 1993¹⁵⁸, aquele procedimento é aplicado às ações desta natureza originárias nos Tribunais de Justiça dos Estados, no do Distrito Federal e nos Regionais Federais. Os procedimentos perante os tribunais observarão, além de seus respectivos Regimentos Internos, no que couber as normas do Código de Processo Penal¹⁵⁹.

O relator da ação penal será o juiz da instrução, escolhido na forma do regimento interno do tribunal. A instrução realiza-se de acordo o Código de Processo Penal e o respectivo regimento do tribunal competente para o feito. Ao relator são conferidas as atribuições dos Magistrados singulares conforme previsão no parágrafo único do artigo 2º da Lei Nº 8.038 de 1990. *In verbis* o referido dispositivo legal¹⁶⁰:

¹⁵⁷TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 712-740.

¹⁵⁸BRASIL. Lei Nº 8.658 de 26 de maio de 1993. Dispõe sobre a aplicação, nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, das normas da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, sobre ações penais originárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8658.htm#art1>. Acesso em: 03 maio 2012.

¹⁵⁹BRASIL. *Lei Nº 8.038 de 28 de maio de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 03 maio 2012.

¹⁶⁰BRASIL. *Lei Nº 8.038 de 28 de maio de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Artigo2º, parágrafo único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 03 maio 2012.

Artigo 2º - O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, que se realizará segundo o disposto neste capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal.

Parágrafo único - O relator terá as atribuições que a legislação processual confere aos juízes singulares.

O artigo 11, parágrafo 3º, daquele diploma legal, expressamente, autoriza o relator do processo a determinar de ofício a produção de provas. Confira-se o dispositivo legal comentado:

Artigo 11 - Realizadas as diligências, ou não sendo estas requeridas nem determinadas pelo relator, serão intimadas a acusação e a defesa para, sucessivamente, apresentarem, no prazo de quinze dias, alegações escritas.

Parágrafo 3º - O relator poderá, após as alegações escritas, determinar de ofício a realização de provas reputadas imprescindíveis para o julgamento da causa¹⁶¹.

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça traz em seu artigo 227, parágrafo 3º, reprodução da norma supracitada, autorizando o relator do processo da ação penal poder, de ofício, determinar a produção de provas¹⁶².

O Superior Tribunal de Justiça entende que o relator ao proceder na produção de provas e na função investigativa não viola o Princípio da Imparcialidade e nem o do Devido Processo Legal, pois como juiz instrutor ao atuar conforme autorização legal e regimental lhe é permitido formar seu convencimento para futura decisão¹⁶³.

De igual modo há previsão no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. No artigo 239, encontra-se previsto a aplicação no que couber do procedimento comum do Código de Processo Penal na instrução do processo nesta

¹⁶¹ BRASIL. *Lei Nº 8.038 de 28 de maio de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Artigo 11, parágrafo 3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 03 maio 2012.

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno*. Artigo 227, parágrafo 3º. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/regimento/>>. Acesso em: 03 maio 2012.

¹⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação penal. 460/RO. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do julgamento: 06/06/2007. Publicado no DJ em: 25/06/2007.p.209. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=a%E7ao+ +originaria+tribunal+imparcialidade&b=ACOR#DOC1>. Acesso em: 19 maio 2012.

Corte e no artigo 242, existe previsão para o Relator poder ordenar diligências no sentido de “sanar nulidade ou falta que prejudique na apuração da verdade”¹⁶⁴.

Neste procedimento a investigação é tramitada no próprio órgão de jurisdição competente para o processo e para julgamento de uma eventual ação penal. Todas as providências de natureza cautelar exigidas para o bom desenvolvimento, andamento, da investigação devem ser de iniciativa do próprio tribunal competente para o deslinde do feito¹⁶⁵.

A isenção da conduta funcional e a imparcialidade de Magistrado não são alteradas pelo fato de haver participado de julgamento prévio. O Supremo Tribunal Federal ao defender esta tese, não se opõe às atribuições conferidas aos julgadores nas ações penais originárias nos tribunais. Dentre estas, estão as dos relatores instruir o feito. Neste sentido, o relator ao produzir provas de ofício não seria parcial, não deixaria de prestar uma boa atividade jurisdicional¹⁶⁶.

Nos crimes de competência originária nos tribunais há supressão das instâncias inferiores. Neste procedimento as funções de coleta de material probatório e de apreciação de questão de direito é realizada pelo próprio tribunal¹⁶⁷.

O artigo 2º, parágrafo único, da Lei Nº 8.038 de 1990, atribui aos relatores das ações penais originárias nos tribunais as atribuições dos juízes singulares¹⁶⁸.

Conforme se verifica nas leis que dispõem sobre o procedimento da ação penal originária nos tribunais, bem como nos Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os julgadores têm autonomia investigativa e podem determinar de ofício a produção de provas.

¹⁶⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno. Artigo 242*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 03 maio 2012.

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 618-620.

¹⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Originária 1517. Relatora: Ministra ELLEN GRACIE. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 08/10/2008. Publicado no: DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-01 PP-00052 RTJ VOL0020802PP00459. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28processo+penal+a%E7ao+originaria+no+tribunal+imparcialidade%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 maio 2012.

¹⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹⁶⁸ BRASIL. *Lei Nº 8.038 de 28 de maio de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Artigo11, parágrafo3º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 03 maio 2012.

Neste procedimento fica suprimida a garantia do duplo grau de jurisdição. Nestes casos nitidamente fica descaracterizado o sistema processual acusatório, pois são acumuladas as funções de investigação e de julgamento, em que pese a decisão ser, em regra, colegiada. Em decorrência disso cabe indagar: a decisão do relator não influenciará os demais julgadores? É possível que os orientem a seguir seus passos, no entanto, aqueles poderão proferir decisão diversa deste.

Os tribunais sustentam não existir prejuízos aos princípios inerentes ao Processo Penal a atuação do julgador, nas ações originárias neles, para produzir provas de ofício. Entretanto, não há similitude entre os princípios constitucionais, em que pese o posicionamento divergente dos tribunais examinados, e os norteadores do sistema processual penal acusatório e a jurisdição por eles prestada originariamente.

No próximo subcapítulo faz-se, fundamentando na legislação e em parte do segmento doutrinário sobre o assunto, uma breve explanação sobre o estado e *animus* do julgador capazes de torná-lo suspeito para decidir a lide ou até mesmo de impedi-lo.

3.7 suspeição e impedimento do julgador

O artigo 254 do Código de Processo Penal elenca os motivos ensejadores de causar suspeita da imparcialidade do Magistrado. Destina-se a não aceitação do julgador quando haja indícios de não isenção de sua imparcialidade em razão de interesses ou sentimentos de natureza pessoal. Dentre tantos sentimentos que podem macular a imparcialidade do juiz merece ressaltar: o amor, o ódio, a cobiça, os negócios, a perseguição de qualquer índole ou quaisquer motivos que possam mitigar sua conduta de neutralidade em relação aos interessados no resultado da divergência. No caso de suspeição os atos decisórios proferidos pelo julgador suspeito geram nulidade nos termos do artigo 564, inciso I, do Código de Processo Penal¹⁶⁹.

¹⁶⁹CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p 462-467.

As causas que levantam suspeita do juiz são as do artigo 254 do Código de Processo Penal¹⁷⁰.

Artigo 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes; IV - se tiver aconselhado qualquer das partes; V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.

A jurisprudência atual imperiosa no Superior Tribunal de Justiça é de que a suspeita gera motivo para mudar o Magistrado que tem sua imparcialidade duvidosa e a referida mudança não implica em violação ao primado do Juiz Natural da causa e nem da vedação do Tribunal de Exceção, pois aquele se deu em decorrência de um princípio de dimensão tão valiosa e também de natureza constitucional da garantia de isenção do julgamento¹⁷¹.

O artigo 252 do Código de Processo Penal elenca as situações onde o juiz não pode decidir a causa, pois configurada as hipóteses ali previstas estará impedido de proferir decisão no feito. Nas conjecturas previstas neste dispositivo legal o juiz não pode atuar no processo, pois se existem tais condições perturbam a imparcialidade exigida dele. As situações previstas no referido artigo são obstáculos para o julgador conduzir o feito sem ser influenciado, com isto, é impossibilitado de desempenhar sua atividade com a plena independência, com a total imparcialidade e a serenidade necessárias para uma boa prestação da justiça. *In verbis* o referido dispositivo legal:

Artigo 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

¹⁷⁰BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 08 jan 2012

¹⁷¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 119701/PE. Relatora: Ministra LAURITA VAZ. Órgão julgador: QUINTA TURMA. Data do julgamento: 04/11/2010. Publicado no DJe em: 06/12/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito¹⁷².

Consoante o disposto no inciso III do dispositivo legal supracitado, o Magistrado não deve decidir a lide sob pena de ser nulo seu ato quando atuou na causa previamente. O juiz ao ter iniciativa na produção de prova se manifesta no feito antes de proferir sua decisão, inclusive, influenciando no resultado da demanda. Logo, em similitude com a norma legal ora examinada, terá uma atitude em discrepância, oposta, desconexa ao que imperam as normas constitucionais relativas à imparcialidade.

O Magistrado não pode exercer função incompatível com a sua atividade, assim como não pode decidir quando for suspeito ou impedido. Ao proferir atos decisórios nestas situações têm a imparcialidade e a neutralidade, necessárias para prestar jurisdição, comprometidas. Logo todas as decisões nestas condições não poderão produzir efeitos.

3.8 análise sobre o poder instrutório conferido ao julgador

No inciso I, do artigo 156, do Código de Processo Penal, estão detalhadas regras às quais fica o julgador adstrito a ter iniciativa na produção probatória, neste caso, mesmo antes de iniciada a ação penal. O inciso II inserto naquele artigo autoriza o órgão judicante a diligenciar para esclarecer eventuais dúvidas no curso da ação penal, desde que o ponto seja relevante para proferir a decisão no feito. Toda esta atividade probatória é facultada ao Magistrado determiná-la de ofício.

Fernando Capez afirma que no Processo Penal o julgador deve aplicar uma reprimenda ao infrator, contudo, deve ser esta punição aplicada sempre amparada em um conjunto probatório capaz de esclarecer todos os fatos. Quando o julgador não encontrar elementos probatórios suficientes para levar a uma verdade,

¹⁷²BRASIL. *Decreto-Lei Nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 01 maio 2012

ou ao menos aproximasse dela, não deverá manifestasse de ofício no sentido de realizar diligências para dirimir dúvida sobre qualquer ponto no processo, pois, o Magistrado deve manter a equidistância das partes principais do processo, caso contrário, resta descaracterizado o sistema acusatório imposto pela Carta Magna de 1988¹⁷³.

A Constituição Federal de 1988 vedou ao juiz a prática de atos típicos de parte, procurando preservar a sua imparcialidade e necessária equidistância, prevendo distintamente as figuras do investigador, acusador e julgador (CF, arts. 129, *caput*, 144, §§ 1º, IV, e 4º). O princípio do *ne procedat iudex ex officio* preserva o juiz e, ao mesmo tempo, constitui garantia fundamental do acusado, em perfeita sintonia com o processo acusatório. Devido processo legal é aquele em que estão presentes as garantias constitucionais do processo, tais como o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, o juiz natural, a imparcialidade do juiz e a inércia jurisdicional. (*ne procedat iudex officio*). Assim, colocar o julgador na posição de parte, incumbindo-lhe atribuições investigatórias e probatórias típicas de acusador, implica vulnerar sua imparcialidade e violar o *due process of law*. A colheita da prova pelo juiz compromete-o psicologicamente em sua imparcialidade, transformando-o quase em integrante do pólo ativo da lide penal, colidindo frontalmente com diversas normas constitucionais. À vista do exposto, o juiz que participar da colheita da prova, atuando como verdadeiro inquisidor, não estará atuando na função típica de magistrado, ficando, destarte, sujeito ao comprometimento psicológico com a tese acusatória, tão comum às partes. Por essa razão, estará impedido de proferir qualquer sentença ou decisão no processo criminal que vier a se instaurar (CPP, art. 252, II). Esse parece ser o único meio de conciliar o dispositivo em comento com o modelo acusatório brasileiro¹⁷⁴.

Segundo Luiz Flávio Gomes, a quem alega cabe provar, no caso do Processo Penal leva-se em consideração também a presunção de inocência do acusado, sendo também o ônus da prova das partes, já que no Brasil vigora o principio acusatório, muito embora legalmente o juiz esteja autorizado a produzir provas¹⁷⁵.

A participação do julgador na atividade probatória deve ser de maneira suplementar à das partes, visando somente a elucidação na busca pela verdade real, substancial, no entendimento de Ricardo Melchior de Barros Rangel. Contudo ele observa que o julgador não pode incorporar a missão do demandante e sim

¹⁷³ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 73.

¹⁷⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 74.

¹⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005. p 177-185.

manter a equidistância daquelas, desta maneira, preservar o princípio constitucional da imparcialidade¹⁷⁶.

Luiz Flavio Gomes afirma: “o juiz não pode agir de ofício. *Ne procedat iudex ex officio ou Nemo iudex sine actore*”. O processo tipo acusatório emanado da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 distingue as funções de acusar, defender, investigar e julgar, nisto reside o princípio da iniciativa das partes. Assegura ainda que o papel do juiz é julgar e não produzir provas¹⁷⁷.

Cabe ao demandante provar a culpabilidade do demandado, ao juiz é vedada iniciativa acusatória, desempenho de função que compete a outrem, pois agindo assim, afronta vários princípios constitucionais, dentre tais o da imparcialidade¹⁷⁸.

Ainda citando suas lições Luis Flávio Gomes destaca que dentre as atribuições e competências do juiz, estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, não está a iniciativa em produzir provas. Caso ele tome esta iniciativa será comprometida psicologicamente sua imparcialidade, pois ele não pode ter idéias preconcebidas sobre a decisão a ser proferida¹⁷⁹.

Aury Lopes Junior assevera: a imparcialidade do julgador é comprometida quando ele atua como juiz instrutor, quando é investido de poder para iniciativa probatória. O Estado, como detentor do *jus puniendi*, ocupa a posição de um terceiro no Processo Penal, deve ser alheio aos interesses das partes ativa e passiva. Não pode ter estado anímico, emocional, subjetivo na relação processual, pois, caso o tenha, estará sendo parcial¹⁸⁰.

Criticando a legislação processual penal brasileira, Eugênio Pacelli de Oliveira, categoricamente, sustenta que ao juiz é permitido fazer alterações na acusação, no caso da *mutatio libelli*, prevista no artigo 384 daquele diploma legal.

¹⁷⁶ RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

¹⁷⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005. p 14.

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. 143889/SP. Relator: MIN. NILSON NAVES. Órgão acusador: SEXTA TURMA. Data do julgamento: 18/05/2010. Publicado no DJe em: 21/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

¹⁷⁹ GOMES, Luis Flávio e CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p 201-205.

¹⁸⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p 84-85.

Afirma, ainda, que neste caso é feita uma nova acusação e mais grave é a antecipação da valorização feita, pelo juiz, dos elementos probatórios já produzidos. Este doutrinador assegura que o julgador, ao ter iniciativa na demonstração real dos fatos imputados ao acusado, substitui a função do acusador. No entanto, o juiz pode se possível e necessário, investigar eventuais provas favoráveis e, inclusive, capazes de inocentar o demandado, desde que, não o comprometa psicologicamente e mantenha íntegra sua imparcialidade¹⁸¹. Vale ressaltar que esta conduta do Magistrado não é compatível com os princípios constitucionais inerentes ao sistema acusatório.

Ao ser atribuída a função de produzir prova, participar da sua colheita, o juiz exerce atividade típica do sistema inquisitivo e tem sua imparcialidade afetada¹⁸².

Mais uma vez menciona-se o posicionamento de Aury Lopes Junior ao afirmar que os princípios da imparcialidade e o do contraditório estão conectados ao sistema acusatório. Para se manterem nesta harmonia é necessário a iniciativa probatória ficar a cargo das partes. Somente assim a imparcialidade do julgador é preservada, e mais, o juiz não pode se encarregar das funções inerentes às partes, a coleta de elementos probatórios e a invocação jurisdicional é dever destas que têm interesses opostos. Segundo este doutrinador, o artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal, “extremam a adoção do sistema inquisitivo, que funda um sistema inquisitório”, eles dilaceram a igualdade e o contraditório da “estrutura dialética do processo¹⁸³”.

Segundo o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho, o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento, inserto no artigo 155 do Código de Processo Penal, veda o julgamento com conhecimento de provas que não estão nos autos e afirma que não estando nos autos não existe. “O processo é o mundo do juiz”. Este tem liberdade para valorar as provas contidas nos autos, no

¹⁸¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p 285-295.

¹⁸² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p

¹⁸³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p 67-70.

entanto não poderá arredar deles. Esta garantia objetiva assegurar a plena imparcialidade do julgador¹⁸⁴.

Este doutrinador afirma, ainda, que a existência do comportamento desviante, delituoso, e a demonstração de sua autoria competem ao demandante, além de demonstrar a culpa ou dolo envolvido no caso e ao acusado, em razão da presunção de inocência, não cabe provar fatos¹⁸⁵.

Aury Lopes Junior diz que à luz do sistema processual emanado da Constituição, qual seja: sistema acusatório constitucional, o julgador jamais pode determinar a produção de provas de ofício¹⁸⁶.

O Superior Tribunal de Justiça entende ser o sistema processual penal brasileiro acusatório, este princípio norteador do direito processual em comento veda ao Magistrado o poder investigatório. Cabe à acusação provar a culpabilidade do acusado, compete ao juiz dirigir o processo e oferecer às partes tratamento isonômico, paritário, não pode substituí-las, lhe sendo defeso também avocar as atribuições da acusação¹⁸⁷.

Neste mesmo sentido Fernando Capez leciona que o Magistrado tem liberdade para avaliar e valorar as provas contidas nos autos, no entanto só pode decidir com base nos elementos probatórios que são introduzidos, entranhados, no processo pela parte acusadora e pela a acusada. Reforça seu entendimento afirmando “o que não está nos autos, não está no mundo¹⁸⁸”.

O juiz ao deixar de desempenhar sua função, praticando atos investigatórios, produzindo provas, a imparcialidade indispensável para o exercício da atividade jurisdicional é perdida, logo estará impedido para conduzir a ação penal e proferir atos decisórios¹⁸⁹.

¹⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 60.

¹⁸⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 572-574.

¹⁸⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p 588.

¹⁸⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. 143889/SP. Relator: MIN. NILSON NAVES. Órgão acusador: SEXTA TURMA. Data do julgamento: 18/05/2010. Publicado no DJe em: 21/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

¹⁸⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p 67.

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus 23945/RJ. Relatora: MIN. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). Órgão julgador: SEXTA TURMA.

Caso tenha sua imparcialidade afetada o julgador não está apto para o exercício da função jurisdicional, não poderá decidir a controvérsia, pois, realmente estará impedido nos termos do artigo 252, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁰.

A suspeição e o impedimento procuram evitar a imparcialidade do Magistrado, buscam garantir a ausência de vínculos subjetivos entre este e as partes susceptíveis de colocar sob dúvida sua independência e neutralidade para proferir a decisão do feito¹⁹¹.

Segundo Aury Lopes Junior, os poderes conferidos aos julgadores na confecção de provas tornam todos estes dispositivos legais inconstitucionais. “compreendida a questão e respeitada a opção “acusatória” feita pela Constituição, são substancialmente inconstitucionais todos os artigos do CPP que atribuem poderes instrutórios e/ou investigatórios ao juiz”. Quando é atribuída a função probatória ao julgador resta fundado um sistema inquisitivo e “sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade”. Os pré-juízos feitos pelo Magistrado produzindo prova geram um imenso prejuízo ao sistema¹⁹².

Dito isto, é possível vislumbrar a presença de resquícios do princípio da inquisitividade no artigo 156 do Código de Processo Penal e, conseqüentemente, a mitigação do sistema acusatório que, em tese, é o adotado no Brasil, segundo entendimento doutrinário majoritário e jurisprudencial, pois o julgador deixa de ser mero espectador, analisador, árbitro, do que lhe é posto e passa a ser investigador, não sendo esta sua função neste sistema.

O Magistrado deve ater-se ao mundo do processo, não deve afastar-se do contido nos autos, salvo para dirimir dúvida sobre prova já existente. Ele não pode ter interesse subjetivo no deslinde da controvérsia sob sua competência.

Data do julgamento: 05/02/2009. Publicado no DJe em: 16/03/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 113176/AL Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Órgão julgador: QUINTA TURMA. Data do julgamento: 04/08/2009. Publicação no DJe em: 31/08/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 05 maio 2012.

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. 146796/SP. Relator: MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA. Órgão julgador: QUINTA TURMA. Data do julgamento: 04/03/2010. Publicado no DJe em: 08/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

¹⁹² LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p 172-173.

Partindo desta concepção é presumível, razoável e aceitável concluir a influência imperiosa sobre o órgão atuante na produção da prova, logo não estará neutro para decidir, estará suspeito, impedido, e, por conseguinte, é possível verificar patente violação ao primado maior da imparcialidade do julgador.

Quando atua em função atípica, ou seja, o Magistrado exercendo atividade das partes principais ou invadindo a competência constitucional de outros poderes do Estado, está desempenhando simultaneamente missões incompatíveis entre si, conseqüentemente se torna suspeito ou até impedido de proferir ato decisório na causa. O comprometimento da imparcialidade e da neutralidade, exigidas para o bom exercício do cargo conferido ao indivíduo na condição de juiz, é mitigado. Os atos praticados pelo julgador nestas condições podem gerar nulidade.

CONCLUSÃO

Os sistemas de Processo Penal, inquisitivo, acusatório e misto, foram ao longo do tempo sendo mitigados. Mudanças de costumes e introdução de novas normas nos Ordenamentos Jurídicos Nacionais, supridas de ideais de preservação de direitos e de garantias individuais, foram responsáveis pelas adaptações de novos procedimentos na condução de investigação e de processos penais com características mais eficientes para assegurar estes direitos. Em decorrência disso, alguns sistemas de Processo Penal superaram outros.

No Brasil, foram inseridos dispositivos nas legislações penais assegurando aos acusados direitos de defesa. Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 vieram princípios, direitos e garantias individuais marcantes, especialmente, os inerentes ao direito de resguardar a liberdade do indivíduo.

O Estado Brasileiro tem o monopólio do poder de punir. No entanto, não se admite abuso deste ente no desempenho da atividade jurisdicional, podendo fazer-se tal afirmação com ênfase nas garantias constitucionais destinadas aos jurisdicionados.

O sistema acusatório tem como característica marcante a distinção entre acusador, defesa e julgador. Alguns doutrinadores asseguram que este é o modelo aplicado no Processo Penal Brasileiro. O sistema de Processo Penal misto é caracterizado quando há fases que se desenvolvem, no curso da ação penal, com natureza do sistema inquisitivo e outras com feição do modelo acusatório.

Alguns entendem ser acusatório o tipo de Processo Penal Brasileiro, no entanto, outros defendem predominar o sistema misto. Portanto, pode-se, com clareza, afirmar que não há um sistema puro reinando no Brasil. A Lei Maior Brasileira traz princípios típicos do modelo acusatório, mas ao examinar a legislação infraconstitucional se encontra características típicas do sistema inquisitivo, conseqüentemente, evidencia-se que o modelo brasileiro não é o acusatório puro.

O Princípio da Imparcialidade do Juiz, obrigatoriamente aplicado no Processo Penal Brasileiro, impõe ao julgador abster-se de qualquer sentimento

capaz de tornar duvidosa sua conduta. Não se aceita uma decisão judicial na qual o julgador não se manteve neutro, não julgou de forma independente e imparcial.

A prestação jurisdicional pelo Estado deve ser norteada pela imparcialidade. A quebra desta imparcialidade é entendida nos casos de suspeição, impedimento e quando o Magistrado tem postura típica das partes, sendo esta conduta capaz de influenciar no seu ânimo de julgador.

No Direito Penal é vedada uma aplicação de pena sem a demonstração dos fatos. É necessária a comprovação material do delito e de sua autoria. Para limitar a liberdade de um indivíduo ou privá-la, exige-se prova cabal da imputação que lhe é atribuída e a observância de todos os princípios inseparáveis, inerentes, próprios deste ramo do direito.

Quando o julgador não tem elementos suficientes para impor uma condenação criminal deve levar em consideração a presunção de inocência, de não culpabilidade, e aplicar o princípio *in dubio pro reo*, ou seja, deve absolver o acusado.

Inegável é a liberdade do juiz para apreciar as provas contidas nos autos. O sistema de apreciação da prova no Processo Penal Brasileiro é o da persuasão racional do juiz que é um modelo misto. Também conhecido como livre convencimento motivado, convencimento racional, apreciação motivada ou prova fundamentada. No entanto a suscitada liberdade encontra barreiras constitucionais, artigo 93, inciso IX, e infraconstitucionais, artigo 155 do Código de Processo Penal, pois a decisão judiciária deve, sempre, ser fundamentada.

Quando a decisão se encontra desprovida da devida fundamentação, viola frontalmente a Carta Magna e a legislação regente do Processo Penal, por conseguinte, é passiva de nulidade.

Ao juiz, consoante disposição no artigo 156 do Código de Processo Penal e em algumas leis especiais, é legalmente conferida autonomia para ter, de ofício, iniciativa na produção de provas.

A doutrina penalista brasileira entende que o Magistrado ao ter iniciativa na produção probatória compromete sua imparcialidade. Neste caso, o princípio norteador do Processo Penal fica mitigado. A integridade do referido princípio, o

mais importante no sistema de processo penal acusatório, não deve em nenhuma hipótese ser colocada sob suspeita.

Em que pese o reconhecimento da existência e da aplicação do Princípio da Busca da Verdade Real autorizando o julgador assumir, supletivamente, a competência da acusação, ou seja, produzir provas, não deveria investir-se na função desta parte.

Ademais, à acusação compete provar o alegado, demonstrar fatos que relacionem a autoria da infração penal ao acusado. Impossibilitado de decidir com o conjunto probatório trazido ao processo, deve o Magistrado incumbido de resolver a controvérsia recorrer ao Princípio *in dubio pro reo*. A dúvida deve ser interpretada sempre em favor do demandado, conforme sustentado pelos estudiosos do Direito Processual Penal. Ao juiz compete dirigir o processo, oferecer tratamento isonômico, paritário, às partes. Não se permite substituí-las e nem usurpar as competências destas, inclusive, na produção da prova, ressalvada a hipótese da proporcionalidade da prova em benefício do acusado.

Há tendência a afetar a imparcialidade do juiz quando este se afasta de sua função objetiva, qual seja: analisar o constante nos autos e decidir. Não estando presente no processo, para todos os efeitos legais não existe. Caso o julgador busque conteúdo além do contido nos autos, possivelmente, trará prejuízos à sociedade e, mais especificamente, ao referido princípio. Ademais, o Magistrado deve manter-se no que consta nos autos, dele não pode arredar, nisto reside também o princípio do livre convencimento motivado. Esta garantia, também, objetiva assegurar a plena imparcialidade do julgador.

Os poderes instrutórios conferidos ao juiz não são justificados pelos objetivos do Processo Penal, quais sejam: solucionar o conflito entre as partes e proporcionar a pacificação social, pois em decorrência daquela autorização há violações às maiores garantias destinadas a esta mesma sociedade: a efetiva preservação dos princípios constitucionais.

O julgador atuando como acusador, nesta condição, acumula duas funções distintas e incompatíveis entre si, agindo assim não tem similitude com o modelo de Processo Penal acusatório. No Brasil, com os princípios caracterizadores deste sistema inseridos na Lei Maior, não se pode admitir o julgador investigador,

inquisidor, contudo a legislação infraconstitucional autoriza o Magistrado se imiscuir em função atípica, estranha, alheia a sua atividade, logo parece estas normas afrontarem aquela.

Causa inquestionável suspeita, gera duvidoso impedimento, a junção das funções de julgador e acusador diante do princípio acusatório e da imparcialidade.

Desta feita é possível e razoável chegar à conclusão do descompasso existente entre as normas autorizadas do julgador, de ofício, investir na produção probatória e os princípios constitucionais inerentes a assegurar direitos e garantias ao acusado. Em que pese a existência de questionamentos sobre a inércia do julgador na ausência de provas suficientes para condenar, nesta hipótese alguns sustentam que o juiz não pode ficar engessado, deve buscar meios para provar a inocência ou culpabilidade do acusado e, caso prove a conduta desviante deste, estaria, o julgador, protegendo a sociedade do comportamento criminoso daquele indivíduo.

Mais uma vez reforça-se a ideia da absolvição por carência de prova. O julgador quando não tem prova cabal da autoria do delito, na dúvida desta, deve aplicar o princípio do *in dubio pro reo*.

Por último, reforça-se a afirmação de que o atual sistema processual brasileiro, diante dos princípios constitucionais inerentes ao Processo Penal e das atividades legalmente conferidas aos julgadores de produzirem provas de ofício, não é puro e sim acusatório mitigado. E o julgador produzindo prova de ofício indubitavelmente viola tais primados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Reinaldo Rossano. *Direito Processual Penal*. Brasília: Fortium, 2008.

BACILA, Carlos Roberto. *Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais*. In (Org.) BONATO, Gilson. *Garantias Constitucionais e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 jan 2012.

___ *Lei Complementar Nº 35, de 14 de março de 1979*. Dispõe Sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 08 abr 2012.

___ *Decreto Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 de abr de 2012.

___ *Lei Nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989*. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em: 1 maio 2012.

___ *Lei Nº 8.038 de 28 de maio de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm>. Acesso em: 03 maio 2012.

___ *Lei Nº 8.658 de 26 de maio de 1993*. Dispõe sobre a aplicação, nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, das normas da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, sobre ações penais originárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8658.htm#art1>. Acesso em: 03 maio 2012.

___ *Lei Nº 9.034, de 3 de maio de 1995*. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 17 maio 2012.

___ *Lei Nº 11.690 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm>. Acesso em: 08 jan 2012.

___*Decreto-Lei Nº 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 08 jan 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 113176/AL*. Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Órgão julgador: QUINTA TURMA. Data do julgamento: 04/08/2009. Publicação no DJe em: 31/08/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 05 maio 2012.

___*Habeas Corpus 149250/SP*. Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ). Órgão julgador: QUINTA TURMA. Data do julgamento: 07/06/2011. Publicação no DJe em: 05/09/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 05 maio 2012.

___*Habeas Corpus 148190/RJ*. Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ). Órgão julgador: QUINTA TURMA. Data do julgamento: 22/03/2011. Publicação no DJe em: 03/05/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

___*Habeas Corpus nº 95.553/SP*. Relator: Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ). Órgão julgador: QUINTA TURMA. Data do julgamento: 13/12/2011. Publicado no DJe em: 06/02/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC1>>. Acesso em: 08 jun 2012.

___*Ação Penal 331/PI*. Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Órgão julgador: CORTE ESPECIAL. Data do julgamento: 16/02/2011. Publicado no DJe em: 03/03/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

___*Habeas Corpus 119701/PE*. Relatora: Ministra LAURITA VAZ. Órgão julgador: QUINTA TURMA. Data do julgamento: 04/11/2010. Publicado no DJe em: 06/12/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

___*Recurso em Habeas Corpus 23945/RJ*. Relatora: MIN. JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG). Órgão julgador: SEXTA TURMA. Data do julgamento: 05/02/2009. Publicado no DJe em: 16/03/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

___ *Habeas Corpus 143889/SP*. Relator: MIN. NILSON NAVES. Órgão acusador: SEXTA TURMA. Data do julgamento: 18/05/2010. Publicado no DJe em: 21/06/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

___ *Habeas Corpus 146796/SP*. Relator: MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA. Órgão julgador: QUINTA TURMA. Data do julgamento: 04/03/2010. Publicado no DJe em: 08/03/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC9>>. Acesso em: 06 maio 2012.

___ *Ação penal 460/RO*. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do julgamento: 06/06/2007. Publicado no DJ em: 25/06/2007. p. 209. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=a%E7ao+penal+originaria+tribunal+imparcialidade&b=ACOR#DOC1>. Acesso em: 19 maio 2012.

___ *Recurso Especial 89.296/MG*. Relator: Ministro VICENTE LEAL. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do julgamento: 11/11/1996. Publicado no DJ em: 09/12/1996. p. 49298. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#>>. Acesso em: 20 maio 2012.

___ *Agravo Regimental na Ação Penal nº 626/DF*. Relator: Ministro CASTRO MEIRA. Órgão julgador: CORTE ESPECIAL. Data do julgamento: 06/10/2010. Publicado no DJe em: 11/11/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.Br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=artigo+33+loman&b=ACOR#DOC3>. Acesso em: 08 jun 2012.

___ *Regimento Interno*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/regimento/>>. Acesso em: 03 maio 2012.

___ *Súmula nº 455*. Órgão Julgador: TERCEIRA SEÇÃO. Data do julgamento: 25/08/2010. Publicado no DJe em: 08/09/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=17#>>. Acesso em: 26 maio 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1570*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 12/02/2004. Publicado no DJ em: 22-10-2004. PP-00004 EMENT VOL-02169-01 PP-00046 RDDPN. 24,2005 ,p.137146RTJVOL0019203PP00838). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%20%29%2EESCLA%2E+E+1570%2EENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1570%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 maio 2012.

___ *Habeas Corpus* 82027. Relator: Ministro Sydney Sanches. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 20/08/2002. Publicado no DJ em: 19-12-2002. PP00091EMENTVOL009603PP-00606. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28principio+in+dubio+pro+reo%29&pagina=1&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 maio 2012.

___ *Habeas Corpus* 95009. Relator: Ministro Eros Grau. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 06/11/2008. Publicado no DJe em: 19.12.2008. EMENT VOL-02346-06 PP-01275RTJ VOL 0020802PP0640. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28principio+da+imparcialidade+processo+penal%29&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 maio 2012.

___ *Habeas Corpus* 82623. Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA. Órgão Julgador: Segunda Turma. Data do Julgamento: 11/02/2003. Publicado no DJ em: 04-04-2003 PP-00066 EMENT VOL-02105-03PP00493. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+82623%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+82623%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 maio 2012.

___ *Ação Originária* 1517. Relatora: Ministra ELLEN GRACIE. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data do julgamento: 08/10/2008. Publicado no: DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-01 PP-00052 RTJ VOL-00208-02 PP-00459. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28processo+penal+a%27ao+originaria+no+tribunal+imparcialidade%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 maio 2012.

___ *Recurso em Habeas Corpus nº 84903*. Relator: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Órgão julgador: Primeira Turma. Data do julgamento: 16/11/2004. Publicado no DJ em 04-02-2005. PP-00027 EMENT VOL-02178-02 PP-00267 RT v. 94, n. 835, 2005, p. 502-507 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 465-476. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28artigo+33+da+loman%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 08 jun 2012.

___ *Recurso em Habeas Corpus nº 88320*. Relator: Ministro EROS GRAU. Órgão julgador: Segunda Turma. Data do julgamento: 25/04/2006, DJ 26-05-2006 PP-00039 EMENT VOL-02234-02 PP-00390 RTJ VOL-00200-03 PP-01333 LEXSTF v. 28, n. 333, 2006, p. 505-510 RT v. 95, n. 853, 2006, p. 513-515. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28juiz+dirimir+duvida+processo+penal%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 08 jun 2012.

___ *Regimento Interno*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 03 maio 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____*Legislação Penal especial: juizados especiais criminais, interceptação telefônica, crime organizado, tóxicos*. Volume 2. 3. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. *Princípios no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Copola, 1999.

GOLDSCHMIDT, JAMES. *Princípios Gerais do Processo Penal*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Lider, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: IELF, 2005.

GOMES, Luis Flávio e CERVINI, Raúl. *Interceptação telefônica: Lei 9.296, de 24.07.96*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei Nº 9.296, de 24 de julho de 1996*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal*. (fundamentos da instrumentalidade garantista). 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

_____*Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Volume I. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

_____*Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 7. ed. Volume II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PARIZATTO, João Roberto. *Comentários à Lei Nº 9.296, de 24-07-96*. Interceptações de comunicações telefônicas. São Paulo: editora de direito, 1996.

RANGEL, Ricardo Melchior de Barros. *A prova ilícita e a interceptação telefônica no direito processual penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, César Dario Mariano da. *Provas Ilícitas*. Princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e sigilo. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

_____*Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.