

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**UMA VISÃO PANORÂMICA DA INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ
NO PROCESSO PENAL**

Cristiani Monteiro Luchesi

Presidente Prudente/SP

2010

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**UMA VISÃO PANORÂMICA DA INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ
NO PROCESSO PENAL**

Cristiani Monteiro Luchesi

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP

2010

UMA VISÃO PANORÂMICA DA INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como
requisito parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito

RODRIGO LEMOS ARTEIRO

Orientador

JURANDIR DA SILVA SANTOS

Examinador

DEYVISON HEBERTH DOS REIS

Examinador

Presidente Prudente/SP, 21 de outubro de 2010

AGRADECIMENTOS

“Em tempos em que quase ninguém se olha nos olhos, em que a maioria das pessoas pouco se interessa pelo que não lhe diz respeito, só mesmo agradecendo àqueles que percebem nossas descrenças, indecisões, suspeitas, tudo o que nos paralisa, e gastam um pouco da sua energia conosco, insistindo”.

Difícil é dizer obrigada quando há tantos a quem agradecer.

Em uma tentativa modesta de externar meu amor, cito Rui Barbosa: “Se um dia, já feito homem realizado, sentires que a terra cede a teus pés, que tuas obras desmoronam, que não há ninguém a tua volta para te estender a mão, esquece a tua maturidade, passa pela tua mocidade, volta a tua infância e balbucia entre lágrimas e esperanças, as últimas palavras que sempre te restarão na alma: minha mãe, meu pai!”.

Obrigada ao meu irmão, melhor ponte com o meu passado e possivelmente quem me apoiará no futuro.

Obrigada a minha família, a base sólida do meu conhecimento. Agradeço, em especial, às minhas avós, exemplos de que o tempo direciona a sabedoria para coisas realmente importantes. É imensurável a gratidão que sinto por vocês.

Obrigada ao meu amor, pelos anos de companheirismo, dedicação, respeito e lealdade.

Obrigada às minhas amigas por me proporcionarem momentos de distração, afastando-me, ainda que momentaneamente, do peso da responsabilidade.

Obrigada aos brilhantes profissionais que dividiram comigo seus conhecimentos, proporcionando-me a oportunidade de vivenciar a prática do mundo jurídico.

Obrigada meu Deus por ter-me concedido uma família, um namorado, amigos abençoados, iluminados. São eles responsáveis pelos valores que defendo e pelas crenças por que luto. Obrigada, ainda, por ter me dado o dom da fé, pois “a fé é um modo de já possuir aquilo que se espera, é um meio de conhecer realidades que não se vêem” (Hebreus 11; 1).

Eu não recearia muito as más leis se elas fossem aplicadas por bons juizes. Não há texto de lei que não deixe campo à interpretação. A lei é morta. O magistrado vivo. É uma grande vantagem que ele tem sobre ela.

Anatole France

RESUMO

Pretende-se com o presente trabalho científico abordar os principais aspectos acerca da iniciativa instrutória do juiz no processo penal. Para tanto, deve-se analisar, ainda que sucintamente, a evolução histórica do Código de Processo Penal, que foi concebido em pleno regime ditatorial, durante a vigência do Estado Novo, marcado pelo autoritarismo e pela centralização política. Diante deste cenário, nada mais comum que a legislação produzida fosse, da mesma forma que o Estado, rígida. Com o advento da Constituição Federal em 1.988, implementou-se as primeiras noções de Estado Democrático de Direito, afastando-se os arbítrios Estatais da vida dos cidadãos, passando a ser o processo um meio de defesa deste contra aquele (Estado). A inserção desse novo elemento exige um processo penal mais participativo, no qual os sujeitos processuais estejam envolvidos ao manto da cooperação. Nesses termos, entra em cena o papel ativo do magistrado. A passividade judicial é defendida como elemento caracterizador do sistema acusatório. Logo, qualquer atividade atribuída ao juiz na busca por provas afrontaria a opção teoricamente feita pelo Constituinte. Ocorre que, a adoção de um ou outro sistema processual nada tem a ver com a iniciativa instrutória do magistrado. Outrossim, a concepção publicista do processo e o reconhecimento de sua função social exige do julgador que ele adote uma postura ativa, estimulando o contraditório e tornando sua atividade efetiva e concreta. Ademais, considerando o alto nível dos interesses em jogo no processo penal, não pode o magistrado contentar-se com uma atuação deficiente das partes, devendo atuar contundentemente na busca pelo melhor acerto fático, na sua tentativa de reconstrução do fato criminoso. Sua tarefa, todavia, é permeada por barreiras limitadoras que, respeitadas, resguardarão a tão invocada imparcialidade inerente a sua função. Abordando, então, elementos basilares que compõem o tema, pretender-se-á assumir uma postura direcionada à defesa da atuação judicial no processo, elevando o magistrado a parte precípua e fundamental para o bom funcionamento da engrenagem processual.

Palavras-chave: Exposição de motivos do Código de Processo Penal. Sistemas processuais. Ativismo judicial.

ABSTRACT

This scientific project aims to discuss the main aspects of the instructive initiative of the magistrate in criminal process. To do that, we must analyze, even briefly, the historical evolution of the Code of Criminal Process, which was designed in dictatorial regime period, during the New State, scared by authoritarianism and political centralization. Before this scenario, in the same way of the State, was produced a rigid legislation. With the advent of the Federal Constitution in 1988, it was implemented the first notions of the Democratic State Law, what moved away the State's wills of the people's lives, becoming the process a defense tool of the citizens against State. The insertion of this new element requires an effective participatory criminal process, in which the procedural subjects have been covered by the mantle of cooperation. In these terms, appears the active function of the magistrate. The judicial passivity is defended as characterizer element of the accusatory system. Therefore, any activity assigned to the judge to look for evidence would affront the option theoretically made by the Constituent. It happens that, the adoption of one or other procedural system has no link to the instructive initiative of the magistrate. Furthermore, the publicist idea of the process and the recognition of its social function require that the magistrate adopts an active attitude, stimulating the contradictory and making his activity be effective and concrete. Moreover, due to the high level of interests in criminal process, the magistrate cannot be satisfied with a poor performance of the parties, but he must act forcefully to find the best factual sentence in his attempt to rebuild a criminal act. His task, however, is circumvented of obstacles that, if respected, will safeguard his impartiality function. Thus, discussing basic elements about this subject, an act targeted to the judicial defense process will be assumed, raising the magistrate to the fundamental and essential part to contribute to the procedural action.

Key-words: Explanatory Memorandum about the Code of Criminal Process. Procedural Systems. Judicial Activism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
2.1 Exposições de Motivos do Código de Processo Penal	12
2.1.1 Primeiras Considerações Acerca do Projeto Inicial	12
2.1.2 O CPP e sua inserção histórica: a cultura centralizadora	14
2.2 O Código de 1941 Frente à Nova Constituição	22
3 SISTEMAS PROCESSUAIS	25
3.1 Classificação Tradicional	27
3.2 Sistema Acusatório	29
3.3 Sistema Inquisitivo	33
3.4 Sistema Misto	36
3.5 Breve Conclusão Acerca dos Tipos de Sistemas Processuais	38
3.6 O Modelo de Processo Adotado no Brasil	40
4 EM DEFESA DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ	44
4.1 O Estado como Detentor do Poder de Punir	44
4.2 A importância do Juiz na Representação do Poder do Estado	46
4.3 Desconstituindo os Argumentos Desfavoráveis, Inclusive os Amparados no Direito Comparado	52
4.3.1 <i>Adversarial system</i>	65
4.3.1.2 <i>Adversarial System, Inquisitorial System</i> e o sistema acusatório	67
4.4 Desconstituindo os argumentos desfavoráveis amparados no Direito Pátrio	70
4.4.1 Devido processo legal	71
4.4.2 O juiz natural e a garantia de independência	72
4.4.3 O mito da neutralidade do magistrado e sua garantia de imparcialidade	74
4.4.4 Ônus probatório e o dever de motivar	79
4.4.5 A afirmação do princípio publicístico	82
4.4.6 O mito da verdade real	83
4.5 Comparação com o Processo Civil	89
4.6 O art. 156 do Código de Processo Penal	91

4.7 Considerações Finais Acerca do Tema	95
5 CONCLUSÃO	105
6 BIBLIOGRAFIA	113

1 INTRODUÇÃO

Para que se possa compreender o porquê do caráter inquisitivo de certas normas processuais penais, é preciso conhecer a gênese do Código de Processo Penal. É necessário, ainda que superficialmente, abordar os aspectos do sistema político da época (1.941). Isso porque as conseqüências do fracasso do Estado é sentido, veementemente, na seara processual, mesmo porque política e leis são realidades interdependentes, que não se dissociam, afinal as normas são criadas para atender anseios da sociedade, sendo que esta, por sua vez, sofre as influências do sistema político ao qual está inserida.

A oxigenação política, a reformulação da concepção do Estado e do seu papel perante a sociedade, propiciou uma atmosfera permeada pela conscientização da necessidade de reformulação dos arcaicos modelos de ordenação processual penal. A máxima desse ideal está representada pelo Código de Processo Penal para toda Ibero-América, marco supranacional do reconhecimento da necessidade de implementação urgente de um sistema processual de índole acusatória, em substituição àquele de fórmula predominantemente inquisitória, renitente em vários países do continente.

No Brasil não tem sido diferente. A curiosidade e a influência anglo-saxã têm sido crescentes. Seus reflexos são sentidos nas recentes alterações processuais. Todavia, uma globalização jurídica exige cautelas redobradas. É preciso, primeiro, realizar um estudo acurado acerca daquilo que se pretende importar e, num segundo, analisar a compatibilização entre “o enxerto pretendido e a compleição do organismo que vai acolher” (ZILLI, 2003, p. 25).

Lamentavelmente, tais cautelas não têm sido tomadas, o que tem conferido margem para equívocos, principalmente na obtenção de conclusões distorcidas, razão pela qual não é raro assinalar que a iniciativa instrutória do juiz repousaria na distinção entre os sistemas acusatório e inquisitório. Contudo, trata-se de confusão largamente difundida entre os termos processo *acusatório* e *inquisitório*

de um lado, e processo *inquisitorial* e “*adversarial*”, de outro, os quais, erroneamente, são tratados como se expressões equivalentes fossem, hábeis a ponto de gerar classificações fundadas na existência ou não de uma iniciativa instrutória do juiz no processo penal.

De certa forma, há um consenso doutrinário de que, no modelo acusatório, as funções de acusar, defender e julgar estariam atribuídas a órgãos distintos, enquanto no inquisitório, seriam reunidas na figura de um único órgão, qualificado de inquisitor. Admitindo-se tais premissas como verdadeiras, não haveria qualquer incompatibilidade no estabelecimento de poderes instrutórios do juiz em uma forma penal que se adequasse ao acusatório, desde que as atividades de acusar, defender e julgar permanecessem em mãos distintas.

Ocorre que, no sistema *adversarial* (comum nos ordenamentos anglo-saxônicos e por eles influenciados) fica a cargo das partes, verdadeiros adversários (daí a origem do termo), a responsabilidade pelo impulso da marcha processual, dentre a qual estaria incluída a produção e apresentação de prova. Diferentemente, no sistema inquisitorial, próprio dos ordenamentos da Europa Continental, tal atuação recai, preferencialmente, sobre o juiz.

Com efeito, a compreensão equivocada dessas premissas implica na conclusão de que a iniciativa instrutória do juiz é incompatível como o sistema processual penal acusatório, o que reflete grave confusão entre esse termo e a expressão “*adversarial*”. Na verdade, “um sistema acusatório pode adotar o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*, porquanto, “*acusatório-inquisitório* e *adversarial-inquisitorial* são categorias diversas” (GRINOVER, s/a, s/p).

Na Inglaterra e Estados Unidos, por exemplo, muito se tem debatido acerca do maior envolvimento do juiz no curso da marcha processual. Tem-se cedido espaço para uma abordagem mais criteriosa a ponto de serem preconizadas reformas tendentes a assegurar uma participação mais efetiva do juiz no processo, inclusive quando da produção e apresentação de provas, com uma conseqüente diminuição da esfera de atuação das partes processuais parciais.

Esse intercâmbio jurídico está revelando, ainda, uma nova concepção de processo civil. Este, sempre prestigioso da prevalência da atuação dos sujeitos

parciais, vem assimilando, gradativamente, uma ativa postura judicial. O juiz passou integrar o roteiro processual civil de forma mais efetiva, não só o dirigindo, mas também compartilhando papéis, não se prestando, de qualquer modo, à postura de um espectador estático.

É certo que, ainda com mais veemência, no processo penal, a conjuntura histórico-política não mais admite qualquer espaço para um juiz hipertrofiado. Embora não seja mais sustentável a idéia de um juiz inquisitor, certamente exagerada é qualquer assertiva no sentido de suprimir deste todo o poder diretivo de instrução. Não há, pois, mais cabimento para a visualização de um juiz refém dos sujeitos parciais nem no processo civil e, com mais razão, no processo penal. Ora, um processo penal á luz de uma concepção publicista deve ser efetivo. Seus fins confundem-se com os fins do próprio Estado. Assim, se, de um lado, assegura “a liberdade jurídica do indivíduo, membro da comunhão social”, de outro resguarda “a sociedade contra atos tidos como infrações penais e praticados por [esse indivíduo] em detrimento de sua estrutura” (ZILLI, 2003, p. 32). A sua efetividade guarda, portanto, íntima relação com a aptidão de produzir um resultado que se aproxime, o mais possível, do que prescreve o direito material.

São estes, dentre tantos outros, os motivos que tornam a temática atual e fascinante. O seu tratamento, contudo, está centralizado no processo penal brasileiro, o que não impediu o estudo de normas e princípios peculiares a sistemas estrangeiros, sobretudo aqueles que se adéquam ao rótulo “adversarial”. É por isso que o exame sistemático e histórico realizado, longe de ser exaustivo, serviu de base para uma compreensão dos fatores que conduziram à fixação de modelos processuais penais díspares, ao menos no que concerne o envolvimento do juiz na marcha instrutória. A partir de então, a iniciativa instrutória passa a ser examinada, tomando-se como premissa, um Estado Democrático de Direito, respeitador, dentre outras, da regra do devido processo penal. Afinal, se vários são os fundamentos para a estruturação de uma iniciativa instrutória, não menos relevantes serão suas regras orientadoras e limitadoras.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Antes de efetivamente abordar o tema, passo a analisar brevemente a evolução dos elementos que auxiliaram na modernização e na concepção de Direito tal como se tem hoje. Para tanto, imprescindível que se faça um apanhado histórico dos principais organismos responsáveis pela concepção que se de deve ter atualmente, considerando os poderes instrutórios do juiz.

2.1 Exposições de Motivos do Código de Processo Penal

O texto expõe e esclarece os porquês das escolhas jurídicas estabelecidas na lei processual e, inclusive, ressalta que a exposição de motivos pode, em muitos casos, conceder critérios de interpretação do Código de Processo Penal de 1941 vigente até os dias atuais.

2.1.1 Primeiras considerações acerca do projeto inicial

Francisco Campos, Ministro da Justiça e Negócios Interiores, em 08 de setembro de 1941 apresentou ao então Presidente do Brasil Getúlio Vargas o projeto do Código de Processo Penal do Brasil. Em 03 de outubro do mesmo ano, na vigência do Estado Novo, regime ditatorial comandado por Getúlio, o projeto converteu-se no decreto-lei 3.689 que institui o Código de Processo Penal Brasileiro.

Em seus esclarecimentos iniciais, o Ministro ressaltou que sua intenção era de que a elaboração de um Código único referente ao Processo Penal não se

sujeitasse à reforma prevista para o Código Penal de 1890, que parecia estar condicionada à procrastinação. Isso porque era preciso atender a um ditame constitucional, sendo certo que sua execução não deveria, nas palavras do sobredito jurista, “ser indefinidamente retardada” (Código de Processo Penal. Exposição de Motivos).

Deste modo, buscando prestigiar o disposto na Carta Maior de 1937, foi elaborado um projeto do Código de Processo Penal, de acordo com as normas de Direito Material até então vigentes. Ocorre que, assim que concluído o projeto processual, superando expectativas, foi apresentado por Alcântara Machado um anteprojeto de Código Penal, o que, por óbvio, prejudicou a aprovação do projeto do Código de Processo Penal, vez que o Instituto Processual havia sido idealizado de acordo com as Leis de Direito Material, agora já retrógradas. Assim, Alcântara Machado desencadeou a missão de alterar totalmente o plano traçado em relação ao futuro Código de Processo Penal Brasileiro, até então congruente com “antigo” Código Penal.

A alteração do projeto foi extremamente necessária, pois, considerando a remodelação da anacrônica lei penal material, não era recomendável “que se convertesse em lei o projeto acima aludido, pois estaria condenado a uma existência efêmera” (Código de Processo Penal. Exposição de Motivos).

Uma vez promulgado o novo Código Penal, empenhou-se na elaboração de um novo projeto de Código de Processo Penal, o qual resultou de um minucioso processo de ajustamento e revisionismo do projeto anterior. Prestigiando a importância da sociedade ser regida por um conjunto de regras harmônico, Fernando Campos, com invejável sabedoria, ao finalizar o novo projeto, enalteceu:

Se for convertido em lei, não estará apenas regulada a atuação da justiça penal em correspondência com o referido novo Código Penal e com a Lei de Contravenções (cujo projeto, nesta data, apresento igualmente à apreciação de Vossa Excelência): estará, no mesmo passo, finalmente realizada a homogeneidade do direito judiciário penal no Brasil, segundo reclamava, de há muito, o interesse da boa administração da justiça, aliado ao próprio interesse da unidade nacional.

Deste modo, passaremos a analisar pormenorizadamente sob quais preceitos foi edificado o Código de Processo Penal. Importante, para tanto, destacar quais as necessidades pretendia o Código de Processo Penal atender. Para tanto, é preciso situar seu momento histórico.

2.1.2 O CPP e sua inserção histórica: a cultura centralizadora

A centralização do poder no Brasil é bem peculiar. De início, tem-se o poder concentrado exclusivamente nas Metrôpoles. Para Caio Prado Junior (1942, p. 345):

A estrutura colonial estabelecida pela Metrôpole acabou inviabilizando a possibilidade de o país, após a independência, estabelecer um poder que adviesse da iniciativa popular, justamente pela ausência de qualquer experiência nesse sentido, razão pela qual a formação do Estado pós independência acabou sendo, também centralizadora, em reprodução, desprovida de autenticidade da monarquia portuguesa.

Em um segundo momento, passa pelo período imperial. Durante o império a máxima do poder encontrava-se focada na pessoa do monarca. É certo que, no plano processual penal, com o advento do Código de 1832, o período imperial representou um avanço se comparado com o período anterior regido pelas Ordenações. Essa consideração é feita por João Camilo de Oliveira Tôrres (1973. p. 249-250) que nos ensina:

O Código de 1832 levou a cabo uma das mais completas transformações institucionais no Brasil. Saímos, de um salto, do centralismo e do rigorismo da justiça absolutista dos tribunais régios que aplicavam as 'Ordenações' para um sistema que entregava a aplicação da justiça às câmaras municipais e ao povo diretamente. Na prática, infelizmente, essa iniciativa tão liberal viria degenerar, fazendo da justiça instrumento das facções em luta. E isto numa época de crise do princípio de autoridade como durante a regência.

Após essa fase frustrada na tentativa de se conferir iniciativa liberal à solução de conflitos, chega-se aos primeiros passos da República.

Há de se observar que o Brasil sempre foi marcado pela centralização do poder. O Estado sempre esteve à frente do poder, manejando-o isoladamente, a fim de confirmar sua superioridade. Durante a história, houve sim a tentativa de se conceder poder ao povo, contudo, lamentavelmente, esse experimento mostrou-se insuficiente, a ponto de se enraizar uma cultura monárquica, fazendo-se crer que somente o Estado tem competência para gerir o 'poder'.

Logo, inegável que esse veemente acerbo da centralização de poder conduziu a um nítido autoritarismo, característica marcante na vida política brasileira até boa parte do século XX. É difícil conferir ao termo 'autoritarismo' uma única definição. Ao menos, deveria ser empregado em três contextos: "como estrutura dos sistemas políticos, como disposição psicológica do poder e como ideologia política" (FAUSTO, Boris, 2003, p.357)

A definição de 'autoritarismo', para o fim aqui pretendido, pode ser dada considerando a sua inter-relação com os sistemas políticos. Assim, para Boris (2003, p. 360):

[...] são chamados de autoritários os regimes que privilegiam a autoridade governamental e diminuem de forma mais ou menos radical o consenso, concentrando o poder político nas mãos de uma só pessoa ou de um só órgão e colocando em posição secundária as instituições representativas.

Conforme se afere, podemos dizer que o padrão autoritário é uma marca da cultura política do país. Até mesmo os ditos liberais contribuíram para sua disseminação, vez que: "temiam as reformas sociais e aceitavam, ou até mesmo incentivavam, a interrupção do jogo democrático toda a vez que ele parecesse ameaçado pelas forças subversivas" (FAUSTO, Boris, 2003, p.361).

Na década de 30, o autoritarismo ganhou força com o estabelecimento de um pensamento tipicamente abusivo, o qual apregoava ao Estado "promover dentro da ordem o desenvolvimento econômico e o bem estar geral" (FAUSTO,

Boris, 2003, p.361). Seria uma idéia até compatível se, nessa época, o país não se encontrasse totalmente desarticulado, em crise. Nessa busca do bem estar geral, o Estado avocaria para a si a responsabilidade de solucionar os litígios sociais, às lutas entre partidos políticos, os excessos de liberdade de expressão que só serviam para fazer o país perder suas forças.

É perfeitamente natural que, diante desse cenário de insuficiência Estatal perante a sociedade, sintam-se, na seara jurídica, as conseqüências do fracasso do Estado, mesmo porque não é possível dissociar política da criação de leis, afinal as normas são criadas para atender anseios emanados do povo, que sente a influência da situação política em todos os aspectos.

No campo processual penal, essa centralização política é ainda sentida com mais intensidade. Nos comentários de José Henrique Pierangelli (2006, p. 167):

Assim é que, nos anos 30, a idéia de unificação da legislação processual ganhou força a ponto de assumir contorno de mandamento pela Constituição de 1934, do qual o projeto a cargo de Vicente Raó foi o maior exemplo. Embora o projeto tenha sido inviabilizado por conjunturas políticas decorrentes do golpe que culminou com o Estado Novo, a centralização processual manteve-se, não só pela Constituição de 1937, mas também pelas legislações processuais que se seguiram, até a promulgação do Código de Processo Penal em 1941, representativo do clímax desse movimento centralista.

Pode-se perceber que o Código de Processo Penal surgiu em meio a esse contexto, marcado pela crescente centralização política e pela prevalência dos ideais autoritários, afinal foi um produto concebido pelo Estado Novo. Há de se acrescentar, ainda, que o CPP ganhou contornos adotados pela justiça Italiana.

Deste modo, inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930 (*Codice di procedura penale*), em pleno regime fascista, o CPP foi pensado e estruturado em bases que, por óbvio, refletem autoritarismo, em decorrência de sua gênese.

O Código de Processo Penal Italiano promulgado na década de 30, conhecido como *Codice Rocco*, nome do Ministro da Justiça à época, e concretizado, praticamente, por ser único redator, o penalista Manzini, influenciou,

demasiadamente, a doutrina processual brasileira. Aliás, essa influência é explicitada de forma cabal quando o próprio redator Fernando Campos, ao elencar a exposição de motivos do CPP, faz referência a “última reforma do processo penal na Itália” dirigindo-se às observações feitas pelo Ministro Rocco.

O objetivo primordial almejado pelo jurista Fernando Campos era garantir maior efetividade ao poder repressor do Estado contra aqueles que delinqüem. Para ele, o excesso de garantias individuais, estimula, ainda que indiretamente, à expansão da criminalidade, vez que reprime o poder de atuação e repressão do Estado. Refletindo esse pensamento, assim exclamou:

Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse individual sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este é o critério que presidiu à elaboração do presente projeto.

Como se observa, a elaboração da legislação processual brasileira fincou-se em combater um favorecimento legal aos criminosos. Preocupou-se com a necessidade de uma rigorosa e diligente aplicação da justiça penal. Refletindo esse pensamento, talvez uma das mais importantes características do projeto é a de que o seu princípio fundamental e regedor era o da *presunção de culpabilidade*. Para Eugênio Pacelli (2009, p. 2): “o fato da existência de uma acusação implicava juízo de antecipação de culpa, presunção de culpa, portanto, já que ninguém acusa quem é inocente!”.

O acusado deveria ser tratado como futuro culpado, sobretudo quando tivesse sido detido em flagrante. Outrossim, a preocupação com a predominância da tutela da segurança pública em detrimento à liberdade individual prevaleceu, pois, nas palavras de Rocco: “Já se foi o tempo em que a alvoroçada coligação de alguns poucos interessados podia frustrar as mais acertadas e urgentes reformas legislativas”. (Código de Processo Penal. Exposição de Motivos). O mito da *verdade*

real é estabelecido e com ele vem a ampliação da liberdade de iniciativa probatória do juiz.

Contudo, importante salientar que, ao mesmo tempo em que o consagra o poder repressor do Estado contra aqueles que transgridem o limite da lei, o Código de Processo Penal também se preocupou com princípios constitucionais até então inexistentes (década de 40). É certo que o presente projeto pretendeu fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na função repressiva. Todavia, por outro lado, procurou assegurar, com maior eficiência, a defesa dos acusados. Deste modo, enalteceu Campos: “Ao invés de uma simples faculdade outorgada a estes e sob a condição de sua presença em juízo, a defesa passa a ser, em qualquer caso, uma inclinável injunção legal, antes, durante e depois da instrução criminal” (Código de Processo Penal. Exposição de Motivos).

Consagrando direitos até então desrespeitados e mitigados pela legislação anterior, o Código de Processo Penal, bem antes da obrigatoriedade da existência de um devido processo legal, deixou clara sua intenção de não compactuar com a insídia de uma acusação sem a correspondência da defesa.

No capítulo destinado às provas, o Ministro Fernando Campos também expõe que o projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da *certeza legal*, atribuindo ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares, durante a instrução e antes da sentença, quando entender pertinente para melhor elucidação dos fatos. Enaltece, ainda, que não haverá hierarquia entre as provas, isto é, o juiz, na livre apreciação destas, atribuirá o valor que entender adequado à casuística, desde que sua convicção esteja protegida pela honestidade e legalidade. Esclarece que todas as provas são relativas, não tendo, nem mesmo a confissão, valor decisivo ou necessariamente mais prestígio que a outra.

Indicando, também, como deve o juiz penal se comportar diante dos fatos apurados no processo, expõe:

Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência.

Entretanto, elucida que o juiz está livre tão somente de *preconceitos legais* na aferição das provas, mas não pode abster-se de fundamentar a sua sentença, nela explicando o porquê de ter atribuído determinado valor àquela prova, deixando, claro, pois, que o *livre convencimento motivado* não é mero capricho de opinião do aplicador do Direito.

Refletindo sobre o ponto alto do presente trabalho científico, o relator do projeto, conferindo ao juiz as funções que lhe são inerentes pelo próprio *status* que ocupa dentro do processo penal, explicita:

Por outro lado, o juiz deixará de ser um espectador inerte na produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para indagação desta, não estará sujeito à *preclusões*. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro réu* ou o *non liquet*.

Ainda mostrando grande espírito inovador, retira do interrogatório do réu o caráter de simples tentativa de persuadir o magistrado, induzindo-o em erro. Condena as perguntas pré determinadas, muitas vezes sacramentais, a que o acusado dá respostas prontas, consagrando o interrogatório como “*uma franca oportunidade de obtenção de prova*”. Deste modo, coloca: “É facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade”. Ainda esclarece que o silêncio do réu não necessariamente implica em confissão, isto é, o direito de permanecer calado e não fornecer sua versão sobre os fatos não prejudicará o acusado, porém, se resolver dizer, em de face de outros indícios de provas, poderá influenciar fortemente à convicção do juiz.

Concluindo seu pensamento e sintetizando os critérios que o levaram pensar o processo penal daquela forma, Fernando Campos (BRASIL, Código de Processo Penal), referindo-se ao verdadeiro Espírito do Código de Processo Penal, esclareceu:

Do que vem a ser ressaltado, e de vários outros critérios adotados pelo projeto, se evidencia que este se norteou no sentido de obter equilíbrio entre o interesse social e o da defesa individual, entre o direito do Estado à punição dos criminosos e o direito do indivíduo às garantias e segurança de sua liberdade. Se ele não transige com as sistemáticas restrições ao poder público, não o inspira, entretanto, o espírito de um incondicional autoritarismo do Estado ou de uma sistemática prevenção contra os direitos e garantias individuais.

Para Eduardo Espínola Filho (2000, p. 1):

Apresentando o novo Código à aprovação do Presidente Getúlio Vargas, o Min. Francisco Campos, numa muito bem traçada exposição de motivos, salientou o que estava na consciência, não só do mundo jurídico nacional, mas também era sentido por todos os brasileiros: a necessidade imperiosa da substituição do direito processual, multiforme, vigente no Distrito Federal e nos vinte e um Estados, por um Código nacional, capaz de assegurar de forma mais eficiente, pela rapidez e pela energia, o trabalho de apuração séria e precisa dos crimes e de punição dos responsáveis por tais infrações.

Conforme se denota, o Código de 1941 teve por intenção original adotar premissas inerentes a um sistema acusatório. Aliás, é o que nos esclarece Zilli (2003, p. 174).

Mas, se por um lado, a intenção foi de traduzir, no plano processual penal, a supremacia e o fortalecimento da figura do Estado como o único responsável pela condução ao bem-estar-social, por outro, fez o legislador processual penal aceno expresso à adoção de um sistema acusatório refletido no desejo de “completa separação entre juiz e órgão da acusação”, cabendo exclusivamente “a este a iniciativa da ação penal”.

É certo que o Código, em que pese sua tentativa de amoldar-se a um sistema acusatório, manteve ranços inquisitoriais. Há de se admitir que o tão prestigiado sistema acusatório acabou cedendo espaço as influências autoritárias do Estado Novo, “em um nítido exemplo de que as intenções volatizam-se em meios às ações humanas” (ZILLI, 2003, p.174).

O próprio Ministro Fernando Campos, anos mais tarde, no dia 03 de março de 1945, em entrevista concedida ao Correio da Manhã do Rio de Janeiro

tentou desassociar dos textos produzidos durante o Estado Novo as idéias de autoritarismo que, à sua concepção, foram instituídas por ação e omissão do então Presidente Getúlio Vargas.

Portanto, há se considerar e de se não esquecer que o projeto do nosso Código sofreu forte influência de um ordenamento ramificado em um regime fascista e autoritário. Ora, como bem nos ensina Marcos Alexandre (2003, p. 175-176):

[...] resta indubitável ter o Estado Novo configurado um exemplo genuíno de um Estado de implementação política. De fato, foi estruturado sob o pretexto de viabilizar políticas por ele consideradas essenciais para atingir o que ele próprio desenhara como bem-estar social. E, em face de tal contexto, natural seria que a legislação processual penal estabelecida seguisse tal cartilha, razão pela qual seus elaboradores delinearão um processo penal aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equivoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.

O processo penal reflete o poder de punir do Estado contra aqueles que delinqüem. Deste modo, acaba por se tornar a expressão natural da modelagem assumida pelo Estado. Por esta razão é que o processo penal, como criação do Estado Novo, não poderia, nas palavras do sobredito autor:

Compatibilizar-se com uma estrutura fundada na plena autonomia dos sujeitos parciais sobre a marcha processual, o que certamente conduziria as soluções indesejadas e não adequadas à vontade de se assegurar maior efetividade na concretização do poder punitivo.

Assim, podemos afirmar: austera a política à frente do país, austero seria o processo penal, isto é, se a concessão de poder era nociva aos ditames perpetrados por um Estado Rígido, por óbvio que um processo penal sistematizado na cooperação mútua entre suas partes integrantes seria indesejável.

Portanto, a partir da identificação de suas premissas, deverão ser analisados quais de seus dispositivos encontram-se ainda em vigência, diante da nova ordem constitucional subsequente (Constituição Federal de 1988).

2.2 O Código de 1.941 frente à Nova Ordem Constitucional

Em 05 de outubro de 1.988 foi promulgada a nova Constituição Federal, denominada pelos pensadores de “Constituição Cidadã”. Foi um importante marco da vida política brasileira, em especial, porque o texto constitucional foi direcionado à “efetiva concretização dos direitos fundamentais e sua universalização, sem distinção de qualquer natureza!” (Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988, 2009, p. apresentação; ix).

Sabe-se que quando é instituída uma nova ordem constitucional no país, é necessário reformular, repensar, restabelecer critérios de interpretação para a legislação infraconstitucional já vigente, refletindo, pois, acerca da aplicação das normas inferiores. Isso porque a doutrina passou a desenvolver, a partir no início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, o chamado “*neoconstitucionalismo*”, que visa garantir e buscar a eficiência da Constituição, para que Ela deixe de ser um estado ideal com caráter meramente retórico e passe a atuar de forma mais efetiva, possibilitando, então, a concretização dos direitos individuais.

Para tanto, é preciso que a diferença entre norma constitucional e norma infraconstitucional deixe de residir apenas quanto ao grau de hierarquia. Uma necessita se estancar da outra pelo seu valor. A hierarquia entre as normas, portanto, não deve ser meramente formal, mas axiológica, isto é, as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir da Constituição, que deve ser, desta forma, ser um filtro axiológico, um filtro de valores. A Carta Maior do Estado deve ser o centro de todo o sistema, marcada por uma intensa carga valorativa.

Como ressalta o constitucionalista Pedro Lenza (2009, p. 24):

A lei e, de modo geral, os Poderes Públicos, então, devem não só observar a forma prescrita na Constituição, mas acima de tudo, estar em consonância com o seu espírito, seu caráter axiológico e os seus valores destacados.

A Constituição Cidadã partiu da idéia de que todo Estado deve possuir uma Constituição, sendo que esta deve conter, além de poderes limitadores do Estado, regras que garantam prevalência dos Direitos Fundamentais. Esse ideal nada mais é do que a consagração do Estado Democrático de Direito.

Marcos Alexandre Coelho Zilli (2003, p. 127), ao discorrer sobre o conceito de Estado Democrático de Direito, expõe:

Assim é que, no Estado Democrático de Direito, a idéia de submissão à lei é posta sob nova leitura que procura adaptá-lo à necessidade de realização efetiva da igualdade, não mais restrita à simples obediência formal do mandamento normativo.

Enquanto teoricamente a perspectiva do CPP era autoritária, preocupando-se, ao extremo, com o exercício da repressão Estatal para a garantia da segurança pública, a nova Carta Magna mostrou-se fincada em preceitos opostos.

Inovou, substancialmente, instituindo um sistema protetor das amplas garantias individuais, a começar por reconhecer o tão enaltecido *princípio da inocência*, isto é, ninguém será considerado culpado sem antes o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Logo, colocou como regra em nosso ordenamento a *presunção de inocência*, delimitando, pois, suas exceções.

A nova ordem, então, passou a exigir que o processo fosse muito mais que um mero instrumento de aplicação da lei penal, devendo ser consagrado como um instrumento de garantia do cidadão contra o poder de punir do Estado, sendo, ainda, co-dependente dos direitos individuais.

Diante dessa nova perspectiva de processo, muito dos dispositivos do Código Processualista, bem como seus principais objetivos tornaram-se inoperantes em face dos novos ditames trazidos pela Constituição Cidadã principalmente no âmbito processual. Essa contraposição de valores colocou o juiz, representante do Estado para fazer aplicar a lei penal, em uma situação de extremo desconforto, fazendo-o escolher entre duas alternativas contraditórias e antagônicas entre si.

Diante da consagração da Democracia e dos direitos individuais fundamentais o processo passou a ser visto como um instrumento de defesa do cidadão contra a ação contudente do Estado. Nessa dogmática, o papel do juiz na condução do processo sofreu significativa alteração, tendo em vista o reconhecimento da instrumentalidade do processo, isto é, o processo passa a ser estudado como meio de pacificação social, objetivando alcançar seus escopos metajurídicos.

No processo penal, essa linha de pensamento se volta para um juiz atuante, que deve se equilibrar entre os preceitos do Código de Processo Penal e da Constituição Federal, isto é, entre a atuação da proteção da sociedade e o respeito das garantias individuais e fundamentais do cidadão.

Deste modo, para que seja garantida essa característica do julgador, é preciso que se adéque as modificações processuais penais ao modelo constitucional de processo, aquele que se constitui como meio de garantia dos direitos fundamentais, próprias do paradigma de Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal trouxe um o elemento democrático para compor o Estado de Direito. Essa inserção foi possível porque justamente afastou-se do Estado às opções autoritárias, assegurando-se que: “toda e qualquer política de bem estar-social deva ser produto inafastável de uma escolha participativa” (ZILLI, 2003, p. 176). Deste modo, não há mais sentido em se manter um processo penal engessado naquela estrutura marcada pela atmosfera do Estado Novo, ficando afastada a imagem, a postura genuinamente reativa do Estado, meramente solucionadora de conflitos. Isso porque o Estado Democrático inserido pela Constituição exige um processo penal mais participativo, no qual os sujeitos processuais estejam envolvidos ao manto da cooperação.

Para Zilli (2003, p. 177): “é, pois, justamente neste equilíbrio de posições aparentemente paradoxais que deve se posicionar o novo processo penal delineado em sua estrutura fundamental pelo legislador constitucional”.

Logo, no presente trabalho, pretender-se-á abordar qual o posicionamento mais adequado que o juiz deve assumir no seu papel de condução do processo.

3 SISTEMAS PROCESSUAIS

Conforme afirmado pelo grandioso Pontes de Miranda: “As vezes a mesma expressão tem de ser interpretada de duas ou três maneiras, devido ao assunto que se trata” (PONTES de MIRANDA, 1972, p. 101) – ZILLI PAG. 33. ???

O vocábulo “sistema”, etimologicamente, vem do grego *systema* – estar junto de - , e do latim *systema* – reunião, junção. Significa “o composto, o construído”. De um modo mais restrito e já com roupagem atual, refere-se à noção de “ordem”, “organização”, “modelo”, como bem salienta Ferraz Junior (1976, p. 9).

Com efeito, no âmbito processual penal, é preciso entender que há o gênero *sistema jurídico*, sendo os *sistemas processuais penais* uma de suas espécies ou manifestações. Na concepção de Marcos Alexandre, sistemas processuais penais são, pois, “campos criados a partir do agrupamento de unidades que se interligam em torno de uma premissa” (ZILLI, 2003, p.34). Em verdade, funcionam como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e que lhe conferem forma e características próprias.

Já para Rangel, “sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto” (RANGEL, 2008, p. 57). Nessa mesma esteira, sustenta Geraldo Prado: “sistema processual penal é modelo político-jurídico de resolução dos conflitos de interesses na esfera penal” (PRADO, 1999, p. 26)

No decorrer da história do Direito, verificou-se a existência de, basicamente, três sistemas processuais: o acusatório, inquisitivo e o misto. É certo que cada um desses modelos refletem o momento histórico em que estiveram inseridos. Ostentam, pois, características essenciais que os diferenciam, “visto que traçam os princípios que necessariamente devem ser observados no processo penal que os adota” (MARTINS, s/a, s/p.).

Isso porque os sistemas processuais penais estão formados por vários elementos, contudo, nem todos ostentam o mesmo grau de importância em um determinado sistema jurídico, pois seria inconcebível criar um determinado sistema jurídico sem a presença obrigatória de certos elementos distintos. Dessa afirmação feita por John Austin (AUSTIN, 1989, p. 27) pode-se constatar que os sistemas jurídicos estão formados por duas categorias de elementos, os *fixos* e os *variáveis*, segundo a concepção do Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul, Mauro Fonseca.

Segundo a concepção do referido autor, a primeira categoria de elementos, os fixos, seria a essência do sistema, cuja presença é obrigatória, pois são os verdadeiros responsáveis por sua criação e existência. É o que a doutrina considera como “base axiológica de um determinado sistema jurídico”. É por meio da identificação desses elementos fixos que se diferencia um sistema jurídico de outro. Já a segunda categoria de elementos, os variáveis, se destinaria somente “a permitir a mobilidade e o funcionamento dos sistemas jurídicos, não sendo, portanto, a responsável por sua criação ou existência”. Sua presença não é obrigatória nos sistemas jurídicos, o que nos permite constatar que esses elementos não determinam a existência ou a natureza jurídica de um determinado sistema jurídico (FONSECA, 2008, p. 31).

Para referido autor, somente por meio do estudo das origens e evolução histórica dos sistemas processuais penais é que se consegue diferenciar as características *essenciais* (obrigatórias) das *secundárias* (não obrigatórias). Entretanto, trata-se de uma atividade complexa e extensa, não sendo este o objetivo primordial do presente trabalho. O que se pretende é fixar, sucintamente, que nem todos os elementos pela doutrina arrolados como “essenciais” são absolutamente imprescindíveis para o sistema que descrevem.

Logo, as descrições que comumente encontramos não podem ser encaradas como representações definitivas de cada sistema processual. Em realidade, essas definições constituem *tipos ideais*. Em que pese às notáveis críticas feitas acerca dos *tipos ideais*, já que eles “conduzem à simplificação de situações complexas” (MARTINS, s/a, s/p.), no presente trabalho será exposto, de um modo

geral, os *tipos* de sistemas processuais penais difundidos na doutrina processualista brasileira.

Desta feita, desde que o(s) critério(s) utilizado(s) seja(m) coerente(s), uma classificação entre vários sistemas processuais penais tem o mérito de permitir uma abordagem comparativa, abrindo caminho para um estudo aprofundado acerca das diferentes soluções encontradas para alguns aspectos da persecução penal, bem como as razões históricas, políticas e culturais que motivaram e informaram.

3.1 Classificação Tradicional

A simples referência a sistemas processuais nos conduz a idéia da existência de três corpos distintos nomeados de acusatório, inquisitivo e misto – reformado, napoleônico ou acusatório formal.

Em breve síntese, a doutrina, de um modo geral, descreve o sistema acusatório como sendo formado por juízes impossibilitados de adotar um comportamento mais ativo no processo, existindo, ainda, uma inquebrantável igualdade entre as partes. Seria o sistema adotado no Brasil que tem como características fundamentais: separação entre as funções de acusar, defender e julgar, conferidas a sujeitos distintos. Seus princípios reitores seriam o acusatório, a oralidade, contraditório e ampla defesa e publicidade.

Em relação ao sistema inquisitivo, seria aquele em que concentra na figura do juiz as funções de acusar, defender e julgar, não havendo contraditório ou ampla defesa, onde o procedimento seria escrito e sigiloso, sendo, juntamente com o inquisitivo, esses os seus princípios orientadores. A tortura seria, ainda, o meio comum de busca da verdade.

Já o sistema misto, napoleônico, reformado ou acusatório formal está caracterizado como o sistema em que há uma mistura dos elementos ou princípios formadores nos dois sistemas anteriores. Por tal motivo, seu processo está dividido

em duas partes – investigação e julgamento, onde os elementos do sistema inquisitivo prevaleceriam na primeira fase e os elementos do sistema acusatório prevaleceriam na segunda e última fase. Seria caracterizado por uma investigação preliminar, a cargo da polícia judiciária; instrução preparatória, patrocinada pelo juiz instrutor e julgamento, proferido por este último, contudo, sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Um exame histórico das diferentes faces assumidas pela persecução penal em vários ordenamentos jurídicos é, fundamentalmente, a base desta divisão, afinal, Direito e História são realidades indissociáveis.

Na história do Direito se alternaram as mais duras opressões com as mais amplas liberdades. É natural que, na época em que o Estado viu-se seriamente ameaçado pela criminalidade, o Direito Penal tenha estabelecido penas severas e o processo tivesse que ser também inflexível. Os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são, pois, reflexo da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época. Os sistemas processuais são, então, frutos do período político de cada época. À medida que se aproxima do Estado Democrático de Direito, as garantias constitucionais do acusado são-lhes entregues.

Nessa linha, Aury Lopes explica: “a influência da ideologia vigente ou imposta pelo efetivo exercício do poder se percebe mais à *flor da pele* que nos demais ramos jurídicos”. E ainda completa: “E esse fenômeno é ainda mais notório no processo penal, na medida em que é ele, e não o Direito Penal, que toca no homem real, de carne e osso” (JUNIOR, 2008, p. 55). O Direito Penal não tem realidade concreta fora do processo penal, sendo as regras do processo que realizam diretamente o poder penal do Estado.

O sistema acusatório, em suas maiores ou menores variações, estabeleceu-se, preponderadamente, na República Romana e na Idade Média até o século XIII, com prevalência aqui para o direito germânico; o sistema inquisitivo foi encontrado na Roma Imperial e na Europa, sobretudo continental, durante o século XII até o século XIII. Já o surgimento do sistema misto deveu-se à expansão napoleônica, com a difusão, por toda Europa Continental, dos ideais de um processo penal fundado nas premissas do iluminismo. Na visão de Zilli (2003, p. 37):

Embora fosse a intenção originária dos revolucionários a adoção de um sistema acusatório nos moldes daquele seguido pela Inglaterra, com o tempo, os diplomas legais revolucionários foram sucedidos por outros que mantiveram características próprias do sistema inquisitório, mescladas com outras típicas do acusatório, razão pela qual é este também denominado de sistema inquisitório reformado.

De qualquer modo, deve-se remanescer o sistema inquisitório puro como mera curiosidade histórica. Por outro lado, nos países que adotaram o sistema acusatório, vê-se a influência, cada vez maior, de fatores que lhe têm alterado a fisionomia original. Na Europa continental, por sua vez, disseminou-se, em maior ou menor grau, o sistema misto que, na verdade constituiu uma inserção de aspectos acusatórios em estruturas inquisitoriais.

3.2 Sistema Acusatório

Apesar de o sistema acusatório ter como berço o direito ateniense, é certo que esse sistema não foi o primeiro a vigorar na cidade Grega. Os ensinamentos deixados para nós por Aristóteles nos mostram que a sociedade ateniense estava, nos primórdios, organizada sob uma base oligárquica, onde não havia espaço para nenhum tipo de participação popular. O processo estava organizado sob um modelo inquisitivo, “onde os magistrados eram encarregados de iniciar, instruir e julgar o processo” (FONSECA, 2008, p. 51).

Essa forma de organização judicial e social começou a ser alterada no fim do século V a.C quando o povo, cansado das opressões, rebelou-se contra a oligarquia. Assim, os populares elegeram Solon e exigiram que ele elaborasse uma nova Ordem Constitucional para Atenas. Foi o que Solon fez. Adotou fortes medidas econômicas e concedeu alguns direitos aos povos, contudo, não chegou equiparar esses direitos aos das classes dominantes, que continuaram a se sobreporem.

Nas palavras de Mauro Fonseca: “se concedeu ao povo o direito de apelar a um tribunal popular contra as decisões dos magistrados, e o livre acesso á justiça, seja por parte do prejudicado, seja por um terceiro, através de ação popular”. Foi a partir desse momento que o sistema acusatório começou a dar seus primeiros passos.

O sistema acusatório, então, desenvolveu-se referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador. Houve, ainda que tolhida, participação popular. Vigorava o sistema de ação popular para os delitos graves, sendo que diante da seriedade, qualquer um do povo podia acusar; e o sistema da acusação privada para os delitos menos graves, em harmonia com os princípios do Direito Civil.

Já o processo penal romano sofreu, ao longo do tempo, diversas idas e vindas entre os sistemas acusatório e inquisitivo, fenômeno considerado absolutamente normal, haja vista que Roma passou por três sistemas políticos distintos: o monárquico, o republicano e o imperial. O que é interessante é a normalidade com que se deu a transição entre referidos sistemas, pois não houve grandes revoluções que motivaram a mudança de um para outro. O sistema processual do regime anterior teve perfeita penetração no regime que o sucedeu.

No Direito Romano da Alta República, surgem duas formas de processo penal: *cognitio* e *accusatio*. Seguindo os ensinamentos de Aury Lopes Junior (2008, p. 54):

A *cognitio* era encomendada aos órgãos do Estado – Magistrados. Outorgava os maiores poderes ao Magistrado, podendo este esclarecer os fatos na forma que entendesse melhor. Era possível um recurso de anulação (*provocatio*) ao povo, sempre que o condenado fosse cidadão e varão. Nesse caso, o Magistrado deveria apresentar ao povo os elementos necessários para a nova decisão. Nos últimos séculos da República, esse procedimento começou a ser considerado como insuficiente, escasso de garantias, especialmente para as mulheres e para os que não era cidadãos (pois não podiam utilizar o recurso de anulação) e acabou sendo uma poderosa arma política nas mãos do Magistrado.

Na *accusatio* a acusação era proposta e assumida, espontaneamente, por um cidadão do povo. Surgiu no último século da República e marcou uma

profunda inovação no Direito Processual romano. Com efeito, tratando-se de *delicta publica*, a persecução e o exercício da ação penal eram destinadas a um órgão distinto do juiz, órgão este não pertencente ao Estado. Tratava-se de uma instituição composta por representantes voluntários da coletividade (*accusador*).

Como principais características, cita Aury Lopes (2008, p. 57):

- a) a atuação dos juízes era passiva, no sentido de que ele mantinha afastado da iniciativa e gestão da prova, atividade a cargo das partes;
- b) as atividades de acusar e julgar estão encarregadas a pessoas distintas;
- c) adoção do princípio *ne procedat iudex ex officio*, não se admitindo a denúncia anônima nem processo sem acusador legítimo e idôneo;
- d) estava apenado o delito de denúncia caluniosa, como forma de punir acusações falsas e não se podia proceder contra réu ausente (até porque as penas são corporais);
- e) acusação era por escrito e indicava as provas;
- f) havia contraditório e direito de defesa;
- g) o procedimento era oral;
- h) os julgamentos eram públicos, com os magistrados votando ao final sem deliberar

Todavia, na época do Império o sistema acusatório foi se mostrando insuficiente para a nova necessidade de repressão dos delitos, até mesmo porque acabou por possibilitar inconvenientes de uma persecução inspirada por ânimos e intenções de vingança.

Logo, a insatisfação com sobredito sistema fez com que os juízes invadissem cada vez mais as atribuições dos acusadores privados, originando a reunião, em um mesmo órgão do Estado, das funções de acusar, defender e julgar.

A partir de então, os juízes começaram a proceder de ofício, sem acusação formal, realizando eles próprios a investigação e, posteriormente, proferindo a sentença. Para Aury: “Isto caracterizava o *procedimento extraordinário*, que, ademais, introduziu a tortura no processo penal romano”.

Deste modo, se no período da República predominava a publicidade dos atos orais, isso foi sendo gradativamente substituído pelos processos sigilosos, realizados às portas fechadas, trazendo a baila, novamente, o sistema inquisitivo.

O processo penal canônico, antes marcado pelo acusatório, contribuiu definitivamente para delinear o modelo inquisitório, “mostrando na Inquisição Espanhola sua face mais dura e cruel” (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 58).

Finalmente, no século VIII, a Revolução Francesa e suas novas ideologias e postulados de valorização do homem levaram a um gradual abandono dos traços mais atrozes do sistema inquisitório.

O sistema acusatório contemporâneo (a partir do século XIX) não possui os mesmos elementos em sua caracterização inicial. O passar do tempo trouxe, como consequência, certas adaptações ou correções necessárias que, segundo a doutrina, torna-se convenientes, sem que esse sistema perca, obrigatoriamente, sua configuração como acusatório.

Podemos dizer que apenas dois dos elementos apontados como caracterizadores do sistema acusatório se mantiveram de pé após sua adequação aos dias de hoje. Assim, se de um lado figura o acusador que, no exercício de um poder postulatório, aponta e persegue o provável autor ou participe da infração penal, de outro, figura o acusado, que exerce o direito de defesa, resistindo, processualmente, à acusação. Intermediando esses pólos antagônicos, posiciona-se, de forma imparcial, o juiz detentor do poder decisório.

Deste modo, podemos concluir que a obrigatória separação entre as figuras do acusador e do julgador evidenciada pela necessidade de um acusador distinto do juiz, o que corresponde ao princípio acusatório, e o ajuizamento da ação, determinante da abertura do processo, pelo Ministério Público, são os dois elementos fixos do sistema acusatório.

Portanto, o elemento principal que diferencia o sistema acusatório é a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar. Aliás, expõe Frederico Marques: “O juiz é assim o órgão exclusivamente encarregado da lei penal. Não cabe a ele assumir a titularidade da pretensão punitiva ou do direito de liberdade do réu, pois, com isso, quebraria o equilíbrio que no processo deve existir” (MARQUES, 2001, p. 359).

Os demais elementos que poderão estar presentes nesse sistema variam de acordo com a ideologia do momento histórico em que esse mesmo sistema esteja sendo construído.

3.3 Sistema Inquisitivo

O breve estudo do direito romano em suas épocas nos permitiu observar a estrutura embrionária do sistema inquisitivo. Entretanto, o fato que realmente marcou a consolidação do sistema inquisitório foi a assunção do Cristianismo à condição de religião oficial, ocorrida no ano 325 d.C, durante o Império de Constantino. Com bem salienta Mauro Fonseca (2008, p. 267): “essa foi a razão pela qual, mesmo após a queda do Império Romano, esse sistema processual sobreviveu através do direito canônico, até ser reinserido na Idade Média sob outra significação política”.

O sistema acusatório, em sua pureza, é um modelo histórico. Até o século XII, predominava o sistema acusatório, não existindo processo sem acusador legítimo e idôneo. Essa substituição, basicamente, foi fruto dos defeitos da inatividade das partes, fazendo-se crer que a persecução penal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometeria seriamente a eficácia do combate à delinqüência. Segundo a concepção de Aury Lopes Junior: “era uma função que deveria assumir o Estado e que deveria ser exercida conforme os limites da legalidade. Também representou uma ruptura definitiva entre o processo civil e penal” (LOPES JUNIOR, 2008, p. 61).

A gradual mudança de sistema (acusatório para inquisitivo) começou com a possibilidade de existir um processo judicial, juntamente com o acusatório, de ofício para o caso de flagrante delito. Os poderes do magistrado foram, posteriormente, invadindo cada vez mais a esfera de atribuições reservadas ao

acusador privado, até chegar a reunir, em um mesmo corpo e órgão do Estado, as funções que, hoje, pertencem ao Ministério Público e ao Juiz.

Todavia, a vantagem desse sistema, até então adotado somente pela Igreja, impôs-se de tal modo que foi sendo incorporado por todos os legisladores da época, não só para os delitos de flagrante delito, mas para toda e qualquer espécie de crime. Assim, o sistema inquisitivo mudou a fisionomia do processo radicalmente. Sobre o assunto, ministrou Aury Lopes (2008, p. 61):

O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre juiz-inquisitor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisitor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e do acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte em mero objeto de investigação.

Ainda na lição do sobredito autor:

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

Assim, pode-se observar que o juiz atuava como parte, investigava, dirigia a causa, acusava e julgava. O procedimento era escrito, secreto e não havia qualquer manifestação de contraditório. Com relação à prova, o sistema que vigorava era sistema legal de valoração (prova tarifada). A sentença não produzia coisa julgada e a prisão processual do acusado era a regra.

No transcurso do século XIII foi instituído o *Tribunal da Inquisição* ou *Santo Offício*, destinado a reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou pudesse criar dúvidas acerca dos mandamentos da Igreja Católica. Para compreender a inquisição, é necessária situá-la, considerando o comportamento da Igreja, já que

trata-se de um sistema “fundado na intolerância, derivada da ‘verdade absoluta’ de que a humanidade foi criada na graça de Deus’ (LOPES JUNIOR, 2008, p. 62).

A lógica inquisitorial estava centrada no mito da verdade absoluta e, nessa estrutura, a heresia era o maior perigo, pois atacava diretamente o núcleo do sistema. Isso porque fora dele não havia ‘salvação’. Essa concepção autorizava o “combate a qualquer custo da heresia e do herege, legitimando até mesmo a tortura e a crueldade nela empregada” (LOPES JUNIOR, 2008, p. 62).

Quando o Cristianismo atingiu *status* de religião oficial do império, a questão ganhou cunho político. Nesse contexto, a punição saiu da esfera eclesial e legitimou uma severa repressão. Asseverou Aury Lopes que, a partir de então, o sistema inquisitivo ganhou traços peculiares:

[...] O processo poderia começar mediante uma acusação informal, denúncia (de um particular) ou por meio da investigação geral ou especial levada a cabo pelo inquisitor. Era suficiente um rumor para que a investigação tivesse lugar e com ela seus particulares métodos de averiguação. A prisão era uma regra porque assim o inquisitor tinha à sua disposição o acusado para torturá-lo até obter a confissão. Bastavam dois testemunhos para comprovar o rumor e originar o processo e sustentar a posterior condenação. As divergências entre duas pessoas levavam ao rumor e autorizava a investigação. Uma única testemunha já autorizava a tortura.

O sistema inquisitório predominou até o final do século XVIII, início do XIX, momento em que a Revolução Francesa, os novos postulados de valorização do homem e os movimentos filosóficos que surgiram repercutiram diretamente no processo penal, removendo paulatinamente as notas características da inquisição, surgindo alguns princípios liberais manifestados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26, de agosto, de 1789, entre eles o principio da legalidade e da presunção de inocência. Por essa razão, a reforma processual passou a ser uma das prioridades da Assembléia Constituinte pós-revolucionária. Com essa nova concepção, tem-se a origem do sistema misto.

Convém esclarecer que o processo inquisitório deve ser visto como uma “expressão lógica da teoria do Estado da sua época”, como manifestação do absolutismo que concentrava o poder estatal de maneira indivisível nas mãos do

soberano. A inquisição, portanto, é fruto da sua época, marcada pela intolerância, crueldade e a própria ignorância que dominava. Não deve ser julgada a partir de parâmetros atuais, pois impregnada de toda uma historicidade que não pode ser apagada.

Conforme se viu, a principal característica do sistema inquisitivo é a concentração de funções apenas nas mãos do juiz. Sendo o juiz uma autoridade pública e com “poderes” de investigar, acusar e julgar, por óbvio que se tornou prescindível a presença de um acusador e defensor.

3.4 Sistema Misto

Historicamente, o primeiro ordenamento jurídico que adotou o sistema misto foi o Francês no *Code d’Instruction Criminelle de 1808*. Alguns projetos de reforma foram realizados a partir de 1789, o que resultou, basicamente, na apresentação de duas propostas de reforma do processo penal à Assembléia Constituinte: uma propondo a adoção do sistema acusatório, utilizando, como modelo, o processo romano; e outra de permanência do sistema inquisitivo. Resultado disso foi a publicação dos Decretos que reorganizaram o processo penal Francês da seguinte maneira (FONSECA, 2008, p. 40):

- a) separação de funções entre os poderes; b) os juízes deveriam ser eleitos para um mandato de 06 anos, com possibilidade de reeleição; c) o funcionário do Ministério Público era nomeado pelo rei, de modo vitalício; d) o funcionário do Ministério Público passava a ser chamado de *comissário do rei*, e sua função era basicamente atuar como *custos legis* em âmbito processual penal, somente ajuizando ações em âmbito civil; e) retirada do monopólio acusatório das mãos do Ministério Público, sendo ele transferido para a figura de um acusador popular eleito pelo povo; f) publicidade dos julgamentos civis e criminais; g) implantação do Tribuna do Júri; e h) criação de tribunais de cassação.

De um modo geral e em seus aspectos principais, o modelo processual presente no *Code d'Instruction Criminelle* estava disciplinado da seguinte maneira: o processo estava estruturalmente dividido em duas fases: a primeira era destinada à realização da investigação criminal, e a segunda era destinada ao julgamento propriamente dito. A acusação deveria respeitar determinados requisitos. Somente poderia ser apresentada por um acusador, integrante do Ministério Público Francês. Nesse novo modelo, a acusação continua com o monopólio estatal, mas realizada por meio de um terceiro distinto do juiz.

Houve abandono da prova legal. Por isso se adotou o critério do livre convencimento motivado dos juízes, fazendo com que as decisões definitivas devessem expor seus fundamentos, sob pena de nulidade. A parte derrotada também era condenada a suportar às custas do processo, mesmo quando se tratasse do acusador público.

O *Code* manifesta uma clara preocupação com a celeridade do processo, pois os prazos estabelecidos para a prática dos atos processuais ou manifestação das partes geralmente não eram superiores a três dias. Entretanto, os problemas na fase da instrução – inspirada no sistema inquisitivo e onde verdadeiramente ocorria a investigação do delito – não demoraram a aparecer, pois sua ideologia nitidamente se chocava com os ideais revolucionários. Por isso, começou-se a apontar a necessidade de uma nova reforma no *Code Francês*. Esse movimento reformista culminou na promulgação da *Lei Constans*, que provocou uma completa renovação na fase de investigação (instrução) do processo desenhado por Napoleão Bonaparte.

Abandonou-se o caráter marcadamente inquisitorial da investigação oficial, introduzindo, nessa primeira fase do processo, algumas garantias existentes no sistema acusatório. Entre as novidades existentes, encontramos: o princípio de que o juiz que investiga não pode julgar; o direito ao contraditório; direito a um defensor para o acusador.

Dito isto, sabemos que o sistema misto se caracteriza por existir uma divisão do seu processo em duas fases bem distintas.

A primeira fase do processo se destina à investigação criminal. A intenção do legislador foi a de construí-la mais próxima possível do sistema inquisitivo, para eliminar a impunidade produzida pelo sistema acusatório pós-revolucionário e facilitar o início da resposta Estatal a toda conduta criminosa. Por essa razão, o processo poderia ser inaugurado por *notitia criminis*, delação secreta ou de ofício, para que naquele primeiro momento, o interesse social e a segurança pública fossem preservados. Portanto, no que diz respeito às formas de abertura do processo, o sistema misto se utiliza de um dos elementos fixos do sistema inquisitivo.

Já a segunda fase do processo busca aproximar-se do sistema acusatório, abrindo a fase do julgamento somente a partir da apresentação de uma acusação. Por esse motivo, a presença de um acusador distinto do juiz se torna obrigatória e imprescindível não somente para a abertura da fase de julgamento, mas também para o próprio processo. Logo, no que diz respeito à legitimidade ativa, o sistema misto se utiliza de um dos elementos fixos do sistema acusatório.

Assim, pode-se dizer que a configuração do sistema misto seria construída a partir da soma de um elemento fixo de cada sistema processual (início do processo – sistema inquisitivo e um acusador distinto do juiz – sistema acusatório).

3.5 Breve conclusão acerca dos tipos de sistemas processuais

O sistema acusatório, como se viu, surgiu no direito ateniense, sob o argumento de levar equidade a um processo que somente estava formado pelo acusado e pelo julgador. Para que isso fosse possível, foram limitados os poderes do órgão julgador, transferindo sua legitimidade persecutória a um terceiro sujeito distinto do juiz. Esse sujeito atuaria como acusador e suas funções poderiam ser exercidas pela vítima ou por qualquer cidadão.

Assim, o sistema acusatório se caracteriza por contar com dois elementos fixos: o princípio acusatório (separação estanque de funções) e o fato de que somente o oferecimento da acusação é que permite o início de seu processo. Os demais elementos invocados (publicidade, oralidade, contraditório, entre outros) são elementos variáveis desse sistema, pois alguns dos modelos acusatórios analisados os consideravam prescindíveis ao longo de todo o seu processo ou restringiam sua manifestação em determinadas ocasiões.

Já o sistema inquisitivo é o sistema processual mais antigo dos três conhecidos por nós. Surgiu para manter fora do “perigo” os interesses persecutórios do poder central, ampliando o leque de opções para abertura do processo. O delito era considerado um atentado ao poder central e, por essa razão, em suas primeiras manifestações, concedia-se legitimidade exclusiva ao soberano para perseguir criminalmente. Durante o Império Romano, a Igreja Católica incorporou esse modelo a suas práticas processuais, voltando a utilizá-lo na Idade Média como instrumento para o combate à heresia.

Deste modo, considerando o modelo de análise adotado por Mauro Fonseca, o sistema inquisitivo se mostra formado por dois elementos fixos: princípio inquisitivo e o fato da abertura do seu processo também ocorrer tanto por meio do oferecimento de uma acusação quanto de ofício ou por meio da *notitia criminis*. Do mesmo modo que no sistema anterior, qualquer outro elemento comumente apontado como integrante do sistema inquisitivo (princípio da escritura, oficialidade, segredo) integrará o rol de seus elementos variáveis.

Contudo, em que pese sigiloso, o fato do sistema ter como característica a escrita possibilitou o surgimento da possibilidade de recurso, pois a coleta da prova era feita de maneira transcrita, ficando registrada, ao contrário do sistema acusatório, onde predominava a oralidade. O sistema de valoração de provas era o da tarifação, visando eliminar a arbitrariedade do sistema da “livre convicção íntima”, peculiar do sistema acusatório. Por outro lado, como já evidenciado, “ele desprestigia o direito ao contraditório, ampla defesa, na lógica perversa de que se o acusado é inocente ele não precisa de defensor, se ele é culpado é indigno de defensor” (MARTINS, s/a, s/p.).

Por sua vez, a manifestação mais remota do sistema misto se deu na Inquisição Espanhola, sendo o *Code d'Instruction Criminelle* francês (1808) o grande difusor do sistema misto e não exatamente o seu criador.

O sistema misto apresenta um modelo de processo bifásico e está formado, como bem assevera Fonseca, por dois elementos fixos: o princípio acusatório e o fato de que a abertura do processo se dá sem o oferecimento de uma acusação. Ele adotou um elemento fixo do sistema acusatório e um elemento fixo do sistema inquisitivo, justificando a denominação de misto. Sua investigação criminal tem natureza processual e a acusação é responsável pela abertura da segunda fase do processo. Apontou, assim, uma solução intermediária, mediante a “junção da eficácia inquisitiva na apuração dos delitos e o modelo acusatório, percebido pelos iluministas como mais compatível com a defesa dos direitos humanos” (MARTINS, s/n, s/p.).

3.6 O modelo de processo adotado no Brasil

No âmbito da doutrina brasileira há séria divergência sobre qual sistema é adotado. Todavia, a corrente majoritária se definiu por apregoar que aqui, no Brasil, vigora o sistema acusatório. O argumento mais presente está fundado na titularidade da ação penal concedida ao Ministério Público, consoante art. 129, I, da Constituição Federal¹. Como somente o Ministério Público pode acusar nos crimes de ação penal pública, o texto constitucional tratou de excluir tal possibilidade de qualquer outra pessoa ou autoridade pública, entre elas o juiz. Com isso o processo penal brasileiro teria adotado o sistema acusatório, pois este se ajustaria a uma visão histórica de que esse sistema está centrado na presença de um acusador diferente do juiz e na impossibilidade deste último iniciar a persecução penal.

¹ Art. 129: São funções institucionais do Ministério Público:

Inciso I: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

A essência do sistema acusatório é essa: outorga das funções de acusar e julgar a órgãos distintos. Subsidiariamente, as garantias concedidas ao acusado (art. 5º, da CF), sujeito passivo do processo penal e a adoção do Estado Democrático de Direito (características trazidas pela Constituição Federal de 1988), também contribuíram para definição do sistema acusatório.

Isso porque, a definição de processo penal a ser seguido por um determinado país, de acordo com Gilberto Thums (MAURO FONSECA, P. 453) decorreria “diretamente do sistema político, fundado na Constituição”. Logo, como no Brasil se adotou expressamente o regime democrático, tal regime conduz-nos à opção pelo sistema acusatório, mesmo porque o sobredito sistema está formado por uma série de garantias inerentes a esse sistema (tribunal do Júri, publicidade, contraditório, oralidade, igualdade, entre outras), o que reforça a idéia de que o sistema acusatório é o fomentador de um processo penal democrático.

Dentre os renomados autores que defendem a adoção do sistema acusatório, destacam-se Tourinho Filho, Afrânio Jardim, Geraldo Prado (1999, p. 171), que, sobre o assunto, expõe:

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por um juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do sistema acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não diga expressamente, a Constituição da República adotou-o.

Há, todavia, quem defenda que nosso país não adota um sistema processual acusatório essencialmente puro. Para eles, há sim resquícios do sistema inquisitivo, mas já avançamos muito. Como bem coloca o professor Luiz Flávio Gomes: “não se trata de um modelo acusatório “puro” (até porque o juiz ainda pode determinar, supletivamente, a realização de prova ex officio), mas é inegável que se aproxima do ideal” (GOMES, 1999, p. 182).

Por outro lado, existem doutrinadores, tais como Frederico Marques, Rogério Lauria Tucci e Guilherme de Souza Nucci, que são defensores de que no Brasil vigora o sistema misto. Para tanto, sustenta Nucci (2007, p. 104):

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, como veremos a seguir). Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje.

Para Nucci (2007, p. 104), trata-se de um sistema complicado, já que é resultado de um Código de forte “alma inquisitiva”, iluminado por uma Constituição Federal “imantada de princípios democráticos do sistema acusatório”. Por esta razão conclui:

Seria fugir à realidade pretender aplicar somente a Constituição à prática forense. Juízes, promotores, delegados e advogados militam contando com um Código de Processo Penal, que estabelece regras de funcionamento do sistema que não pode ser ignorado como se inexistisse. Essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto.

Na mesma linha, ensina Rogério Lauria Tucci: “o moderno processo penal brasileiro delinea-se inquisitório, substancialmente, na sua essencialidade; e, formalmente, no tocante do procedimento desenrolado na segunda fase da persecução penal, acusatório. [...] Nosso sistema é inquisitivo garantista, enfim, misto” (TUCCI, 2009, p. 42).

Conforme se afere, doutrinadores renomados defendem idéias opostas quanto à adoção do sistema processual no Brasil. Entretanto, não obstante a divergência de opiniões em relação a qual sistema o Brasil seria signatário, a maioria da doutrina concorda que, em que pese tenha a Constituição, ainda que implicitamente, pendido para o acusatório, na realidade prática, nosso ordenamento

tem fortes “ranços inquisitoriais”, dentre os quais sobressaem unissonamente a possibilidade do juiz “agir de ofício”, em especial, na busca por provas (largamente difundida como “poder de gestão da prova”). Tanto o é, que Guilherme de Souza Nucci coloca (2007, p. 105):

Defender o contraditório, classificando-o como acusatório é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção. Fosse o inquérito, como teoricamente se afirma, destinado unicamente para o órgão acusatório, visando a formação da sua *opinio delicti* não haveria de ser ele parte integrante dos autos do processo, permitindo-se ao magistrado que possa valer-se dele para a condenação de alguém.

Contudo, o que se pretende com a presente abordagem é fazer-nos aceitar que o reconhecimento da iniciativa instrutória do julgador (como se verá mais adiante), não é incompatível com os preceitos trazidos pela Constituição Federal (seja qual sistema processual por ela adotado), ainda que esse entendimento seja majoritário. Referida assertiva está equivocada, à medida que o chamado “ativismo judicial” não é conflitante com a Carta Maior, nem mesmo com um sistema processual penal de índole predominantemente acusatória, já que, conforme ressaltado, em síntese, esse sistema é caracterizado preponderantemente (se não essencialmente) pela outorga das funções de julgar e acusar a diferentes órgãos.

Outrossim, a função jurisdicional em um Estado de Direito supõe que a aplicação do ordenamento seja efetuada de forma correta, efetiva e apropriada, o que exige, quando as partes processuais fracassarem nas suas tarefas, uma iniciativa instrutória deflagrada pelo magistrado a ser fielmente acompanhada pelas partes. Como bem nos ensina Marcos Alexandre Zilli, observados esses limites, não há que se falar em violação das características essenciais do sistema acusatório, tampouco aproximação com o inquisitivo, afinal é “inadmissível que se confunda ‘*poder inquisitório*’ com ‘*poder instrutório*’ do juiz” (ZILLI, 2003, p. 141).

Entretanto, consigna-se desde já que, conforme será abordado de forma mais contundente, a iniciativa instrutória do juiz nada tem a ver com a adoção de um ou outro sistema processual.

4 EM DEFESA DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ

Inicia-se agora a singela tentativa de se dirimir a concepção mitológica e ultrapassada acerca do papel do juiz na condução do processo, chegando o trabalho ao ápice do seu objetivo.

4.1 O Estado como Detentor do Poder de Punir

Não se concebe uma sociedade sem que haja uma ordem que direcione as suas ações. Assim, surge a ordem social, que define, impulsiona, delimita todo o caminhar da sociedade. É natural e essencial que, diante dessa ordem social, haja o surgimento de formas de controle e de vigilância de comportamentos aptas a direcioná-los para um padrão desejável, mesmo porque a ocorrência de conflitos é inerente a própria existência da vida em grupo.

Os conflitos sociais, contudo, precisam ser dirimidos e, por tal motivo, abrem caminhos para a fixação de um “castigo” que, diferentemente das sociedades primitivas, não pode representar a vitória do mais forte em detrimento do mais fraco como as antigas formas de vingança e autodefesa. É preciso que se crie uma via institucionalizada de punição “a cargo de uma vontade preponderante, titularizada por um ente superior efetivo e detentor do poder de fazer obedecer: o Estado” (ZILLI, 2003, p. 106).

Justamente aí surge o direito penal como uma via institucionalizada de punição que será implementada e concretizada exclusivamente pelo Estado. Contudo, dada a gravidade das conseqüências jurídicas do direito penal (imposição de pena), este ocupará uma posição supletiva, incumbido-lhe uma proteção subsidiária, posta em prática somente quando as demais formas de controle social tiverem demonstrado a sua ineficácia.

Deste modo, o Estado, ao assumir a indeclinável função de proteção aos bens jurídicos por ele colocados como os mais relevantes, estabelece uma punição, variável de acordo com o grau de lesividade da conduta conflituosa.

Nas palavras de ZILLI (2003, p. 109):

Dessa forma, o *ius puniendi*, ou o poder-dever de punir de titularidade do Estado, é posto em prática quando, no plano material, for verificado um fato que preencha os requisitos necessários para a configuração de uma conduta delituosa.

Entretanto, trata-se de um poder limitado que não pode ser exercido indiscriminadamente, sob pena de promover mais desequilíbrio social. Isto significa dizer que o cometimento de um delito não abre caminho automático para a imposição direta imediata de uma sanção. A ação do Estado encontra-se barrada pela respeito à liberdade jurídica daquele que se vê acusado da prática de um fato delituoso. O poder-dever do Estado não é, pois, auto executável. Justamente em razão dessa assertiva é que entra em cena o processo penal.

O processo penal se constitui como instrumento essencial e indispensável para que o Estado efetive o seu poder-dever punir. Logo, podemos considerá-lo como um dos limitadores da “opressão” Estatal, vez que ele (processo) representa “uma intensa confrontação com o poder soberano do Estado, pois é este o único legitimado a impor as sanções penais” (ZILLI, 2003, p. 110).

Como anota José de Albuquerque Rocha:

A jurisdição – função de dizer o direito – é, então, o poder-dever de realizar justiça estatal, em que se consubstancia o poder conferido a determinados agentes estatais para solucionar os conflitos de interesses que lhe sejam submetidos à apreciação, assim também para fazer cumprir suas próprias resoluções.

O agente que representa o Estado na busca dessa pacificação é o Juiz, representante da atuação jurisdicional. O magistrado, como representante do poder que o Estado possui de resolver os conflitos sociais, tem importância vital no

processo penal. Para que se chegue a uma correta aplicação do “castigo” mais temido, a imposição de pena, deve o Juiz fazer uma aplicação correta do ordenamento jurídico penal, o que somente será obtido com um exame cuidadoso do fato narrado e trazido a julgamento. É justamente nesse sentido que se insere a idéia propalada de “busca pela verdade real”, ou pelo menos de uma verdade como característica ínsita do processo penal.

4.2 A importância do Juiz na Representação do Poder do Estado

Há, por parte da doutrina brasileira, inegável aversão à iniciativa instrutória do juiz. Provavelmente essa resistência encontra-se respaldada no direito antigo, onde as normas que vigoravam são absolutamente inaceitáveis frente à atual concepção de processo, disseminada com a promulgação da Constituição Federal.

A partir do século XII o processo penal passou a sofrer fortes ranços inquisitoriais em razão do próprio momento histórico a qual estava inserido, qual seja, o desenvolvimento da Inquisição e das monarquias absolutistas. Outrossim, a propagação do direito romano pelas universidades medievais; a propagação do direito canônico e o conseqüente fortalecimento do poder político da Igreja, bem como a centralização da política que, mais tarde, culminou no Estado Moderno, fortaleceram a inquisitorialidade no processo penal.

Sobre a posição ocupada pelo juiz nessa época Zilli (2003, p. 86) esclarece:

De qualquer modo, era incumbência do juiz-inquisitor investigar, à exaustão, as testemunhas, bem como interrogar, eficientemente, o acusado de forma a obter a confissão, sendo-lhe permitido, inclusive, valer-se do uso de tormentos para tal fim. Durante o interrogatório, estavam os juízes-inquisidores autorizados a empregar os meios necessários para descobrir a verdade que, aliás, somente poderia ser atingida por intermédio da confissão. Valiam, para tanto, de subterfúgios e pressões psicológicas. Prometiam, assim, indulgência do tribunal e até mesmo acumulavam

supostas provas por intermédio de um pseudopreso que fingia pertencer à mesma religião do acusado.

É possível perceber como o juiz inquisitor era dotado de extremo poder para buscar a elucidação dos fatos. Os magistrados podiam, de ofício, isto é, sem a existência de uma acusação formal, colher as mais variadas espécies de provas para depois, a seu livre convencimento, pronunciar uma sentença. Nas palavras de Marcos Alexandre (ZILLI, 2003, p. 87): “Na verdade, o processo passou a ser configurado não como uma luta entre duas partes opostas, mas, sim, entre juiz e o acusado”.

Afastada as influências romanas, especificamente quanto ao desenvolvimento do processo penal no Brasil, no período denominado de Ordenações, como salienta Moacyr Amaral Santos, o magistrado devia julgar: “segundo o que achar provado de uma ou outra parte, ainda que a consciência lhe dite outra coisa, e ele saiba a verdade ser em contrário do que no feito for provado”

Historicamente, o processo penal, como sucintamente se percebe, perfaz-se em extremos. Por ingerência do modelo europeu, o juiz, em um primeiro momento, é dotado de abundantes poderes, levando a excesso de arbitrariedade. Aliás, o arbítrio era inerente a condição de juiz. Já num segundo momento e considerando o desenvolvimento do processo no Brasil, o magistrado é resignado a uma posição coadjuvante no processo. A iniciativa instrutória era meramente supletiva, isto é, dependia da inércia das partes, vez que o juiz poderia apenas se pronunciar sobre a produção de provas se houvesse algum ponto que tinha se mantido obscuro.

Em um processo penal genuinamente brasileiro podemos afirmar que sempre foram escassos os poderes de instrução conferidos por legislações anteriores ao juiz.

Contudo, esse cenário foi mudando, haja vista as novas concepções doutrinárias. Alexandre Gusmão, já em 1922, começou a defender a idéia de que era necessária a concessão de maiores poderes ao magistrado para que atendesse aos legítimos reclamos e exigências da ciência processual. Assim, inspirado no direito alemão, sustentava “a possibilidade de o juiz ordenar – de ofício – qualquer

diligência que lhe parecesse necessária à apuração dos fatos debatidos no processo” (GUSMÃO 1922/1924, p.100).

Para ele, em que pese o interesse na elucidação dos fatos seja diretamente das partes, muitas vezes estas não se desincumbem satisfatoriamente de seus ônus, falhando na busca da verdade no processo. Para Aureliano Gusmão (1922/1924, p. 100), o julgador não pode ser prejudicado na formação de sua consciência acerca do fato por uma atuação deficiente dos sujeitos processuais.

Deste modo, mostrando enorme preocupação com a efetividade do processo, concluiu: “o juiz, órgão actuante do direito não póde ser uma pura machina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insuficiência das partes”

Aliás, esse pensamento foi traduzido pelo Ministro Fernando Campos na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939 (BRASIL, Código de Processo Civil. Exposição de Motivos). Assim é a descrição:

A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas também o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade.

No processo penal os interesses em jogo são sobejamente sociais, já que é a sociedade que, principalmente, anseia uma resposta Estatal. Por esse motivo, deve ser entendida como de vital importância o poder de iniciativa do juiz. A busca da verdade como ideal de Justiça é muito mais intensa no processo penal. Deste modo, a atividade judicial em busca de elementos que convençam o magistrado da ocorrência ou não do fato definido como crime deve ser muito mais veemente.

Essa concepção publicista disseminou-se graças à dedicação de Giuseppe Chiovenda ao destacar, cristalinamente, a finalidade do processo, qual seja, atuação da vontade da lei em um caso determinado. José Roberto dos Santos Bedaque, em seu livro: Poderes Instrutórios do Juiz (2009, p. 76) com grande sabedoria, enaltece:

Tal concepção nos dá, a um tempo, não só o caráter público do direito processual como a verdadeira perspectiva sob que devemos considerar a cena judiciária, em que avulta a figura do julgador. O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registro passivo e mecânico dos fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que tal interesse se representa e personifica.

Em verdade, não podemos nos condizer com um Estado autoritário, afinal, no Estado Democrático de Direito, essa idéia é inaceitável. Contudo, não se pode negar ao juiz certa autoridade na condução do processo. Ora, um Estado não enérgico, sem coerção, não garante a pacificação social, pois não consegue impor sua vontade, sua autonomia. Na verdade, não consegue impor a autonomia da lei. Para Bedaque: “o necessário equilíbrio entre a autoridade do Estado e os direitos do cidadão é perfeitamente alcançado com a plena participação deste no destino daqueles” (2009, p. 76).

O Estado Democrático de Direito só é alcançado quando se garante participação popular nas decisões tomadas por aqueles que detêm o poder Estatal. Conceder à população a possibilidade de influir, ainda que indiretamente, nas deliberações Estatais é justamente fazer atuar o Estado Democrático de Direito, afinal a democracia participativa é um dos componentes desse princípio. Por outro lado, para que essa constatação se torne efetiva, é preciso conferir ao Estado-juiz habilidade, aptidão, para impor a observância das regras que governam a sociedade. Caso contrário, a convivência entre as pessoas membros da sociedade tornar-se-ia insustentável.

Trazendo essa visão para dentro do processo, Bedaque (2009, p. 77) destaca que justamente o contraditório garante a efetiva participação do juiz no

processo sem, contudo, atentar contra o interesse das partes litigantes. Deste modo, coloca:

No plano processual, consegue-se essa participação mediante a observância do princípio do contraditório. Assim, desde que o legislador assegure às partes o direito de participar da formação do provimento jurisdicional, influenciando no seu conteúdo, nenhum mal há em reforçar a autoridade do juiz no processo, a fim de que ele também contribua para que o instrumento alcance efetivamente os resultados desejados. Constitui o contraditório o tempero e a compensação necessários a evitar que a autoridade do magistrado seja transformada em arbítrio.

O contraditório, em proêmio, é um princípio. Por ser um princípio é preciso entender qual o seu estado ideal. Para tanto, é necessário compreender o seu conteúdo.

Antigamente, contraditório era limitado à idéia de ciência e possibilidade de reação. Porém, essa idéia era insuficiente e incompleta. O contraditório deve ser entendido como o envolvimento dos sujeitos do processo para um único objetivo: a solução da lide. Porém, esse objetivo é buscado de forma diferente e com ênfase distinta dependendo de qual sujeito o está buscando.

Assim, o real estado ideal buscado pelo contraditório é a ciência e possibilidade de reação, com o envolvimento dos sujeitos do processo para uma adequada solução da lide (que é o objetivo comum de todos). Logo, não há contraditório sem juiz. Afinal, o caminhar processual é realizado em conjunto e em cooperação com as partes processuais. Se a estas é defeso caminhar sozinhas, tampouco será conveniente a figura de um julgador solitário em sua jornada.

Portanto, o contraditório abrange muito mais que ciência e possibilidade de reação. É, ainda, um dever imposto às partes de cooperação. O Juiz tem que atuar na relação jurídica de acordo com essa nova sistemática de contraditório. Se assim não agir haverá ofensa ao tão enaltecido princípio, vez que a cooperação está implícita na função por ele exercida.

O magistrado, pois, tem a liberdade de atuar efetivamente no processo, sanando omissões e até mesmo a atuação deficiente das partes. Isso porque quem é incumbido de oferecer uma solução justa à sociedade é justamente o Julgador.

Nessa sua missão pode ele fazer uso dos métodos que entender coerentes para apurar a verdade dos fatos.

Deste dever de cooperação e da missão, ou melhor, do “poder” de apuramento fático é que surge a iniciativa instrutória do juiz. De qualquer modo, a iniciativa estará voltada à busca e ao recolhimento de elementos úteis para o melhor acerto fático, tomando por base uma afirmação delineada pela acusação. Não se trata de tarefa investigativa, mas sim, instrutória.

O processo penal acaba, nestes termos, se tornando um longo caminho a ser trilhado, de modo que, ao final da trajetória, o juiz verá sua função jurisdicional ser concretizada por meio de seu pronunciamento.

Portanto, é elementar que o juiz seja munido de um poder que o autorize trilhar, do início ao fim, o caminho. Para Marcos Alexandre (ZILLI, 2003, p. 116):

Caberá a ele, pois, com exclusividade, o exercício do poder jurisdicional consiste na atuação do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado. E o exercício deste poder, por óbvio, supõe outros, inerentes à própria jurisdição penal, dentre os quais aquele consistente na possibilidade, quando permitida e viável, da busca pelo melhor acerto fático.

Deste modo, há de ser reconhecida como inerente à função jurisdicional do Estado o “poder” de iniciativa do juiz em busca da apuração dos fatos. Em que pese o histórico desfavorável, o reconhecimento de uma iniciativa instrutória do julgador, não é incompatível, como sustentado pela grande maioria da doutrina, com um sistema processual penal de índole predominantemente acusatória “desde que seja este caracterizado, apenas, pela outorga das funções de julgar e acusar a diferentes órgãos” (ZILLI, 2003, p. 124).

4.3 Desconstituindo os Argumentos Desfavoráveis, Inclusive os Amparados no Direito Comparado

De acordo com o comando final do art. 156² do Código de Processo Penal, o juiz tem o poder de iniciativa instrutória para apuração dos fatos trazidos ao processo pelas partes, não ficando vinculado a julgar segundo as teses de alguma delas, podendo livremente buscar elementos que o ajudem a esclarecer a verdade “toda vez que se defrontar com inércia tolerável ao seu sentimento de justiça” (MARTINS, s/a, s/p.)

Segundo Charles Emil Machado Martins (MARTINS, s/a, s/p):

Quando o *thema probandum* apresenta-se incerto e obscuro dentro do processo, abre-se para o juiz brasileiro duas alternativas: a) ele prescinde clarear a situação obscura, resignado-se com as conseqüências de uma atividade incompleta das partes e decidindo com base no material probatório defeituoso que lhe foi proporcionado pelos litigantes; b) ele tenta resolvê-la, utilizando seu poder instrutório.

Justamente essa segunda opção do juiz é severamente criticada pela doutrina garantista. O renomado jurista Aury Lopes Júnior, por exemplo, sustenta que o julgador “deverá ser uma garantidor dos direitos do acusado, devendo ser um mero espectador do processo, alheio ou indiferente ao resultado justo do processo”

Com efeito, assevera Aury (2008, p; 56):

Na fase processual, a gestão da prova deve estar nas mãos das partes, assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim supra-partes e preservando sua imparcialidade. Nesse contexto, dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios (como o famigerado art. 156 do CPP) devem ser expurgados do ordenamento ou, ao menos,

² Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante.

objeto de leitura restritiva e cautelosa, pois é patente a quebra da igualdade, do contraditório e da própria estrutura dialética do processo. O sistema acusatório exige um juiz espectador, e não um juiz ator (típico do modelo inquisitório).

Essa tese segue a linha de Luigi Ferrajoli, Eugênio Pacceli, do professor Jacinto Nelson Miranda Coutinho que, aliás, sustenta que nosso sistema processual penal é inquisitivo, pois a “gestão da prova” está nas mãos do juiz e não das partes, sendo esta última qualidade caracterizadora do sistema acusatório.

Os juristas Paulo Rangel e Prado também sustentam que o juiz não deve ter iniciativa probatória, resignando-se a uma posição de espectador, sob pena de violar o sistema acusatório e comprometer sua imparcialidade. Isso porque, acreditam sobreditos autores, que a passividade do juiz é o elemento diferenciador do sistema acusatório e inquisitivo. Desta feita, afirmam que a imparcialidade do magistrado ficaria comprometida se ele pudesse buscar, para sustentar sua decisão, outros elementos persuasivos que não trazidos pelas partes.

Aury Lopes chegou a afirmar, em um Congresso de Direito Processual Penal, que “o juiz inquisitor mata o bom julgador”. Marcos Bandeira, membro do Poder Judiciário, sobre essa assertiva, ofertou sua opinião, manifestando sua revolta ao elevarem o juiz criminal “a pecha de boneco, marionete, sujeito desinteressado”. Para refutar os argumentos colocados por Aury, escreveu Bandeira (2008, s/a, s/p):

Que juiz é este que se conforma tão-somente com as provas trazidas aos autos pelas partes? Que juiz é este que é indiferente ao resultado justo do processo? Que juiz é este que diante da fragilidade das provas trazidas pelas partes, não se interessa em produzir outras para fortalecer ou construir o seu juízo de convencimento? Que juiz é este que se preocupa tão-somente com aplicação positivista do processo, no seu aspecto formal, sem se preocupar se a decisão se aproximou ou não do valor justiça? Na verdade, como se infere, a “justiça” da decisão estará nas mãos das partes, como na famigerada verdade formal do processo civil, ou seja, o sucesso da demanda por uma das partes estará na razão direta da destreza e competência no manuseio das armas (provas), ficando o juiz-marionete, na condição de Poncio Pilatos, lavando as mãos, mesmo sabendo que a decisão construída exclusivamente pelas partes e que ele exteriorizará através da sentença foi manifestamente injusta, condenando-se um provável inocente ou inocentando um possível culpado. Esta decisão certamente não interessa a sociedade nem tampouco ao Estado Democrático de Direito.

Em defesa da inércia judicial em matéria probatória, alguns doutrinadores colocam na iniciativa probatória dos magistrados o estigma de “ranço inquisitorial”. Jacinto Coutinho (1998, p. 196), por exemplo, sustenta que o sistema inquisitivo:

Regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao julgador.

Os adeptos dessa visão estática do juiz entendem que a ele não cabe a missão de procurar a verdade dos fatos alegados por Ministério Público e Defesa, pois, se o assim o fizer, “comprometerá a sua imparcialidade, agindo como um ‘juiz acusador’, uma vez que, havendo dúvida sobre os fatos, diante do material probatório produzido pelas partes, o juiz deverá absolver, seguindo o princípio *in dubio pro réu*” (MACHADO, s/a, s/p.).

Todavia, sobre essa assertiva, José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 180), aquiesce que:

O magistrado não é dotado de poderes sobrenaturais de previdência, portanto não pode prever o resultado da prova que será produzida nem a quem ela beneficiará, no exato momento em que determina a sua produção. Mas a não produção da prova também beneficia um dos litigantes. Diante de duas hipóteses, é preferível que o sujeito seja parcial atuando do que se omitindo, porque ao mesmo tempo estaria tentando aproximar-se da verdade.

Por outro lado, mesmo após afirmar que uma conduta mais ativa do juiz pode representar “uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”, pois “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar” (PRADO, 1999, p. 129/131), Geraldo Prado, entre outros defensores da passividade do magistrado, alerta que o juiz pode sim interferir na busca da prova, desde que o faça para beneficiar o acusado. Com efeito, expõe Geraldo Prado (1999, p. 85):

Entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça material e presunção da inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar de maneira supletiva provas da inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa.

No entanto, ao exercer um poder de “assistência do acusado” – segundo as próprias palavras de Prado, esse juiz atuaria com ânimo psicológico idêntico ao do réu e de seu defensor. Na prática, se tiver algum questionamento que resulte em prejuízo aos interesses do acusado, esse suposto juiz deverá adotar, segundo a doutrina citada, um profundo silêncio. Esse silêncio demonstraria a união de esforços existentes entre acusador-defensor–juiz, aumentando, dessa forma, o sentimento de impunidade e desconfiança na justiça, que grande parte da sociedade contemporânea possui.

Além disso, também haveria uma profunda contradição nesse modelo de juiz: como ele somente estaria atento para as questões que fossem favoráveis ao réu, acabaria por deixar de lado um dos fundamentos da sua tese que seria a busca por uma auto proclamada justiça material. Consequentemente, as mesmas críticas de supostamente falta de imparcialidade sofridas pelo juiz ativo – que, em caráter secundário, busca a prova necessária para julgar a favor ou contra os interesses das partes – também podem ser aplicadas a esse modelo de juiz que busca provas somente para absolver o acusado.

Tampouco, ainda, estaria essa atuação parcial do juiz amparada na observância ao princípio da presunção de inocência. Conforme a lição de Mauro Fonseca de Andrade, a presunção de inocência pode ser vista sob dois prismas: “ao mesmo tempo ela é uma regra probatória ou de julgamento e também uma regra de tratamento do acusado, que deve ser considerado inocente durante o processo” (FONSECA, 2009, p. 221).

Para sobredito autor, no que diz respeito a essa regra probatória quer dizer que a carga da prova está nas mãos da acusação, a quem caberá a obrigação de demonstrar a veracidade de suas afirmações para que essa presunção seja

destruída. Com bem assevera Fonseca: “em outras palavras, somente é possível a existência de uma sentença condenatória se aquele que atua como acusador comprove o conteúdo de sua acusação, convencendo o julgador sobre a culpabilidade do acusado” (FONSECA, 2009, p. 221).

Portanto, como bem se percebe, a presunção de inocência não necessita qualquer providência por parte do acusado para que seja resguardada sua inocência. Ela estará preservada e protegida sempre que o acusador não consiga comprovar o conteúdo de sua acusação.

Para Andrade Fonseca (2009, p. 221):

Embora seja evidente, é sempre bom lembrar que, se o acusado tiver que atuar para demonstrar sua inocência – mas não consegue fazê-lo por algum motivo – então é porque o acusador está conseguindo derrubar essa presunção, através da comprovação dos fatos expostos na acusação. Logo, se o juiz invocar a presunção de inocência para atuar em caráter assistencial ao réu, em realidade ele estará reagindo para neutralizar a prova já produzida pelo acusador, ao invés de agir para preservar essa presunção.

Deste modo, a presunção de inocência não necessita de qualquer atitude para ser preservada. Ela nasce com a simples apresentação da acusação, ao invés de qualquer atitude por parte do acusado ou de quem represente seus interesses, direta ou indiretamente no processo, como é o caso desse juiz-defensor.

Ficaria claro, desta forma, o rompimento da necessária neutralidade que o juiz deve possuir, já que ele somaria esforços com o acusado para anular os elementos probatórios obtidos pelo acusador que estariam destruindo a presunção de inocência que existe a favor do réu. Mais que isso, sua própria condição de não ser parte da relação processual estaria comprometida, pois o vínculo que existirá entre juiz e acusado, nesse modelo de processo, é muito mais forte que o caráter assistencial proposto por esses autores.

Um outro argumento utilizado por Sérgio Demoro Hamilton é no sentido de que o juiz deve atuar a favor do acusado em razão da aplicação do princípio *favor rei*. Em síntese, para referido autor, esse princípio, que, na sua concepção é uma imposição do legislador, já que diz respeito a uma conduta positiva por ele adotada e

não do juiz, dispõe que este deve conceder determinadas garantias, armas e instrumento exclusivamente ao acusado.

Ora, se o legislador também determinasse que o juiz devesse atuar a favor do acusado ou que esse princípio tivesse o sentido ampliado proposto por Hamilton o resultado disso seria, nas palavras de Mauro Fonseca, “uma caricatura ou imitação deformada de um verdadeiro processo penal” (FONSECA, 2009, p. 222).

Para sobredito autor:

Além de não possuir as mesmas armas e instrumentos do acusado, o acusador também passaria a enfrentar, como adversário, a mesma pessoa que deverá julgar posteriormente a causa. Que restaria, então, do *actum trium personarum* em uma situação em que o juiz estaria envolvido legal e psicologicamente a favor do acusado? Por certo que nada.

Em resumo, o principal problema enfrentado por essa corrente doutrinária é ver na figura do juiz, um sujeito processual potencialmente parcial. Seu comprometimento psicológico a favor de interesses de alguém predeterminado lhe retira o verdadeiro fundamento de sua existência, que é a confiabilidade social em uma decisão proferida por alguém imparcial ou neutro.

Nesse sentido de parcialidade a favor do acusado, bem propícia a situação hipotética colocada por Charles Emil (s/a, s/p):

O acusado “X” afirma que não é o executor de um determinado crime porque estava em outro local muito distante da consumação do fato delituoso, alegando que a testemunha “Y” pode confirmar esse seu *álibi*. O defensor, por qualquer motivo, não pede a oitiva dessa testemunha referida. Diante dessa inércia, visando pesquisar a possível prova de inocência, o juiz determina, de ofício, a oitiva “Y”, o qual comparece em juízo e nega peremptoriamente o *álibi* invocado por “X”. Diante dessa situação, questiona-se: teria sentido o desentranhamento dessa prova produzida de ofício pelo juiz, pelo só fato dela ser prejudicial à defesa? A resposta, como imperativo de justiça, somente pode ser não, o que bastaria para colocar por terra a proposta dessa esdrúxula figura que pode ser epitetada de “juiz defensor”.

Outro argumento recorrente utilizado para sustentar a posição de absenteísmo do juiz diz respeito a invocação da figura do “*non liquet*” (“não está

claro”), instituto pertencente ao direito romano, exemplo clássico de sistema acusatório. Trata-se esse instituto de uma decisão proferida pelos juízes da *accusatio romana* quando não tinham certeza sobre a ocorrência ou não do fato posto a julgamento. O “*non liquet*” foi equiparado por Gilberto Thumus à atual absolvição por insuficiência de provas. Todavia, Mauro Fonseca de Andrade, desmitifica esse “equivoco histórico”, já que a decisão do “*non liquet*” era tão somente a possibilidade de ampliação do julgamento, isto é, concedia-se a oportunidade de um novo julgamento para que as partes pudessem tentar, novamente, convencer os julgadores, apresentando melhores provas e argumentos. Quando assim se procedia, entrava em cena o instituto denominado de *ampliatio* (FONSECA, 2009, p. 194) :

Em termos práticos, a prevalência de votos *non liquet* nada mais era do que a exteriorização do sentimento de que a maioria dos juízes não estava satisfeita com o desempenho das partes na produção probatória. E aqui aparece o principal motivo de o *non liquet* jamais poder servir de cobertura histórica para a figura do juiz passivo: os julgadores romanos não estavam obrigados a *resignar-se* [...].

Ainda nas explicações de Mauro Fonseca (2009, p. 196):

É certo que os julgadores romanos não determinavam quais as provas deveriam ser produzidas pelas partes durante a instrução ou a *ampliatio*, tampouco buscavam, de per si, as provas que julgavam necessárias para formação da sua respectiva convicção. Mas isso se deve, primeiro, à formação dos colegiados, por vezes compostos por dezenas de julgadores, o que simplesmente tornava inviável essa iniciativa probatória judicial; segundo, pela própria tradição romana, que atribuía às partes o ônus de provar suas alegações. Mas o fato é que o instituto da *ampliatio* torna, no mínimo, duvidosa a conclusão de que os julgadores do modelo acusatório romano eram inertes e resignados.

Outrossim, a vinculação do juiz ativo ao sistema inquisitivo perverso não é precisa. Senão vejamos:

No minucioso estudo histórico realizado por Mauro Fonseca acerca dos sistemas processuais, apurou referido autor que o sistema inquisitivo mais cruel que

a humanidade conheceu, qual seja, a Inquisição Espanhola, regida por Tomás de Torquemada, não conferia aos juízes autorização para buscarem provas de índole acusatória para além daquelas carreadas pelas partes. Até mesmo a repulsiva tortura somente era utilizada se solicitada pelo acusador. O juiz não determinava seu uso de ofício. Sobre a pesquisa de Mauro Fonseca, manifestou-se Charles Emil (s/a, s/p):

E mais, os juízes somente poderiam ter iniciativa probatória supletiva se fosse para buscar pessoas que demonstrassem que as testemunhas trazidas pela acusação tinham prestado depoimento com ânimo de prejudicar o réu. Vale dizer, na “maldita” inquisição a iniciativa probatória somente poderia existir se fosse pró-réu, exatamente como aqueles que sustentam a figura do “juiz defensor”.

Desta feita, como bem se vê a vinculação do juiz ativo ao sistema inquisitivo não passa de “uma manobra retórica, fortemente influenciada por valores ideológicos, que visa fixar um termo pejorativo – inquisição – ao julgador comprometido com o esclarecimento da verdade e que visa a prolação de um julgamento justo” (MARTINS, s/a, s/p.).

Em realidade, a iniciativa instrutória do juiz cabe, em proêmio, às partes. Todavia, se o juiz perceber algum elemento de persuasão relevante e não explorado por elas – “máxime na ação penal pública, que é obrigatória e indisponível ao Estado” – deve ter a possibilidade, ainda que de modo supletivo e fundamentado, trazê-lo ao processo para que seja submetido ao contraditório e valorado na sentença”. Isso porque “sua missão no processo penal é, na medida do possível, dentro da legalidade, absolver o inculpado e condenar o culpado” (MARTINS, s/a, s/p.). Aliás, sobre o assunto, pondera Barbosa Moreira: “Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se fala justiça, isto é, que vença, aquele que efetivamente tenha razão” (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 183).

O direito comparado também constitui forte argumento utilizado pela doutrina que tenta combater o poder instrutório do magistrado. Aury Lopes Junior, por exemplo, em sua obra crítica ao processo penal moderno destaca, dentre outras,

as reformas legislativas ocorridas em certos países da Europa, dando a entender que neles houve a retirada de tais poderes das mãos dos juízes que os possuíam.

Esse autor inicia sua repulsa ao ativismo judicial dizendo que: “sempre que se atribuem poderes instrutórios ao juiz, destrói-se a estrutura dialética do processo, o contraditório, funda-se no sistema inquisitório e sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade” (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 67/68).

Para sustentar sua posição ele busca exemplos no direito comparado, afirmando que:

Não só diversos modelos contemporâneos demonstram isso (basta estudar as reformas da Alemanha em 1974, Itália e Portugal em 1987/88 e também as mudanças levadas a cabo na Espanha pela LO 7/88, feita às pressas para adequar-se à Sentença do Tribunal Constitucional 145/88).

E, por fim, arremata: “O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, há muito tempo e em diversas oportunidades tem apontado a violação da garantia do juiz imparcial em situações assim”.

Entretanto, como bem coloca Charles Martins (s/a, s/p):

[...] Aqui também manobra-se em inexplicável lapso, pois as reformas feitas no direito alienígena continuam prevendo a iniciativa probatória dos juízes, a qual não é incompatível com o sistema acusatório, de acordo com a interpretação que vem lhes sendo dada pelos tribunais do velho continente, como se verá exatamente nos países citados por Lopes Júnior.

Quando, no Brasil, falamos em poderes instrutórios do juiz os vinculamos, por óbvio, ao poder que o juiz possui durante a instrução do processo, mais especificamente durante a fase de produção de provas, ou seja, eles estão vinculados a um processo que já conta com uma acusação, razão pela qual o período de instrução se destina à coleta de informações que corroborem os termos dessa acusação ou os termos da defesa.

Contudo, tal significado não é o mesmo encontrado no direito estrangeiro.

Nos países citados por Lopes Junior, os poderes instrutórios do juiz notabilizaram por significar a gama de poderes que o juiz investigador possui para apurar a prática de um determinado delito, isto é, o período de instrução – onde o juiz estrangeiro desenvolvia seus poderes instrutórios – ao longo de várias décadas sempre foi encarado com a fase de investigação criminal. Nesse contexto, a instrução ocorre anteriormente ao oferecimento da acusação, pois se destina a levantar informação para que esta seja oferecida. Aliás, como bem assevera Mauro Fonseca: “a investigação criminal, quando presidida por um juiz, é chamada de juizado de instrução, sendo que esse juiz conhecido como juiz-instrutor e que, via de regra, preside a fase de instrução” (FONSECA, 2009, p. 197).

Logo, delimitado o âmbito de interpretação que a expressão poderes instrutórios do juiz recebe no Brasil e no direito comparado, pode-se dizer que as reformas ocorridas em Portugal e Itália, por exemplo, nada tiveram a ver com a figura do juiz inerte na fase de produção de prova.

O que se fez nesses países foi dar fim aos poderes instrutórios do juiz-investigador, ao invés dos poderes instrutórios do juiz-julgador. Tais reformas se ocuparam em extinguir o juizado de instrução, substituindo-o pela investigação criminal presidida pelo Ministério Público. Portanto, diferentemente do que afirmado, as reformas ocorridas nesses países não produziram nenhuma alteração nos poderes instrutórios concedidos ao juiz que participa da fase de produção de provas.

Em suma, o que se vê é que, em termos simples, houve uma equiparação entre situações não equiparáveis. Como bem expôs Fonseca em seu belíssimo estudo sobre os sistemas processuais e suas vertentes, os poderes instrutórios do juiz, combatidos na Alemanha, Portugal, Itália e Espanha disseram respeito aos exercidos pela figura do juiz-instrutor, responsável pela investigação criminal, ao invés daqueles exercidos na fase de produção probatória.

Nos três primeiros países, o juiz deixou de ter poderes instrutórios de investigação, pois a fase de apuração foi confiada ao Ministério Público. Na Espanha, por sua vez, o magistrado segue com esses poderes instrutórios, mas aquele de instruir (no sentido de investigar) não poderá ser o mesmo encarregado da fase de produção de provas e do julgamento do processo. E seja em qual for o

país citado por Lopes Junior, o juiz encarregado da fase de produção de provas segue autorizado a, de ofício, buscar provas que entenda necessárias para bem julgar o processo, sempre que a atividade e das partes for deficitária nesse sentido.

Tanto é que Portugal, por exemplo, adotou expressamente, no art. 32.5 da sua Constituição de 1976, o modelo acusatório para seu processo penal. Com efeito, é a redação do artigo: “o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio contraditório”.

Aliás, o recente Código de Processo Penal português (1987) prevê categoricamente o poder instrutório do juiz. Assim, em seu artigo 340 dispõe:

O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. 2 - Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da acta.

Nesse sentido, recentemente, em 07/01/2009, o Tribunal da Relação do Porto, julgando o Recurso Penal nº 200901070816766, decidiu:

Em processo penal, incumbe, em última instância ao juiz, por força do princípio da descoberta da verdade material (artigo 340 do CPP), o ónus de investigar e esclarecer oficiosamente - independentemente da contribuição das partes - o facto submetido a julgamento. Este poder-dever do tribunal de investigar autonomamente a verdade material (o que inclui a averiguação dos factos necessários para a oportuna fixação da pena) é essencial, no processo penal, na medida em que, por essa via, será possível alcançar as bases necessárias da própria decisão.

Já na Itália, o *Codice di Procedura Penale* (1988) autoriza, sem receio, o poder do juiz de ir buscar elementos de persuasão em alguns casos. Com efeito, é a redação do art. 190 do sobredito diploma legal:

Art.190 Diritto alla prova. 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza (495) escludendo le prove

vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue (190-bis, 4954) o irrilevanti (468). 2. La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio (70, 195, 224, 237, 507, 508, 511, 603).

Já o art. 507 do CPP italiano tem a seguinte redação: "Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova".

Com bem esclarece Charles Emil (s/a, s/p):

A legitimidade desse poder instrutório supletivo dos julgadores foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional Italiano, que, pela via incidental (*n. 111 sentenza 24 - 26 marzo 1993*), considerou constitucional o art. 507, estabelecendo que a expressão "concluída a aquisição de provas", indica o ponto de partida e não um pré-requisito para o exercício do poder instrutório do julgador. Portanto, o Tribunal concluiu que a produção probatória de ofício é possível mesmo quando não existam provas previamente adquiridas, em virtude da inércia das partes, sendo que "novas provas" são entendidas como quaisquer provas não previamente produzidas. Inclusive, após a reforma de 1988, na doutrina, Franco Cordero afirmou: "*Il potete istruttorio dele giudice sopravvive inlcumni contesti (...). Sono um resíduo necessario questi poteri d'intervento diretto, coordinati al sistema pena italiano*",²⁸ dando, dessa forma, razão à clássica lição de Manzini quando dizia que o julgador também "*deve tutelare l'interesse repressivo della società, e quindi può convincersi liberamente sia valutando le risultanze delle prove fornite dall'accusa, sia indagando di sua iniziativa, d'ufficio, e non solo nel período istruttorio, ma altresì in quello del dibattimento, e persino in grado d'appello.*

Na Espanha, por fim, o art. 728 de sua *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LEcrim) afirma: "No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas".

Referido artigo dispõe sobre o ônus probatório conferido quase que exclusivamente às partes. Entretanto, o próximo artigo da Lei (729) prevê exceções a esse encargo "exclusivo" das partes, oportunizando a busca, de ofício, pelo magistrado. Assim, determina o art. 729:

1º) Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes. 2º) Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las

partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

O Tribunal Superior Espanhol chegou a questionar a constitucionalidade do referido artigo, já que ele poderia ele ir de encontro com o princípio acusatório. Decidiu-se, então, que seria admissível sua utilização para “contrastar, verificar otras pruebas aportadas por las partes”

No entanto, mais recentemente, o Tribunal voltou a se pronunciar sobre o teor do artigo e na sentença 188/00, proferida no dia 10 de julho de 2009, declarou:

la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2.º LECr, no puede considerarse per se lesiva de los derechos constitucionales alegados[...]. Para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de de-fensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Deste modo, a conclusão do Tribunal Espanhol, em matéria probatória, é que o processo penal espanhol é regido pelo princípio da “aportação da parte”, mas a iniciativa jurisdicional é admitida, excepcionalmente, quando absolutamente necessária.

Com bem arremata Charles (s/a, s/p):

O poder instrutório do juiz, tal como aqui, foi mantido nas últimas reformas feitas nas legislações processuais europeias e é corroborado pela interpretação dos respectivos tribunais constitucionais de importantes países do sistema romano-germânico³¹ (*civil law*), o qual sabidamente influenciou e influencia a elaboração das leis e na *praxes* do direito brasileiro, que também não tem a tradição de juízes passivos e inertes.

Obstados de trilhar suas teses pelo direito continental, alguns doutrinadores que repugnam a iniciativa instrutória do magistrado optam por sustentar suas posições no sistema denominado *common law*, incidindo, muitas

vezes em erro, ao confundirem o sistema acusatório moderno com o *adversarial system* dos países *anglo-saxonicos* ou mesmo com o *inquisitorial system*.

4.3.1 *Adversarial System*

Definitivamente, a figura do juiz inerte não faz parte da cultura jurídica dos países seguidores do direito continental, como é o caso da Alemanha, Portugal, Itália e Espanha. E, como basicamente são essas, em maior ou menor medida, as fontes de influência do direito brasileiro, também aqui não há a tradição de o juiz ser encarado como um sujeito processual que deva se submeter à vontade das partes, tanto no processo civil, quanto no processo penal. Aliás, esse motivo foi expressamente adotado pelo legislador brasileiro quando manifestou-se na Exposição de Motivos do vigente Código de Processo Penal.

Em vista disso, para justificar a impossibilidade do juiz penal suprir a omissão das partes na fase probatória, por vezes, há a invocação de um modelo alheio à nossa cultura jurídica, consistente no julgador presente na *Common Law*. *Common Law*, significa “direito comum”. Trata-se do direito firmado por meio de decisões dos Tribunais. Referido sistema não enfatiza os atos legislativos, enaltecendo, por outro lado, as decisões dos Tribunais, constituindo elas o verdadeiro ordenamento. Logo, o direito é criado por juízes, que também o aperfeiçoam. As decisões são baseadas em casos já julgados anteriormente. Todavia, os magistrados são dotados de autoridade para criar um direito que, em casos precedentes, nunca foi apreciado.

O assim chamado *adversarial system* consiste em um modelo de processo em que sua marcha e a produção probatória são confiadas exclusivamente às partes, cabendo ao juiz tão somente figurar como um árbitro ou mediador.

No que diz respeito a sua origem, o *adversarial system* é uma consequência dos julgamentos populares ou tribunais do júri ingleses, que resolviam

questões de natureza civil e penal. Quanto à atuação dos juízes leigos, a inércia em sua atuação estava fundada em questões de pura conveniência dos jurados. Isto é, se os jurados eram obrigados a se reunir para julgarem determinado fato, caberia então às partes fornecer todas as informações necessárias para um julgamento que não tomasse tanto tempo dos julgadores e se resolvesse em um só dia.

Ou seja, não que os jurados estivessem impedidos de determinar a produção de provas. Na verdade, não lhes era conveniente. Além disso, a concessão da responsabilidade probatória exclusivamente às partes era uma mera consequência de ver o objeto do processo como algo que dissesse respeito unicamente aos litigantes. Não havia a noção de interesse público em relação a determinados fatos que, hoje em dia, são levados a julgamento.

Por outro lado, com bem salienta Mauro Fonseca (2009, p. 203):

Em razão de não caber ao magistrado decidir o processo, criou-se a cultura de sua necessária inércia ao longo dos debates e produção probatória, como forma de não cercear ou influenciar no julgamento a ser proferidos pelos juízes leigos. E, com o decréscimo dos julgamentos populares na Inglaterra, a cultura do juiz inerte, que estava presente no tribunal do júri, foi transferida também aos processos de competência do juiz singular, permanecendo presente até os dias de hoje.

Para a cultura da *Common Law*, a justiça é um valor que está ligado às regras do processo, ao invés de estar direcionada ao próprio fato que originou o processo, ou seja, o fato em si perde importância, pois o que está em jogo ou sob julgamento é o desempenho das partes. Essa conclusão reforça a idéia de que o processo nada mais seria do que um enfrentamento, embora dialético, entre duas pessoas, não havendo o reconhecimento de que ele produz maiores repercussões no meio social.

4.3.1.2 *Adversarial system, inquisitorial system* e o sistema acusatório

Todas essas questões nos levam a concluir que o problema referente à atividade ou passividade judicial, durante a fase probatória, está na maneira como entendemos o processo. Isso se resumiria a uma simples opção política onde, ou se adotaria um processo com visão nitidamente privatista, ou um processo com função pública, nada tendo que ver a conduta do juiz com uma vinculação obrigatória ao sistema acusatório.

Entre essas opções políticas que dizem respeito à conduta do juiz encontramos duas posições antagônicas em âmbito doutrinário: o *adversarial system*, existentes em países anglo-saxônicos e o *inquisitorial system*, cuja vigência se destaca entre os países seguidores do modelo continental. Importante salientar que os dois dizem respeito ao sistema acusatório, isto é, manifestam-se nesse sistema, não se devendo fazer confusão quanto ao nome do segundo com vinculações incorretas ao sistema do princípio inquisitivo.

O sistema acusatório, então, apresenta dois modelos de produção de provas que afetam diretamente a participação do juiz ao longo do processo.

A diferença entre ambos é que, no *adversarial system*, as partes se encarregam da marcha do processo e da produção probatória. Há, portanto, uma total adoção ao modelo estruturado pelo sistema acusatório clássico e sistema acusatório dos integrantes da *Common Law*. Despreocupado com os reflexos que as decisões judiciais podem provocar junto à sociedade, o *adversarial system* segue o pensamento de que a ideologia privatista e liberal deve também ser levada para dentro do processo penal.

Já quando ao *inquisitorial system*, também chamado de processo de desenvolvimento oficial, regra de inquisitividade ou princípio da instrução, a fase de produção de prova conta com a participação de um juiz ativo, em vez de que se confiar às partes a conveniência na apresentação ou omissão das provas que interessam ao processo. O processo penal é visto como de interesse de toda a sociedade, fazendo com que o ânimo do julgador esteja voltado à aplicação da

justiça, representada pela busca de uma verdade, equivocadamente, colocada como material.

Mauro Fonseca esclarece (2009, p. 219):

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

Como bem explica Charles (s/a, s/p):

O *adversarial system* é um modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. Já no *inquisitorial system* (expressão que se pode traduzir por "processo de desenvolvimento oficial"), ao reverso, as mencionadas atividades recaem preferencialmente sobre o juiz. Logo: "O termo processo inquisitório, em oposição ao acusatório, não corresponde ao *inquisitorial* (em inglês), o qual se contrapõe ao *adversarial*. Um sistema acusatório pode adotar o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*...firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, já o processo se desenvolve por impulso oficial.

A definição sobre qual deles irá reger o processo acusatório de cada país depende, exclusivamente, da forma como o legislador encara a finalidade do processo penal. É a ele que cabe fazer refletir, na lei adjetiva penal de seu país, os valores e pensamentos da sociedade onde está inserido.

Aliás, expõe Ada Pellegrini Grinover: "o conceito de processo acusatório e de processo de partes [...] nada tem a ver com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal". Saliata, então, que: "o que tem a ver, sim, com os poderes instrutórios do juiz no processo é o denominado *adversarial system* em contraposição ao *inquisitorial system*", aduzindo, ainda, que: "um sistema acusatório pode adotar o *adversarial system* ou o *inquisitorial system*" (GRINOVER, 1999, s/p.).

O *adversarial system*, conforme já salientado, é adotado, precipuamente, pelos países anglos saxônicos e elevado a “modelo de processo” pelos defensores do absenteísmo judicial. Todavia, segundo ilustra a professora do Largo de São Francisco, nos próprios ordenamentos anglo-saxônicos existem várias exceções à regra do predomínio das partes, abrindo-se maior espaço a intervenção do juiz.

Onde a ideologia dominante é de caráter liberal, há a adoção do *adversarial system*, pois ele deixa às partes a definição do conceito de justiça, em razão de caber a elas a delimitação do material probatório que será apresentado ao julgador. Assim, o juiz válida e conscientemente, poderá fazer uso de um material defeituoso a hora de julgar ou então estar submetido a um proposital acerto de vontades entre as partes, de modo a que decida de maneira como a elas melhor lhe aprouver. Já onde a ideologia dominante é de caráter público, há a adoção do *inquisitorial system*, podendo o juiz suprir a omissão – proposital ou por pura incompetência - das partes na produção da prova, determinando a realização de diligência de ofício.

Sobre as gradativas mudanças na concepção do *adversarial system*, Ada (1999, s/p) dispõe:

O caráter *adversarial* do sistema vai cedendo espaço ao desenvolvimento oficial e a distinção entre os dois processos parece tender a uma atenuação cada vez mais perceptível (Barbosa Moreira, loc. cit., página 99, com bibliografia). Além dos sinais de mudanças, é também oportuno salientar as críticas que se levantam contra o sistema até agora dominante no processo civil inglês: várias propostas legislativas propugnam no sentido de a condução do feito anterior ao *trial* não ser mais deixado quase exclusivamente ao cuidado das partes, devendo submeter-se ao controle do órgão judicial, até para atenuar os problemas de procrastinações indesejáveis que incidem sobre o custo e a duração do processo.

Outrossim, a mesma indicação de mudança pode ser lida na obra de Jolowicz, o qual afirma que: “nos últimos anos vem se notando cada vez mais a inconformidade dos juízes ingleses de primeiro grau em relação à necessária passividade, em âmbito probatório, que devem assumir no processo”. Por fim, ainda seguindo os ensinamentos de Machado Martins (s/a, s/p):

No âmbito internacional, o próprio Código Modelo de Processo Penal para Ibero - América, de 1988 - por alguns lembrado somente quando interessa - também prevê a possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção de determinadas provas: Art. 147. Objetividade, investigação judicial autônoma. 1- Salvo quando a lei penal dispuser o contrário, o Ministério Público e os tribunais têm o dever de averiguar a verdade mediante os meios de prova permitidos e de cumprir estritamente com os preceitos dos arts. 232, 250, e 272, § 1º. 2 – Durante o julgamento, os tribunais só poderão proceder de ofício à produção de prova não oferecida pelos intervenientes nas oportunidades e sob as condições estabelecidas nos arts. 285, 289, 316, 317 e 320.

O que podemos perceber com essas exposições do processo no direito comparado é que os defensores da passividade do juiz querem trazer para o nosso país uma inércia judicial que, como bem salienta Charles: “além de não estar de acordo com a nossa tradição, está sendo posta em crítica no país em que é seu berço” (MARTINS, s/a, s/p.).

Ademais, se existem duas formas de entender a participação do juiz no sistema acusatório, também sob esse ponto de vista, fica claro que a passividade do julgador não pode ser considerada um elemento fixo do sistema acusatório, mas sim um elemento variável que poderá ou não nele estar presente.

4.4 Desconstituindo Argumentos Desfavoráveis Amparados no Direito Pátrio

Passa-se a realizar uma breve análise acerca dos principais argumentos levantados pela doutrina brasileira que se opõe radicalmente à postura do juiz ativo.

4.4.1 Devido processo legal

A Constituição da República Federativa do Brasil proclama, em seu art. 5º, inciso LIV, que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. Em suma, o princípio preconiza que se deve respeitar todas as formalidades previstas em lei para que não haja cerceamento de liberdade, seja qual for, ou para que alguém seja privado de seu patrimônio. A tramitação regular e legal de um processo é garantia dada ao cidadão de que seus direitos serão respeitados, não sendo admissível nenhuma restrição a eles que não prevista em lei. Conclusão: a liberdade é a regra; o cerceamento à locomoção a exceção.

Assim como todo processo deve ser vir estruturado de forma regular e justa, natural que a iniciativa instrutória do julgador também venha acompanhada por regras orientadoras e limitadoras, todas tendentes à concretização do ideal de Estado Democrático de Direito. Para Zilli: “deve, pois, a iniciativa instrutória do julgador obedecer a uma forma e figura apropriadas , sob pena de aproximação a modelos processuais historicamente ultrapassados” (2008, p. 133).

Há que se observar a necessidade de respeito ao juiz natural e de sua imparcialidade, da obediência ao princípio da presunção de inocência, do dever de motivar suas decisões, da duração razoável do processo, da obrigatoriedade de publicidade dos atos processuais, da licitude e da legitimidade das provas, do respeito ao contraditório e ampla defesa. Nas palavras do já mencionado autor: “onde a iniciativa instrutória do juiz tiver desrespeitado estas orientações e limitações, ter-se-á violado o devido processo legal, e, em última análise, o próprio Estado Democrático de Direito” (ZILLI, 2008, p. 134).

4.4.2 O Juiz natural e a garantia de independência

A garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas “ter um juiz”, exige ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia do processo. Segundo Aury Lopes (2008, p. 109):

A garantia da jurisdicionalidade deve ser vista no contexto das garantias orgânicas da magistratura, de modo a orientar a inserção do juiz no marco institucional da independência, pressuposto da imparcialidade, que deverá orientar sua relação com as partes do processo. Ademais, o acesso à jurisdição é premissa matéria e lógica para a efetividade dos direitos fundamentais.

O juiz assume uma nova posição diante do Estado Democrático de Direito e sua legitimidade de atuação não é mais política, mas sim constitucional, consubstanciada na posição de guardião dos direitos fundamentais, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria.

A garantia do juiz natural, em síntese, como bem nos ensina Aury (2008, p. 110), é portadora de um tríptico significado:

- a) somente os órgãos instituídos pela Constituição podem exercer jurisdição;
- b) ninguém poderá ser processado e julgador por órgão instituído após o fato;
- c) há uma ordem taxativa de competência entre os juízes pré-constituídos, excluindo-se qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Ainda nos ensinamentos do referido autor: “o princípio do juiz natural não é mero atributo do juiz, senão um verdadeiro pressuposto para a sua própria existência”. Nesse tema, imprescindível a leitura de Adelino Marcon, que considera o princípio do juiz natural como um princípio universal. Consiste, na síntese do autor, no “direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá

processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal” (MARCON, 2008, p. 47).

Para termos um juiz natural, imperioso que esteja presente a garantia orgânica da magistratura, qual seja, a independência, pois o julgador natural, imparcial e que verdadeiramente desempenhe sua função no processo penal, deve estar acima de qualquer pressão ou manipulação política. Conclui Aury: “não que com isso estejamos querendo o impossível – um juiz neutro – senão um juiz independente; alguém que realmente possua condições de formar sua *livre convicção* (LOPES JUNIOR, 2008, p. 112).

O estabelecimento de garantias que visem resguardar o juiz no desempenho de sua função jurisdicional contra pressões externas e, sobretudo, contra pressões de índole política é, indubitavelmente, a medida necessária e exata para o resguardo da independência. Dessa forma, onde a independência não for respeitada, estará o juiz subordinado a toda sorte por pressões que desvirtuarão e contaminarão não só o objetivo da iniciativa instrutória, mas toda a marcha processual.

Na concepção de Lopes Junior (2008, p. 112):

O juiz não tem por que ser um sujeito representativo, posto que nenhum interesse ou vontade que não seja a tutela dos direitos subjetivos lesados deve condicionar seu juízo, nem sequer o interesse da maioria, ou, inclusive, à totalidade dos lesados. Ao contrário do Poder Executivo e do Legislativo, que são poderes de maioria, o juiz julga em nome do povo – mas não da maioria – para a tutela da liberdade das minorias.

Não está o juiz obrigado a decidir conforme deseja a maioria, pois a legitimação do seu poder decorre do vínculo estabelecido pela verdade processualmente obtida a partir da reconstituição do fato criminoso. A validade da sentença está calcada na verdade processualmente obtida.

Como já dito e também observado por Damaska, a independência do julgador ficará por demais comprometida naqueles Estados que tiverem optado por uma visão extremada de implementação política. De fato, em circunstâncias como tais, o juiz estaria de tal forma comprometido com a visão estatal de promoção do

bem estar social que a ele deveria ser imposto, inclusive, o deve de seguir, rigorosamente, as instruções e orientações emanadas por outras autoridades estatais no tocante à condução do processo e ao conteúdo da decisão.

Sobre o assunto, expõe Marco Alexandre (2003, p. 140):

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

Logo, considerando a adoção de um Estado Democrático de Direito, é inegável que a independência do magistrado deve, a todo custo, ser resguardada. Mas essa independência é no sentido de livrá-lo de pressões políticas e não no sentido de impossibilitar o exercício de seu poder/dever de arregimentar elementos persuasivos em busca da verdade.

4.4.3 O mito da neutralidade do magistrado e sua garantia de imparcialidade

Entre os argumentos utilizados pela doutrina dominante contra a iniciativa do juiz na colheita da prova, um dos mais invocados diz respeito a necessidade de se preservar a imparcialidade do julgador, que deve conduzir o processo sem favorecimento a qualquer das partes. Isso não ocorreria se fosse a ele concedida a possibilidade de determinar a realização de uma prova, cujo resultado viesse a beneficiar uma delas. Havia, nesse caso, quebra de imparcialidade. Entende-se, ainda, que a “investigação” unilateral por parte do juiz pode condicioná-lo psicologicamente a crer no direito que tenha sido objeto de sua própria investigação, ficando afastada a neutralidade inerente a função de julgador.

Todavia, não assiste razão a doutrina tradicional. Em proêmio, porque, quando da determinação de realização de uma prova, o juiz não sabe, de antemão,

a quem ela irá beneficiar ou prejudicar. O aumento do poder instrutório do juiz não favorece, pois, qualquer das partes; apenas proporciona a apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam atuadas corretamente.

Outrossim, como bem coloca Bedaque (2009, p. 110):

Não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão? Para ele não deve importar que vença o autor ou o réu. Importa, porém, que saia vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função.

A participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos no processo, de forma alguma afeta sua imparcialidade. Consoante Marcos Alexandre, agindo assim, demonstra o juiz estar atendo aos fins sociais do processo. A visão publicística deste, afinal, exige um julgador comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode a qualquer momento de ofício determinar que sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Para Bedaque: “trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa” (BEDAQUE, 2009, p. 113).

Deste modo, a iniciativa instrutória do julgador não pode ser considerada, desde logo, e sem qualquer exame mais acurado de todas circunstâncias processuais que a cercaram, como incompatível com a imparcialidade que é exigida deste sujeito que integra a relação processual.

Segundo os ensinamentos de Zilli (2008, p. 144):

A iniciativa instrutória de que aqui se trata é informada pela necessidade do melhor acerto possível do fato posto a julgamento em virtude do dever imposto ao juiz de aplicar, eficazmente, o direito penal. E nesses precisos termos, trata-se de situação excepcional, concretizável, apenas tão somente, quando as partes processuais não tiverem suficientemente hábeis a ponto de esclarecer o fato, seus pontos e circunstâncias relevantes. Não

pode assumir, portanto, contornos da atividade, o que lhe emprestaria características de reiteração e continuidade, sob pena, aí sim, de concentração e todos os poderes nas mãos de um único sujeito processual, abrindo espaço para que dúvidas fossem levantadas quanto à preservação da imparcialidade do julgador. Deve aproximar-se, destarte, de uma atuação supletiva àquela a cargo dos sujeitos parciais.

Há, portanto, que se romper o mito dogmático de que a imparcialidade é incompatível com a iniciativa instrutória. A idéia de neutralidade do ser humano está no plano ideal. É utópica, conforme já ressaltado, a idéia de um juiz imparcial. Como bem coloca Nestor Távora “a neutralidade judicial” é mitológica, já que conseguiu seu objetivo de obtenção da crença da quase totalidade dos juristas. Nesse sentido, com invejável sabedoria discorre Ada Pellergrini Grinover: “longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos” E, ainda, completa: “ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão” (GRINOVER, 1999,s/p.).

É muito simplista acreditar que a iniciativa instrutória garantida ao magistrado é um atentado ao seu comprometimento com a imparcialidade. Ora, acreditar dessa forma é tirar o crédito e o prestígio da própria função do julgador, qual seja, fazer justiça!, mesmo porque o juiz somente estar autorizado a agir de ofício quando a atuação das partes é deficiente, quando elas, mesmo tendo oportunidade, não esgotaram todas as maneiras de se descobrir a verdade para se fazer justiça.

Ademais, o desfecho da lide no processo penal é de interesse público, sendo certo que “os poderes” do juiz destinam-se a impedir que as partes ocultem fatos e/ou provas ou que deles venham dispor, sobre um tema que, como já dito, é de interesse da sociedade.

Logo, não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo. Conforme salienta Bedaque, esse temor de perder a imparcialidade tem contribuído de maneira decisiva para que nossos magistrados, infelizmente, deixem de utilizar os poderes instrutórios que lhe são conferidos pelo legislador. Para o sobredito autor, de certa forma, criou-se uma tradição do juiz passivo, espectador, temeroso de que qualquer iniciativa sua possa

torná-lo parcial. Como bem ressalta Bedaque, a escassez de iniciativas probatórias oficiais, mesmo quando manifestada sua conveniência, tem sido apontada como uma das causas do mau funcionamento do mecanismo judiciário. Nos ensinamentos de José Roberto Bedaque (2009, p. 115):

Essa mentalidade necessita ser alterada, a fim de que o magistrado assuma seu papel na relação processual. Juiz imparcial é aquele que aplica a norma de direito material a fatos efetivamente verificados, sem que se deixe influenciar por outros fatores que não seus conhecimentos jurídicos. Para não perder a imparcialidade, basta que o magistrado se limite ao exame objetivo da matéria fática, cuja reprodução dos autos se faz mediante as provas. Não importa quem as traga. Importa, sim, que provimento jurisdicional não sofra influência de outros elementos.

Para que o juiz mantenha a imparcialidade diante de uma prova por ele determinada, basta permitir que as partes manifestem-se sobre elas. Sem dúvida, a melhor maneira de preservar essa qualidade é submeter sua atividade ao princípio do contraditório e impor-lhe o dever de motivar suas decisões (arts 5º, LV e 93, IX da CF). Basta que suas decisões sejam fundamentadas e proferidas após o efetivo contraditório entre as partes. Aliás, o princípio do contraditório é condição de validade de qualquer prova. A manifestação desse princípio é a maior arma contra o arbítrio do julgador. Como sintetiza Bedaque: “a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo” (BEDAQUE, 2009, p. 115)

Conforme saliente sobredito jurista, “juiz ativo não se confundi com juiz autoritário”. O fiel compromisso do juiz é com a lei e com a justiça. Para Bedaque: deve ser ele independente e neutro com relação a interesses outros, pois, no que se refere àqueles amparados por lei, não há independência ou neutralidade possível” (BEDAQUE, 2009, p. 116).

Aliás, neutralidade e imparcialidade são fenômenos distintos. O julgador deve primar por sua imparcialidade. Todavia, isso não implica na existência de um juiz neutro, já que o magistrado não pode se manter distante de sua realidade

cultural e, como bem afirma Bandeira, “nem evitar as influências de psique no momento de sentenciar” (BANDEIRA, 2008, s/p.).

Com especial conhecimento, coloca o sobredito escritor (BANDEIRA, 2008, s/p):

Não deve, portanto, esconder-se no mito da neutralidade para deixar verdadeiramente de julgar, de decidir as questões relevantes que lhe são submetidas. É preciso retirar a venda da Deusa da Justiça, para que o juiz desça do mundo abstrato e dos conceitos normativistas em que se encastelou durante muito tempo e encontre atrás das regras, o ser humano, sua realidade sócio-cultural, seus valores, colocando-se na posição do outro, entrando em contato com os princípios da igualdade material, proporcionalidade, dignidade da pessoa humana, aspirando assim atingir o equitativo e o justo, através de um juízo valorativo, no âmbito dos limites da verdade processualmente possível.

Ainda seguindo os ensinamentos de Marcos Santos, a “neutralidade é anti-natural, pois todo ser humano carrega sua história permeada de valores, ideologias, filosofia, visão de mundo, idiossincrasias, desejos, sentimentos, razões e emoções”. O juiz, portanto, como ser humano de “carne e osso” ostenta toda essa gama de valores, “não podendo ser este sujeito todo poderoso, alheio à realidade e imune as influências internas e externas, para se tornar um inerte e autômato aplicador da lei” (BANDEIRA, 2008, s/p.).

Deste modo, com mais veemência, conclui-se que imparcialidade nada tem a ver com neutralidade. Isso porque não pode o julgador esconder-se da sua comunidade, de suas crenças e valores para decidir com a imparcialidade. Ao contrário, o juiz deve estar, nas palavras de Marcos Santos, “sintonizado com o seu tempo, contextualizado e atento às mudanças sociais, utilizando o seu poder criativo e sentimento para realizar em toda sua plenitude a justiça no caso concreto” (BANDEIRA, 2008, s/p.).

4.4.4 Ônus probatório e o dever de motivar

No âmbito probatório, a fixação da obrigação de provar está imposta à acusação. Cabe a esta, portanto, demonstrar a presença dos requisitos objetivos e subjetivos ensejadores do reconhecimento da prática da infração penal.

De fato, a doutrina é uníssona ao reconhecer imperativa a absolvição na hipótese de persistência da dúvida na mente do magistrado. Cuida-se da aplicação da regra de presunção de inocência na máxima do *in dubio pro réu*.

A presunção de inocência é, ao mesmo tempo, uma regra probatória ou de julgamento e também uma regra de tratamento do acusado, que deve ser considerado inocente durante o processo.

No que diz respeito a essa regra probatória, quer dizer que a carga da prova está nas mãos da acusação, a quem caberá a obrigação de demonstrar a veracidade de suas afirmações para que essa presunção seja destruída. Em outras palavras, somente é possível a existência de uma sentença condenatória se o Ministério Público comprovar o conteúdo de sua acusação, convencendo o julgador sobre a culpabilidade do acusado. Portanto, a presunção de inocência não necessita qualquer providência por parte do acusado para que seja resguardada sua inocência. Ela estará resguardada e protegida sempre que o acusador não conseguir comprovar o conteúdo de sua acusação.

Todavia, a nuance probatória no processo penal não pode ser equiparada àquela comumente encontrada no processo civil. Ainda que o Direito seja uno, não se pode olvidar da diversidade dos direitos substanciais envolvidos. O conflito de interesses de alta relevância, máxima do processo penal, não pode se contentar com formas absolutamente exatas e matemáticas de solução. Se assim o fosse, tanto a confissão quanto a revelia produziriam os mesmos efeitos aqui (processo penal) e lá (processo civil).

É preciso enxergar o ônus probatório no processo penal sob o enfoque da necessidade do melhor acerto fático possível, isto significa dizer que o

ônus probatório, por si só, não é incompatível com o reconhecimento do poder-dever de instrução do juiz. Para Marcos Alexandre (2003, p. 150):

De fato, subsistente um estado relativo de dúvida, ou melhor, um “estado de irresolução transitório” e presente uma possibilidade real de obtenção de novas provas – desde que viáveis e factíveis -, não será possível, tampouco permitido, reconhecer, desde já, um estado inafastável de dúvida ensejador da aplicação automática da máxima *in dubio pro réu*.

Como é cediço, a reconstrução fática é uma tarefa altamente problemática. Isso porque intervêm na tarefa diversas pessoas condicionadas por interesses diferentes ou concepções diversas acerca do fato criminoso, o que leva, via de regra, ao surgimento de duas ou mais versões para o caso *sub judice*. Em caso como tal, em que o estado de dúvida na mente do julgador se torna insuperável, vale dizer, quando ausente outras fontes alternativas, possíveis e concretas de prova, a absolvição será imperativa em respeito a ordem natural das coisas.

Por outro lado, o fato da reconstrução fática ser uma tarefa árdua e a possibilidade da iniciativa instrutória do juiz não autorizam os sujeitos processuais parciais, sobretudo a acusação (sobre quem recai o ônus), a se omitirem na condução de uma atividade que lhes é imposta. A obrigação de provar será sempre de quem acusa. Contudo a simples atuação deficitária da acusação não pode, necessariamente, implicar na absolvição do acusado quando ainda subsistir métodos não utilizados pelo acusador para esclarecimento da verdade.

A missão do juiz atual é a emissão de uma decisão justa (resposta para a sociedade) ao invés de conveniente para as partes. Absolver culpados, do mesmo modo quando se condena inocentes, vai de encontro com fim precípuo do processo e desmoraliza o seu principio publicístico. Logo, a simples existência do ônus probatório a cargo de quem acusa não pode justificar a passividade e a inércia do juiz. Há casos em que ele precisa sim agir para evitar que se cometa injustiça com a sociedade e com o próprio acusado.

Se é verdade que o processo foi criado para ser o substituto da guerra e do duelo, é certo que hoje ele não pode mais ser entendido dessa maneira. Os

interesses já não são eminentemente privados e o objetivo do processo não é dar vitória ao mais forte, mas sim aplicar a justiça a uma determinada situação.

Com o juiz impedido de buscar elementos para aproximar-se da realidade histórica do fato tratado no processo, a consequência imediata é que a solução dos problemas de interesse público estaria exclusivamente em mãos privadas. Caberia às partes, então, definirem o que seria o objeto da comprovação e qual prova serviria ao processo, provocando um aumento do poder de disposição das partes sobre o próprio objeto do processo.

Por outro lado, inquestionável que a decisão determinadora da produção de uma prova, independente de prévia provocação dos sujeitos parciais, deve atender a obrigatoriedade de motivação de todas as decisões judiciais. Trata-se, aliás, de dever constitucionalmente imposto (art. 93, IX, da CF).

Além dos mais a motivação é uma das fortes manifestações do devido processo legal, sendo, ainda, ambivalente sua finalidade. Sob um visão intra-processo, “fornece ao juiz um meio de auto-controle crítico”, convence “as partes” e “garante ao tribunal superior, em caso de recurso, um melhor juízo sobre a decisão da primeira instância”. Já para sob uma visão extraprocessual, a motivação atende ao controle sobre a própria justiça, constituindo meio de controle popular sobre a atividade jurisdicional. Visa, assim, tornar possível “o controle generalizado e difuso sobre o modo como o juiz administra a justiça” (ZILLI, 2008, p. 155).

Tem, portanto, a motivação duas funções: política e processual. Política, pois abre caminho para o controle da sociedade sobre a administração da justiça, limitando o poder jurisdicional e vincula as decisões à legalidade. Já sob o enfoque processual, a motivação permite averiguar se a decisão foi ou não produto da vontade pessoal do julgador e, nesse sentido, viabiliza o resguardo da imparcialidade e da independência.

Conforme arremata Marcos Alexandre (2003, p. 156):

Assim, o mesmo Estado Democrático de Direito que inspira a necessidade de um “poder-dever” instrutório do julgador, tendente a uma profícua aplicação do direito substantivo, exige que aquele se materialize por intermédio de uma decisão devidamente motivada, permitindo, dessa forma,

que os sujeitos processuais parciais tenham conhecimento das justificativas invocadas para uma postura mais ativa do juiz.

Afinal, não é concebível que o juiz traga ao processo uma dada prova que, inclusive, poderá ser decisiva para o deslinde da causa, por motivos absolutamente desconhecidos. Se assim fosse admitido, estar-se-ia permitindo que o juiz adotasse uma postura descompromissada, alimentada por sua impressão pessoal, o que, sem dúvida, constituiria grande arbítrio. A iniciativa instrutória do juiz não é uma atividade que pode por ele ser conduzida sem qualquer parâmetro ou limite. A motivação e a publicidade do processo são, justamente, uma de suas óbices, devendo ser, ao extremo, respeitadas.

4.4.5 A afirmação do princípio publicístico

Como é cediço, um conflito de interesses de alta relevância é ponto máximo do processo penal. De um lado posiciona-se o Estado, titular do poder de punir e destinatário do dever de respeito à liberdade. De outro, situa-se o acusado, titular da liberdade e destinatário do dever de cumprir a sanção penal que lhe fora imposta após o devido processo legal. Essa justaposição nos dá a clara idéia de que o interesse prevalente no processo penal é de natureza pública, o que permite afirmar que o princípio que o sustenta é o publicístico que, por sua vez, tem natureza dúplice. Isso porque o processo penal presta “para tornar efetiva a aplicação das normas de direito material”, mas também e, “precipualemente, para impedi-las todas, referentemente a quem não tenha praticado a infração penal que se lhe quer imputar” (ZILLI, 2003, p. 112).

Impor pena a quem realmente seja o autor do crime e repelir a aplicação desta a inocentes é a atuação processual inerente ao Estado, que chamou para si a responsabilidade de zelar pela ordem social. A inversão desses fatores implica em desequilíbrio e descrédito, afinal o interesse do Estado não está

direcionado apenas à imposição de pena, mas na realização da “justiça penal” que tanto pode estar na condenação de um criminoso como na declaração de inocência daquele que não praticou a infração penal ou que agiu legitimamente.

No entanto, para que esse ideal seja atingido, necessário que haja uma precisa e correta aplicação da lei penal, o que, sem dúvida, só será possível após um exame acurado do fato criminoso trazido a julgamento. E é justamente nesse sentido que se insere a propalada idéia de busca pela verdade.

4.4.6 O mito da verdade real

A análise desse princípio deve se iniciar pelo conceito de verdade que, esclareça-se desde já, é sempre relativa, até findar-se com a conclusão de que há impossibilidade de se extrair dos autos o fiel retrato do crime.

Ensina Malatesta que a verdade é “a conformidade da noção ideológica com a realidade” e que a certeza “é a crença nessa conformidade, gerando um estado subjetivo do espírito ligado ao fato, sendo possível que essa crença não corresponda à verdade objetiva”.

Como assevera Marcos Antonio Santos: “a verdade ontológica ou absoluta é inatingível aos seres humanos, pela incapacidade de se reconstruir um fato que está no passado” (BANDEIRA, 2008, s/p.). Aliás, os próprios filósofos afirmam que “não existe nenhuma verdade, absolutamente nenhuma, porque o mundo não é real. A própria verdade científica somente existe até que outra venha refutá-la”.

Thumus, (2006, p. 182) lembra que Einstein já dizia: “a verdade tem um tempo de validade”, asseverando que “nas ciências sociais, notadamente nas jurídicas, o homem é arrogante, petulante, audacioso (soberbo) e ao mesmo tempo temerário, ao afirmar que busca a verdade absoluta no processo penal”.

Diante deste cenário, não pode o juiz assegurar ter alcançado a verdade objetiva, aquela que corresponde perfeitamente ao acontecido no plano real. O magistrado deve sim ter uma crença segura da verdade que transparece por meio das provas colhidas no processo e, analisando-as e valorando-as, condena ou absolve.

A respeito do tema, escreveu Nucci (2008, p. 65):

Material ou real é a verdade que jamais se aproxima da realidade. Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido por homens, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes.

Todavia, apesar de sua colocação, continua Guilherme de Souza (2008, p. 66): “ainda assim, falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade” e ainda completa:

Afinal, estando em jogo direitos fundamentais do homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser afetados seriamente por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquele que mais se aproxima do que realmente aconteceu.

Para completar, é a lição de Rogério Lauria Tucci (2009, p. 105) acerca da verdade material:

Trata-se, com efeito, de atividade concernente ao poder instrutório do magistrado, imprescindível à formação de sua convicção, de que, inequivocadamente, se faz instrumento; e à qual se agrega, em múltiplas e variadas circunstâncias, aquela resultante do poder acautelatório, por ele desempenhado para garantir o desfecho do processo criminal.

Deste modo, sinteticamente, o princípio da verdade real implica em dizer que o magistrado deve buscar provas tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente. Aliás, no nosso Código de Processo Penal há inúmeros ilustrativos dessa colheita de ofício e da expressa referência a busca da verdade real. São, por exemplo, o que dispõem os artigos 209, 234, 147, 156, 566 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, como já adiantado, a obtenção da verdade plena configura, pois, um mito que não se sustenta diante da realidade imposta pela obediência aos métodos de accertamento regrados por um Estado Democrático de Direito.

Por isso e, precipuamente, considerando que a busca pela famigerada verdade real credenciou a delegação de poderes instrutórios ao juiz-inquisitor (aquele que concentrava em si as funções de acusar, defender e julgar) é que no processo penal, de fato, não se deve falar em verdade real “como algo coincidente com a realidade histórica dos fatos, pois esta é utópica” (BANCEIRA, 2008, s/p).

Portanto, sem jamais olvidar do esforço que deve permear todo o processo penal de “reconstrução retrospectiva de um evento real, cuja valoração, observados certos critérios, conduz à imposição de uma dada sanção”, deve-se ter consciência de que o que se descobre é “uma verdade obtida por vias formalizadas, ou seja, uma verdade processual” (ZILLI, 2003, p. 114).

Por outro lado, esse relativismo inerente à chamada verdade processual não impede que se estabeleça, como meta primordial, a descoberta da verdade. Afinal, nas palavras de Magalhães Gomes: “não se poderia conceber uma sentença justa que não estivesse amparada pela preocupação de uma verificação correta dos fatos”.

Justamente para possibilitar a sentença justa é que o princípio da verdade real quer que o magistrado seja co-autor na produção de provas. Esse princípio muitas vezes inspira o afastamento da aplicação literal dos dispositivos legais. Exemplo disso é o que ocorre quando a parte pretende ouvir mais testemunhas do que permite a lei. Invocando a busca da verdade real, pode obter do magistrado a possibilidade de fazê-lo.

No âmbito do processo civil é comum observar os que os doutrinadores colocam a existência da “verdade formal” em contraposição à verdade material. Formal porque o juiz não está obrigado a buscar provas, mormente em ações de conteúdo exclusivamente patrimonial, que constitui interesse disponível, contentando-se com a “verdade” trazida pelas partes e extraindo sua conclusão com o se emerge do processo. Sabemos, também, que os doutrinadores vêm tornando relativo o princípio da verdade formal no processo civil, mencionando vários dispositivos do Código de Processo Civil que importariam ao magistrado o dever de buscar a prova da verdade tanto quanto as partes, sem qualquer distinção entre os interesses que estão em jogo (se disponíveis ou indisponíveis). Fazem menção, exemplificadamente, aos artigos 130, 342, 355 e 440 do Código de Processo Civil.

Marco Antônio de Barros, fazendo alusão a referidos artigos, coloca: “constituem providências que melhor se encaixam à estrutura do princípio da verdade material, sobretudo pela previsão de diligências investigativas que podem ser ordenadas pelo juiz *ex officio*, isto é, independentemente da iniciativa ou vontade das partes”

Com grande sabedoria, conclui sobredito autor (BARROS, 2002, p. 107):

Isto releva, mais uma vez, a tendência publicista do Direito processual moderno, que se destina a produzir a efetivação da justiça, em cujo contexto inclui-se a providencial intervenção do juiz durante a instrução do processo, realizada com o propósito de garantir a paz social.

É inquestionável que a verdade é sempre una e relativa, já que se constitui na busca inviável, no processo, de encontrar a realidade dos fatos tal como ocorreram. A verdade é apenas uma noção ideológica da realidade, motivo pelo qual o que é verdadeiro para uns não é para outros. E não há porque estabelecer-se diferenças entre a verdade buscada no processo civil (formal) e a verdade buscada no processo penal (material).

Os defensores da separação entre os conceitos de verdades sustentam sua posição na existência de finalidades diversas no processo civil e no

processo penal. Para eles, enquanto na esfera cível o magistrado pode simplesmente consignar-se como uma posição espectadora na produção de provas, no contexto criminal tem o dever de atuar como autêntico co-participante na busca dos elementos probatórios. Nessa esteira, Benedito Roberto Garcia Pozzer (s/a, s/p) explica que:

No processo penal, diferentemente, dada a indisponibilidade dos direitos em confronto, deve-se buscar a verdade dos fatos o mais próximo da realidade acontecida. O julgador não pode contentar-se com a verdade apresentada pelas partes. Ao contrário, busca, incansavelmente, os verdadeiros fatos, encontrando limites, somente, na moral e legalidade das provas.

Todavia, a visão publicista do processo e sua própria função social vêm nos mostrando justamente o contrário. O desenvolvimento do processo (em qualquer de suas modalidades) tem nos mostrado que a verdade é uma só, seja no âmbito civil, seja no âmbito penal. O cerne da discussão, no entanto, reside no fato de no processo civil, em tese, trabalhar-se com direitos disponíveis e no processo penal, sem dúvida, com direitos indisponíveis. Não obstante, a nova visão de processo deve fazer-nos crer que a disponibilidade do direito material não influi sobre a sua dinâmica.

Se a jurisdição é a atividade estatal destinada à atuação da lei; se a ação é o poder de estimular essa atividade e fazer com que ela atinja seu objetivo; se a defesa é pressuposto de legitimidade do provimento e imprescindível à correta imposição da norma no caso concreto, o processo, palco em que essas três atividades se desenvolvem, deve ser considerado o meio através do qual se via a um provimento justo.

Nessa seara, como instrumento da função estatal, tem necessariamente natureza pública (independente de qual espécie de direito material está veiculando) já que o Estado tem interesse na integridade do ordenamento jurídico e na pacificação social. Outrossim, o processo (independente de sua vertente, se penal, se civil) tem sua função social, vez que o Estado, além de criar a ordem jurídica, assumiu também a sua manutenção, tendo ele interesse em tornar realidade a disciplina das reações intersubjetivas previstas nas normas por ele mesmo editadas. Deste modo, o papel ativo do juiz dentro de um processo

considerado instrumento da função estatal, ainda que de ordem civil, não afeta a liberdade das partes, que podem normalmente “renunciar, transigir, desistir”. Mas a solução processual está nas mãos do juiz, que não pode por isso ser “obrigado a satisfazer-se com a atividade instrutória das partes, mesmo no processo civil dispositivo”.

Não se deve e nem pode contentar o juiz com provas trazidas pelas partes, mormente se detectar outras fontes possíveis de buscá-las. Todavia, a busca pela verdade material, aquela situada o mais próximo possível da realidade, não quer dizer a ilimitada possibilidade de produção de provas, pois há vedações constitucionais e legais que necessitam ser respeitadas como, por exemplo, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos.

Logo, é imprescindível que o julgador seja dotado de um “poder” que o ajude e que ilumine o caminho árduo trilhado no processo, pois cabe somente a ele o poder jurisdicional consistente na aplicação do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para se solucionado. O exercício desse poder, por óbvio, supõe outros, inerentes a própria justiça penal. Outrossim, a busca pelo melhor acerto fático necessita dessa competência instrutória. O juiz para não ser displicente, mostrando descaso com o interesse público e com a liberdade jurídica do cidadão e o bem jurídico protegido, deve aplicar o direito objetivo da forma mais correta e justa possível, o que somente será possível com a perfeita delimitação fática sobre a qual incidirá o mandamento normativo.

Importante destacar que esse “poder” de apuramento fático não será exercido de maneira preponderante e sufocadora a qualquer atuação das partes processuais. Se assim o fosse, representaria verdadeira atividade quando, em realidade, está inserido no poder jurisdicional que é inerente ao magistrado. Esse apuramento fático, é concretizado por intermédio de iniciativas que, longe de experimentarem comportamentos reiterados, indicam atuação esporádica, isto é, a “iniciativa do juiz” estará voltada à busca e ao recolhimento de elementos úteis para o melhor acerto fático, considerando uma afirmação feita na inicial, pelo órgão acusador. Não é, como já reforçado, uma tarefa investigativa, mas tão somente instrutória.

4.5 Comparação com o Processo Civil

Houve uma variação muito grande na forma como a persecução penal foi encarada pelas sociedades. Como bem coloca Fonseca (FONSECA, 2008, p. 212/215), sempre houve um movimento pendular, geralmente provocado por traumas políticos ou religiosos, onde o processo penal ora era encarado sob o ângulo do interesse público, ora sob o ângulo do interesse privado. Já o mesmo fenômeno não se verificou tão claramente no processo civil.

Tratando basicamente de temas ligados ao direito privado, o processo civil sempre foi visto como gerenciador de questões eminentemente particulares. Por essa razão, o órgão encarregado de julgar não manifestava um maior interesse particular em participar ativamente na discussão sobre o tema que lhe havia sido apresentado pelas partes, cabendo a elas todo o esforço necessário para demonstrar a veracidade dos argumentos que apresentavam em juízo.

Contudo, a complexidade das sociedades contemporâneas fez com que vários dos temas levados aos tribunais dissessem respeito não só as partes, mas também a uma gama de pessoas afetadas que não haviam participado do processo.

Sentindo essa mudança, os processualistas civis, pouco a pouco, iniciaram um trabalho voltado ao reconhecimento do caráter público do processo. Com isso, procuraram demonstrar a importância de se abandonar a idéia de que nele somente eram tratadas questões de ordem privada, o que servia para justificar uma aparente falta de interesse do Estado sobre o objeto da demanda.

Todo esse esforço fez com que houvesse a concretização da mudança desejada na forma de ver e entender o processo civil. E uma das principais alterações verificadas foi o abandono da tradicional inércia judicial, passando o julgador a participar na produção de prova, mas sempre em caráter secundário.

Nas palavras de Mauro Fonseca (2008, p. 213-214):

Como resultado disso, hoje encontramos autores que encaram as partes não como os donos dos destinos do processo, mas como *colaboradores* do órgão judicial, ou então erigindo o juiz e as partes à categoria de *cooperadores* na busca de uma solução mais eficiente e rápida ao litígio, batizando tal inovação com o nome de *princípio da colaboração ou cooperação*. Em resumo, o processo civil contemporâneo abandonou sua tradicional configuração liberal, para assumir um caráter público, mais preocupado com a efetividade do processo, acessibilidade da justiça a todos e a uma correspondência mais próxima entre a fundamentação *in facto* da decisão e a realidade social.

Essa breve exposição nos mostra que o caminho que se pretende dar ao processo penal é diametralmente oposto ao trilhado pelo processo civil. Barbosa Moreira explica esse retrocesso asseverando que ele se encontra justamente na restrição da atividade do juiz durante a fase de produção de provas, sob o argumento da preservação da neutralidade do julgador.

Ora, a complexidade da vida em sociedade, faz com que, em determinados temas, uma decisão judicial extrapole a esfera particular de cada uma das partes, podendo vir a atingir o meio social como um todo. Esse é o fundamento para que, no préstimo da função jurisdicional, o ideal a ser buscado pelo juiz seja o da aplicação da justiça ao caso concreto, deixando de lado critérios de conveniência das partes. E, para tanto, necessita ele ter uma maior liberdade de ação, ao final alcançada pelo processo civil.

Portanto, essa visão do julgador passivo nada mais é que uma clara expressão do modelo privastístico de justiça que se quer, atualmente, implantar no processo penal. Nas palavras de Mauro Fonseca: “utilizando uma linguagem mais *política*, não se pode negar que a proibição do juiz passivo no processo penal demonstra que o discurso *neoliberal* também chegou às portas da justiça criminal” (FONSECA, 2008, p. 214). E a maior prova disso é a total ausência de fundamento histórico, teórico e mesmo do direito comparado que venha a sustentar a obrigatoriedade de o sistema acusatório adotar a figura do juiz inerte.

A consequência dessa exposição é que o processo seria algo desprovido de qualquer interesse público, pois o que importa é o que acusador e acusado querem alcançar com ele, seja qual for o tema em discussão. Enfim, ele

voltaria a ser o que um dia foi o processo civil, quando a passividade do julgador o convertia “em um simples acessório do direito privado” (FONSECA, 2008, p. 215).

4.6 O artigo 156 do Código de Processo Penal

Vários autores, sobre o tema “poderes instrutórios do juiz no processo penal” concluem que se manteve, principalmente ao inserir no CPP à nova redação ao art. 156, o qual dispõe sobre o poder de “gestão da prova” do juiz, a característica própria do sistema inquisitivo, característica essa inadequada à opção constitucional do sistema acusatório. Dispõem esses autores que o poder do juiz de interferir nas provas afeta sua imparcialidade, transformando-o em um juiz investigador e inquisitor.

Todavia, insta consignar que a postura adotada pelo magistrado atual sofreu substancial mudança. Os paradigmas de resguardo da inércia foram se desfazendo e, atualmente, diante da nova concepção de processo, exige-se um juiz mais atuante, “um juiz preocupado com as partes que existem escondidas nas folhas dos autos do processo” (PINTO, s/a, s/p.).

Por tal motivo, o reconhecimento de uma iniciativa instrutória do juiz não é, por si só, incompatível com a modelagem acusatória, embora o maior envolvimento do juiz, em todos os termos do processo, constitua característica marcante do sistema inquisitório.

A autora Tartiere Mesiter Pinto propôs-se a analisar a constitucionalidade da nova redação conferida ao art. 156 do Código de Processo. Para tanto, analisou os sistemas acusatório e inquisitório e o objetivo da reforma do CPP. Após minucioso trabalho, concluiu que o “juiz não é mais mero espectador, como afirmava Aury Lopes Jr. (PINTO, s/a, s/p.).

Assegura seu posicionamento considerando a nova postura que um juiz atuante deve ter diante das normas. Assim, cita Renato Nalini:

A pretensão segundo a qual cada norma possui um único significado autêntico ou verdadeiro e que existe uma regra para cada suposto se revelou simplesmente uma ilusão metafísica. Ao contrário, toda pauta normativa possui uma estrutura aberta – uma *open texture* – suscetível de assumir significados distintos.

Referida autora aduz, ainda, que interpretar é mais do que aplicar a norma. É atingir o seu âmago, é saber extrair dela toda a sua abrangência. Para corroborar sua idéia, cita Geraldo Prado (PINTO, s/a, s/p):

A relevância do processo hermenêutico para a imposição predominante dos direitos fundamentais na esfera penal é tão significativa, que vale recordar que o intérprete, este mediador, principalmente se for o juiz penal, sempre contribuirá decisivamente na escolha dos valores que o guiarão, por meio da assunção de significados concernentes a uma determinada concepção de Direito. Interpretar deriva de *interpres*, isto é, mediador, intermediário, de sorte a estabelecer-se no processo de interpretação a mediação entre o texto e a realidade para, de acordo com o Baracho, desenvolver-se o processo intelectual através do qual, partindo da forma lingüística contida no ato normativo, chegar-se ao seu conteúdo ou significado. Caso contrário, o juiz estaria reduzido a mero instrumento de aplicação mecânica de um texto legal, suscetível de ser substituído com muitas vantagens por um computador. Eis a razão de Couture ter dito que: “Interpretar é, ainda que inconscientemente, tomar partido por uma concepção do Direito, o que significa dizer, por uma concepção do mundo e da vida. Interpretar é dar vida a uma norma. Esta é uma simples proposição hipotética de uma conduta futura. Assim sendo, é um objeto ideal, invisível (...) e suscetível de ser percebido pelo raciocínio e pela intuição. O raciocínio e a intuição, todavia, pertencem a um determinado homem e, por isso, estão prenhes de subjetivismo.

Diante dessa exposição, coloca a autora que, embora aparentemente o livre arbítrio do julgador se contraponha aos limites impostos pela norma, invocando que “a liberdade conferida ao juiz para interpretar a lei e buscar a justiça não pode derrubar ou destruir o princípio da imparcialidade imposto ao julgador” (PINTO, s/a, s/p.), é necessário assinalar que o conceito de imparcialidade, bem como a visão de neutralidade do juiz sofreram alteração, não sendo mais absolutos. Assim, finalizando sua idéia, menciona, mais uma vez, as lições de Nalini:

A imparcialidade do juiz moderno não deve ser pensada como alienação e distância do drama cuja tentativa de solução lhe é apresentada. Diante da ruptura de paradigma do edifício jurídico, sem substituição por outro, a neutralidade do juiz também se perdeu. Imparcialidade, para o juiz, passa a ser o equilíbrio para entrever a alternativa possível no encaminhamento do conflito. À solução viável não se chegará, se desatento da realidade circundante

E com interessante argumentação, conclui seu posicionamento ao lembrar que todas as mudanças legislativas caminham para efetivar a aplicação dos princípios constitucionais, asseverando que a concretude dos Direitos Fundamentais é incumbência do Poder Judiciário, o que justifica sua atuação positiva em relação à iniciativa instrutória. Com efeito, o seu entendimento:

Por derradeiro, conclui-se que todas as mudanças legislativas caminham lado a lado à aplicação dos Princípios; já não se pode mais resolver conflitos apenas intrincados nas normas legais. O art.156 do Código de Processo Penal alterado pela lei 11.690 de 2008 possivelmente abalroou as noções do Direito Processual Penal tradicional, mas não surpreende se visto por todo esse enfoque aqui estudado, não se pode exigir do julgador inovações, atuações mais fortes em determinadas áreas e desejar excluí-lo de outras, o direito é um Sistema, e como tal é integrado, necessário se perfaz ter o conhecimento dessas conseqüências. A questão paira sob uma visão mais profunda, não basta discutir a constitucionalidade da norma, deve-se perceber que há necessidade de um novo olhar sobre a relação texto-norma. Lenio Luiz Streck com sábias palavras diz que existe uma marcante diferença entre o que tem sido chamado de ativismo judicial ou jurisprudência de valor e ainda acrescenta a chamada Nova Crítica ao Direito, com certeza, é isso que se almeja na interpretação deste artigo do código de processo penal.²⁸ O Poder Judiciário deve ser atuante, deve, se oportuno, esquecer a justiça legal para alcançar a justiça social. O desprendimento da dogmática não significa sempre ilegalidade ou imparcialidade. É nítido o comprometimento do Poder judiciário com os Direitos fundamentais elencados na Constituição e não é um mero texto legal, por ora, alterado, que irá destruir o bom senso dos nobres julgadores deste magnífico Poder que é o Judiciário.

Aliás, sobre a aplicação do art. 156 do Código de Processo Penal e seus limites, Charles Emil invoca a observância de parâmetros de incidência, asseverando que (MARTINS, s/a, s/p.):

Conforme inovação introduzida pelo atual inciso I do art. 156 do CPP, que pela abrangência da sua redação e pela amplitude da faculdade que

confere ao juiz, vem sendo considerado inconstitucional por alguns setores da doutrina. Sem ressaibos de dúvida, a previsão legal merece ser vista *cum granus salis*, não podendo ser interpretada literalmente, visto que somente poderá ser considerada válida se se lhe der interpretação compatível com a Constituição. Nesse toar, entende-se que a faculdade prevista no predito inciso I, deve ser interpretada restritivamente, devendo ser submetida às seguintes condicionantes: **a)** prévia existência de uma investigação preliminar, instaurada por autoridade que possua atribuição para tanto (inquérito policial, procedimento de investigação criminal, etc.). Embora o inciso I não faça tal exigência, seria violentar mortalmente o princípio acusatório admitir-se que qualquer juiz, a qualquer momento e segundo seu livre talante, desse início a atos de investigação, a pretexto de produção antecipada de provas. Se assim procedesse, o magistrado estaria abdicando da sua posição processual, arvorando-se em Delegado de Polícia ou Promotor de Justiça, desvirtuado o seu poder instrutório que, como visto em linhas anteriores, é eminentemente supletivo; **b)** Mas não basta a existência de uma investigação preliminar, é preciso que, de algum modo, o procedimento investigatório seja posto à apreciação judicial, pois somente dessa forma poder-se-á auferir a competência do magistrado para a determinação antecipada da prova; **c)** Tratando-se de nítida medida cautelar, a produção antecipada de provas submete-se aos pressupostos probatórios e cautelares ínsitos à espécie: o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*; **d)** Por fim, deve-se ter em mente que tal possibilidade está limitada, por lei, aos critérios de adequação e proporcionalidade. A propósito, a legalidade desta iniciativa probatória, de ofício, antes mesmo de iniciada a ação penal, já foi decidida pelo STJ em decisão confirmada pelo STF (respectivamente, REsp 582.881/PR, DJ 02.02.2004 e HC 84.051/PR, DJ 02.03.2007).

Desta feita, não há que se falar em incompatibilidade do art. 156 do Código de Processo penal frente à Constituição da República. Isso porque, conforme assevera Nucci, a finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso. E justamente por ter a prova essa missão é que, objetivamente, o ônus da prova diz respeito ao juiz, na formação de seu convencimento para decidir o feito, buscando atingir a certeza da materialidade e da autoria, de acordo com as provas produzidas. Assim, a atuação de ofício pelo juiz é decorrência dos princípios da verdade “real” e do impulso oficial. Em homenagem ao “melhor acerto fático” deve o magistrado determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve, contudo, ter a preocupação de, com isso, favorecer acusação ou defesa.

O impulso oficial também é princípio presente no processo, fazendo com que o juiz provoque o andamento do feito, até final decisão, queiram as partes ou não. O procedimento legal deve ser seguido à risca, designando-se audiências

previstas em lei e atingindo o momento culminante do processo, que é a prolação da sentença (NUCCI, 2008, p. 345-346).

4.7 Considerações Finais Acerca do Tema

Como bem se viu, o ativismo judicial não desprestigia nem desrespeita os preceitos constitucionais, ao contrário, enaltece a necessidade pela busca do processo justo. Processo justo ou o devido processo legal é aquele que estruturalmente assegura e contempla as garantias de justiça, quais sejam, juiz independente e imparcial; partes tratadas com igualdade; contraditório e ampla defesa; sendo que aquele que tem razão deve receber tutela adequada, tempestiva e efetiva, entre outras.

Não podemos ignorar o nosso Código de Processo Penal, datado de 1941, em que pese concebido em plena em ótica inquisitiva. É preciso, todavia, ao invés de ignorá-lo, readaptá-lo e aplicá-lo segundo as vertentes constitucionais. E justamente nesse sentido entra em cena os poderes instrutórios concedido ao magistrado. Não são eles incompatíveis com a nova ordem Constitucional.

Aqueles que criticam esse “poder” do julgador sustentam que, no Brasil, o processo não pode iniciar nem continuar sem a iniciativa do Ministério Público. É, aliás, o que determina o art. 129, I, da Constituição Federal. Todavia, Antônio Scarance Fernandes, amparado nas lições de Vicente Grecco Filho, estabelece os verdadeiros limites impostos pelo art. 129 da Constituição Federal. Assim, coloca que sobredito artigo: “não retira do juiz os poderes inquisitivos referentes à prova e perquirição da verdade[...]. O que se repele é a inquisitividade na formulação da acusação, a qual deve ser privativa do Ministério Público ou do ofendido”.

E mais, em sua consagrada obra de “processo penal constitucional”, Scarance (2007, p. 200) diz textualmente:

[...] tem o juiz importante papel na produção da prova. Para que possa proferir decisão justa e conforme a realidade, deve instruir a causa mediante efetiva participação na realização do material probatório, seja no garantir às partes a plenitude do direito à prova, seja no determinar, de ofício, a efetivação de prova relevante.

Outrossim, como se não bastasse a exata colocação de Scarance, a opção clara e inequívoca do constituinte por adotar o Estado Democrático de Direito – maior ditame constitucional -, que tem, entre seus objetos fundamentais, “a construção de uma sociedade justa e a promoção do bem de todos”, conforme preconiza o art. 3º da Carta Magna, consagra a opção de política criminal feita pelo legislador, não podendo ela ser tachada de inconstitucional, pois essa preferência ressalta veementemente a importância do caráter publicista do processo e a necessidade de compreendê-lo como instrumento que deve respeitar sua função social. Com efeito, é a lição de Ada Grinover (s/a, s/p):

O direito processo é ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas. Tem ele fins distintos de seu conteúdo e esses fins se confundem com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e do seu instrumento, o processo, não se colocam com vista à parte, a seus interesses e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste. A observância das normas jurídicas postas pelo direito material interessa à sociedade. Por via de consequência, o Estado tem que zelar por seu cumprimento, uma vez que a paz social somente se alcança pela correta atuação das regras imprescindíveis à convivência das pessoas. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social. Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social.

Como bem se observa, a renomada jurista enaltece a importância de se reconhecer a função social do processo penal. E, nessa concepção, o papel do

juiz, mormente em um processo publicista, é necessariamente ativo, devendo ele, para exercê-lo, estimular o contraditório, tornando sua atividade efetiva e concreta.

Deve, ainda, como bem salienta Ada, suprir às deficiências das partes, superando as desigualdades, não podendo se satisfazer com a “plena disponibilidade das partes em matéria de prova”.

Engrandecendo a necessidade pela busca da verdade e defendendo, mais uma vez, a posição ativa do juiz nesse sentido, expõe Grinover (s/a, s/p):

Nessa visão, que é eminentemente política, é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário. Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento. Isto não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele.

Ainda sobre o assunto, continua a discorrer (GRINOVER, s/a, s/p):

Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará. O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento. Mas, se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado. Até as regras processuais sobre a preclusão, que se destinam apenas ao regular desenvolvimento do processo, não podem obstar ao poder-dever do juiz de esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau possível de certeza, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente acontecerá se o provimento jurisdicional for o resultado da incidência da norma sobre fatos efetivamente ocorridos. Mas se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado.

Ada coloca, ainda, que nem mesmo as regras processuais sobre a preclusão podem impedir o juiz de atuar com o seu poder-dever de esclarecimentos dos fatos, pois a sua missão é pacificar o conflito com justiça, sendo certo que somente será alcançada se o provimento jurisdicional for fruto da incidência da norma sobre os fatos devidamente apurados e efetivamente ocorridos.

Sabe-se que o não exercício de uma faculdade ou o não cumprimento de um ônus processual no momento adequado implica, em princípio, perda da possibilidade de fazê-lo. Pensando desse modo, por certo, que a preclusão constitui-se em óbice à tese da iniciativa intrutória oficial, pois em todos os procedimentos existem momentos adequados para o requerimento da produção de prova pelas partes. Eventual omissão gera preclusão, impedindo a determinação de prova pelo juiz. Todavia, tal raciocínio praticamente eliminaria esse poder do juiz.

Verifica-se, portanto, a necessidade de compatibilização entre a posição ora defendida e o instituto da preclusão. Seguindo o mesmo raciocínio de José dos Santos Bedaque coloca (2009, p. 19):

Diante da omissão da parte a quem competia a providência, deve o magistrado valer-se dos demais elementos constantes dos autos para formar sua convicção. Todavia, se forem eles insuficientes, pode e deve o juiz, justificadamente, determinar a produção de outras provas, ouvindo até mesmo testemunhas não arroladas no momento adequado.

Deste modo, podemos dizer que as regras processuais sobre preclusão destinam-se apenas a possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual. Não podem, porém, prevalecer sobre o poder/dever do magistrado de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça. Afinal, como bem salienta Bedaque: (2009, p. 19)

A preclusão faz com que a parte não mais possa exigir a produção da prova por ela desejada. Mas não afasta o poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas que, a seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido.

Portanto, é preciso adequar as normas processuais sobre preclusão à garantia constitucional do devido processo legal, em que se incluiu, indubitavelmente, o direito à prova. Finalizando seu pensamento, refletindo sobre o não comprometimento da imparcialidade do juiz, José Roberto (2009, p. 19) menciona:

Não parece haver risco para a imparcialidade se o juiz assim proceder, desde que não o faça por motivos outros, escusos, esses sim ilegítimos. Se a atividade instrutória oficial destina-se simplesmente à formação do convencimento do julgador, que a determina em razão de verificar a existência, nos autos de meios aptos à apuração dos fatos controvertidos, a iniciativa não compromete a imparcialidade.

Destarte, não pode a iniciativa probatória oficial subordinar-se às regras sobre preclusão. Aliás, essa conclusão é aplicável inclusive em segundo grau de jurisdição, podendo o relator do recurso ou a turma julgadora converter o julgamento em diligência, para solução de determinada prova considerada essencial.

Conforme ressaltado por Ada Grinover, o processo penal não é um jogo, em que se pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas sim um instrumento de justiça. Deste modo, a visão de Estado social não admite a posição conformista e passiva do juiz. Nos ensinamentos da sobredita jurista: “a pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte” (GRINOVER, s/a, s/p.).

Refletindo, também, sobre a iniciativa instrutória no campo da imparcialidade do julgador, Ada coloca com propriedade que, longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa de produção de provas assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. Assim finaliza seu pensamento: “ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão. Ainda que não atinja a verdade completa, a atuação ativa do juiz lhe facilitará inegavelmente o encontro de uma parcela desta” (GRINOVER, s/a, s/p.).

No entanto, não esquece a autora de colocar a existência de limites a esse exercício. Para ela, existem balizas intransponíveis à iniciativa oficial, que se

desdobram em três parâmetros: “rigorosa observância do contraditório, obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas.

Discorrendo acerca de cada óbice, Grinover coloca que o contraditório, entendido como a participação efetiva das partes na produção da prova, é condição de validade destas, sendo certo que não serão consideradas provas lícitas aquelas que não passarem por esse processo de bilateralidade. Para Ada Pellegrine: “a melhor maneira de preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas – as produzidas pelas partes e as determinadas *ex officio* pelo juiz – ao contraditório” (GRINOVER, s/a, s;p.).

A motivação das decisões judiciais também constitui forte barreira à iniciativa *ex officio* do magistrado. Conforme menciona renomada jurista, “seja no momento de determinar a produção de uma prova, seja no momento de valorá-la, a decisão do juiz há de ser fundamentada”. Outrossim, a licitude e legitimidade da prova constituem outro limite à postura ativa do juiz. O magistrado não pode determinar que se produzam provas que vulnerarem as regras constitucionais ou processuais. Segundo expõe a professora do Largo São Francisco: “trata-se do tema das provas ilícitas e ilegítimas [...]. A certeza buscada em juízo deve ser ética, constitucional e processualmente válida”.

Portanto, desde que o juiz respeite esses parâmetros, poderá ele perfeitamente determinar a produção de provas quando entender necessário.

Aliás, o que foi dito até agora aplica-se a qualquer tipo de processo e não ao processo penal. Essa dinâmica não incide somente no processo acusatório ou tem a ver com o processo civil dispositivo. Para Ada, e é o entendimento que se adota no presente trabalho, “tem a ver exclusivamente com a visão publicista do processo e com a sensibilidade para com a função social”.

Conforme já ilustrado, o sistema acusatório, de forma alguma, é incompatível com o ativismo judicial, ou seja, “o modelo acusatório não interfere com os poderes instrutórios. Suas características fundamentais são bem diversas”. Como bem finaliza a autora: “A separação nítida das funções de acusar, defender e julgar não demandam um juiz inerte e passivo”.

Explicando o exato sentido da frase, Ada leciona (s/a, s/p):

A questão que envolve os elementos probatórios colhidos durante a investigação e sua inidoneidade para servir de base para a formação do convencimento do juiz é estranha à problemática da iniciativa instrutória oficial. Esta se circunscreve ao processo, o qual é instaurado após acusação formal do Ministério Público (ou do querelante, seu substituto processual, na ação penal de iniciativa privada). Não se confunda o que se disse quanto aos poderes do juiz no processo e à sua iniciativa probatória com a atribuição de poderes para buscar elementos probatórios durante a fase da investigação prévia. Esta não pode ser confiada ao juiz, sob pena de se retornar ao juiz-inquisidor do modelo antigo. Durante a investigação, o juiz do processo acusatório tem apenas a função de determinar providências cautelares. Por isso, é oportuno que o juiz da investigação prévia (a cargo do Ministério Público e/ou da polícia judiciária) seja diverso do juiz do processo. É neste, e somente neste, que deve ser estimulada a iniciativa oficial.

Remetendo-se ao processo civil, Ada conclui que da mesma forma como é necessária a atividade do juiz no processo penal, imprescindível que seja também no processo civil. Nesses termos, explica (GRINOVER, s/a, s/p):

No processo civil, a regra da iniciativa oficial no campo probatório impõe-se mesmo quando o objeto do processo forem relações disponíveis de direito material. Seria até fácil sustentar que no processo civil dispositivo não cabe a iniciativa instrutória do juiz, reservada aos processos que versem sobre direitos indisponíveis, entre os quais avulta o processo penal. Mas não é disso que se trata. José Roberto dos Santos Bedaque, na obra *Poderes instrutórios do juiz* (Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., São Paulo, pp. 65 e segs.), demonstra à saciedade que a iniciativa instrutória oficial não passa exclusivamente pelo processo civil que verse sobre direitos indisponíveis. A disponibilidade do direito material não influi sobre o processo, que, como instrumento da função estatal, tem invariavelmente natureza pública e cuja finalidade social, de pacificar com justiça, não se altera consoante seu objeto. O papel ativo do juiz na produção da prova não afeta de modo algum a liberdade das partes. Têm elas a plena disponibilidade do direito material, podendo, por exemplo, renunciar, transigir, desistir. Mas a solução processual está nas mãos do juiz, que não pode por isso ser obrigado a satisfazer-se com a atividade das partes, mesmo no processo civil dispositivo.

Diante dessa sábia exposição, há de se concluir que a dicotomia direitos disponíveis/indisponíveis, a qual se restringe exclusivamente ao direito material, não se vincula a iniciativa instrutória do julgador. Isso porque, ainda que disponível a relação material, não perde o Estado, representado, no processo, pelo

juiz, o interesse pela correta aplicação da jurisdição. Seria incongruente acreditar que o Estado só teria interesse que seja feita a Justiça nos processos em que esteja em jogo direitos que não podem ser dispensados pelas partes.

E é justamente nesse ponto que Ada coloca que não há mais motivos para se diferenciar verdade real de verdade formal, entendendo esta como inerente ao processo civil e àquela inerente ao processo penal. O conceito de verdade, como já dito, não é absoluto ou ontológico. Por tal motivo explica a jurista (s/a, s/p):

No processo, penal ou civil que seja, o juiz só pode buscar uma verdade processual, que nada mais é do que o estágio mais próximo possível da certeza. E para que chegue a esse estágio, deverá ser dotado de iniciativa instrutória. Por isso mesmo, o termo "verdade real", no processo penal e no processo civil, indica uma verdade subtraída à exclusiva influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela. E isso vale para os dois processos, em matéria probatória. A diferença que persiste reside na existência, no processo civil, de fatos incontroversos, sobre os quais se admite a prova, resumindo-se a controvérsia a uma questão de direito, enquanto no processo penal tradicional não pode haver convergência das partes sobre os fatos. O juiz penal, mesmo diante de fatos incontroversos, deve sempre pesquisar com a finalidade de determinar a produção da prova capaz de levá-lo ao conhecimento dos fatos da maneira mais próxima possível à certeza. Mas, aqui também, as tendências rumo à justiça penal consensual estão modificando os dados da questão.

A verdade real que foi ou talvez ainda seja o mito de um processo penal voltado a ampla liberdade do juiz para uso de poderes ilimitados na busca verdade, significa simplesmente “a tendência de uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida”.

Em especial, no processo penal, a busca pela verdade “real” indica que uma verdade deve ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, mesmo quando o acusado confesse a prática do crime. Isso porque o juiz deve aplicar a norma material aos fatos que realmente tenham se consumado, que realmente tenham acontecido, para então cumprir sua missão, qual seja, pacificar o conflito com JUSTIÇA.

Ora, se todos os integrantes da relação processual têm interesse no resultado do processo, não se deve deixar nas mãos das partes, apenas, a iniciativa

instrutória. Ao contrário, tudo aconselha que também o juiz desenvolva atividades no sentido de esclarecer os fatos. Enquanto as partes procuram fazer com que o procedimento se desenvolva segundo seus interesses, o juiz tem em vista o interesse geral. Justifica-se, portanto, a iniciativa probatória oficial.

Para José Roberto (2008. P. 71):

Quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos, maior a possibilidade de um provimento justo, que expresse perfeitamente a regra jurídica do caso concreto. E somente um resultado como esse possibilitaria a verdadeira paz social. Aquele que não vê reconhecido o seu direito, em decorrência de um provimento injusto, passa a não crer mais na função jurisdicional. Na medida em que essas frustrações se repetem, aumenta a tensão social, o que, evidentemente, não interessa ao Estado.

A finalidade de atuação da lei e, portanto, de alcance da verdadeira paz social, sobrepõe-se aos possíveis interesses egoístas das partes.

Esclareça-se que o Ministério Público, como responsável pela gênese da ação penal e, portanto, parte fundamental desta, tem sua tendenciosidade e parcialidade. Aliás, as partes são naturalmente parciais; para resguardar imparcialidade temos, no processo, a figura do juiz.

A parcialidade do Ministério Público é matéria de acirrada discussão no campo da investigação criminal pelo MP. Para quem defende a legalidade na realização de investigação criminal pelo órgão do *Parquet* a idéia de que o Ministério Público é parte no processo deve sempre estar presente. Dispõem esses estudiosos que a imparcialidade que se exige do membro do órgão Ministerial é aquela de cunho pessoal (impessoalidade), proibindo que o acusado seja parente do juiz ou das partes, amigo ou inimigo, aplicando-se a eles, no que for cabível, às prescrições relativas à suspeição e impedimento dos juízes.

Para essa corrente da doutrina, do ponto de vista funcional, a imparcialidade do Ministério Público é incompatível com o exercício de sua função de acusador público. Nesse sentido, é a lição de Frederico Marques (1961, p. 40):

[...]não há que falar em imparcialidade do Ministério Público, porque então não haveria necessidade de um juiz para decidir sobre a acusação: existiria, aí, um *bis in idem* de todo prescindível e inútil. No procedimento acusatório deve o promotor atuar como parte, pois, se assim não for, debilitada estará a função repressiva do Estado. O seu papel, no processo, não é o de defensor do réu, nem o de juiz, e sim o de órgão do interesse punitivo do Estado.

Logo, considerando a existência de partes pré-contaminadas por suas ânsias, resta ao juiz decidir sobre a validade e suficiência dos elementos probatórios produzidas por elas.

Como elas defendem suas pretensões mediante ação e defesa, compete ao juiz manter o equilíbrio necessário ao bom funcionamento do mecanismo processual, agindo de forma imparcial e com o intuito de tornar possível a reprodução nos autos da realidade fática ocorrida no plano material. Se ele verifica que, por qualquer motivo, provas importantes, necessárias ao esclarecimento dos fatos, não foram apresentadas, deve, *ex officio*, determinar sua produção. Com isso não estaria beneficiando qualquer das partes, mas proporcionando um real equilíbrio entre elas, além de impedir que prevaleça no processo apenas o raciocínio dialético, segundo o qual não importam a verdade e a justiça, mas a vitória.

Somente assim o instrumento utilizado pela autoridade jurisdicional, em colaboração com as partes – o processo - , torna-se realmente apto a atingir sua finalidade: a atuação do ordenamento jurídico e, em consequência, a perfeita harmonia social.

5 CONCLUSÃO

Conforme se aferiu, o Código de Processo Penal teve sua gênese no momento político consagrado pelo Estado Novo, cuja característica marcante e indissociável foi o autoritarismo, entendido como a supremacia do poder do Estado frente aos cidadãos. Nessa dogmática, obviamente presumível que as leis naquela época produzidas fossem contaminadas por essa superioridade Estatal. Não foi diferente com o Código de Processo Penal. Marcado pela relutância ao reconhecimento dos direitos fundamentais e dos direitos meta individuais, o CPP estabeleceu-se de forma inquisitiva, enaltecendo a importância da centralização do poder para garantir efetividade a repressão Estatal. O processo, em especial o penal, não refletia sua instrumentalidade, constituindo-se tão somente em um contundente objeto do Estado contra aqueles que delinqüem.

Com o advento da Nova Ordem Constitucional em 1988, alterou-se a concepção de processo. O texto constitucional foi direcionado à efetiva concretização dos Direitos Fundamentais, conferindo a eles seu caráter universal. Com a Carta Magna adveio também a idéia de Estado Democrático de Direito que, em superficial conceituação, seria a prevalência de regras, entenda-se leis, princípios e postulados normativos enaltecidas dos Direitos e Garantias Fundamentais. Nessa ótica, o processo passou a ser visto como um instrumento de defesa do cidadão contra o Estado, invertendo-se claramente os papéis. O processo, em decorrência de sua instrumentalização, passou a ser visto como meio de pacificação social, objetivando alcançar escopos meta jurídicos.

Podemos dizer então, que a consagração do Estado Democrático de Direito permitiu que se afastasse do Estado às opções autoritárias, vez que o processo penal, pensado sob o prisma do ideal promovido pelo Estado Democrático de Direito, deve ser mais participativo, no qual os sujeitos processuais estejam envolvidos sob o manto da cooperação.

Aliás, a inserção do elemento “Democrático” ao Estado de Direito justificou-se como condicionador não só das atuações estatais, mas também como

direcionador da aplicação do próprio direito. Isto significa dizer que o simples reconhecimento formal da existência de direitos e garantias não mais supre as expectativas de uma sociedade igualitária. Em verdade, cabe ao Estado persegui-los e concretizá-los, afastando-se daquela posição meramente declarativa. O neoconstitucionalismo impõe que, além de se reconhecer os direitos e garantias, deve-se efetivá-los. E é essa justamente a missão do Estado contemporâneo. Nesse sentido, qualquer atuação estatal que acentue as diversidades será considerada ilegítima, já que contrária aos fins eleitos.

Nessa seara, a busca por novas formas para o ordenamento processual, contribuiu para o aumento pelo interesse por institutos típicos da família anglo-saxônica. Assim é que um processo pautado pela exterminação de poder, no qual a iniciativa instrutória do julgador seria indevida, inadequada e imprópria, passou a ser considerado como um exemplo clássico do que se convencionou denominar sistema acusatório.

A função dos sistemas processuais penais é servir como um instrumento de auxílio ao legislador na hora de estabelecer a política criminal em âmbito processual. Eles são responsáveis por determinar o grau de eficiência da repressão criminal, o grau de imparcialidade dos juízes e o grau de tecnicidade da persecução penal.

Com efeito, o comportamento passivo do julgador é apontado, por um significável número de juristas, como um dos elementos componentes do sistema acusatório. Em geral, a passividade do magistrado é apresentada como representativa do brocardo *“ne procedat iudex ex officio”* que, segundo afirmam, significaria que o juiz somente poderá se manifestar quando for provocado por uma das partes, não podendo, por iniciativa própria, praticar qualquer ato no processo penal. Consequência disso é que não caberia a ele buscar provas condenatórias ou absolutórias, fazer perguntas e decretar medidas cautelares no processo sem que haja uma solicitação prévia de uma das partes, sob pena de assumir uma postura de “inquisitor”.

Para os que defendem esse posicionamento, a finalidade dessa inércia na fase probatória é impedir que o juiz utilize outras provas ou argumentos para

julgar, que não aqueles apresentados exclusivamente pelas partes. A alegada preocupação é com a preservação da imparcialidade e neutralidade do julgador, supostamente permitindo uma melhor qualidade e respeitabilidade de sua decisão.

A passividade do magistrado seria, portanto, o divisor de águas entre os sistemas acusatório e inquisitivo. Em termos simples, se diz que o juiz, ao buscar melhores provas para decidir, corresponderia ao acusador perverso, que atuaria contra o acusado e com ânimo de acusador, estando, assim, vinculado ao sistema inquisitivo. Já o juiz inerte ou resignado seria o legítimo representante do sistema acusatório.

Ocorre que, a configuração de iniciativa instrutória do juiz guarda, em verdade, maior vinculação, embora não integral, com a classificação entre sistemas “*adversarial*” e “inquisitorial”, justamente por ser o primeiro estruturado de tal modo que às partes caberia, com exclusividade, o gerenciamento da marcha processual penal, ficando o juiz restrito ao reconhecimento, indicação e aplicação do direito, sendo-lhe defeso o exercício de outras atividades. Contudo, mesmo na cartilha “*adversarial*” não são afastadas, por completo, as intervenções judiciais, desde que haja a necessidade de correção dos desvios de rota tomados pelas partes.

Neste quadro difuso, um exame das finalidades e da postura política do Estado traz, por certo, melhores respostas para a compreensão das possíveis modelagens de processo penal, ao menos quanto aos diversos comportamentos instrutórios do julgador.

Assim sendo, haverá Estados, democráticos ou não, que fixarão metas sociais a serem perseguidas e alcançadas por todos, inclusive por ele, denominados então de ativos. Em contraposição, haverá Estados reativos, circunscritos à postura do prover aos seus integrantes condições para que, livremente, atinjam as metas por eles eleitas. Nesse diapasão, um Estado de implementação política, pautado na necessidade de prevalência dos interesses Estatais sobre os dos particulares, seria próprio do modelo de Estado ativo. Por outro lado, um processo penal estruturado de forma a assegurar, exclusivamente, a solução de conflitos, independentemente dos interesses estatais, seria compatível com uma forma reativa de Estado.

É certo, porém, que esse rigor na classificação constitui modelos puramente ideais, já que mesmo em um processo denominado de solução de conflitos, haverá implementação e reforço a políticas estatais representadas pelo ideal de não intervencionismo.

De mais a mais, modelos puramente ideais têm o mérito de desmitificar justificativas políticas, quer para um maior gerenciamento do juiz sobre a instrução, quer mesmo pelo predomínio das partes em oposição a uma passividade do julgador.

Justamente nesse ponto, convém demonstrar qual o modelo ideal para a realidade brasileira. Para tanto, em proêmio, deve-se considerar que a nossa sociedade é multifacetada e multiretalhada por imensas desigualdades. Todavia, essas disparidades econômicas, culturais e sociais foram assumidas pela Constituição Federal como passíveis de correção, o que implica dizer em possibilidade de reduzi-las para níveis toleráveis. Sendo assim, não há mais espaço para um Estado inerte, já que o Estado brasileiro, como catalisador de interesses, assumiu para si a missão de reduzir as desigualdades, de não acentuá-las e de não fomentar outras, o que jamais poderá ser confundido com um Estado hipertrofiado, burocrático e autoritário.

E essas características projetam-se no âmbito do processo penal. De fato, um conflito de altos interesses sociais, representado pelo confronto entre o interesse punitivo e o resguardo da liberdade jurídica do indivíduo, não pode ser palco de uma decisão gerenciada, exclusivamente, por sujeitos parciais, sobretudo em uma sociedade exacerbadamente desigual.

A disputa processual livremente travada entre os sujeitos processuais melhor se adéqua àquelas sociedades em que já atingiram um nível ideal de igualdade, o que convenhamos, não é a hipótese brasileira.

Assim, a intervenção estatal torna-se imperiosa no âmbito do processo penal, sob pena de referendar, por via institucionalizada, intoleráveis desigualdades. Nesse cenário a figura do juiz, dotado de poderes necessários ao bom acerto fático, ilustra veementemente essa ingerência. Com efeito, a aplicação de um direito material com conseqüências tão graves sobre a esfera jurídica do cidadão

pressupõe acerto do fato, ainda que a real verdade jamais venha a ser alcançada.

Nossa sociedade, estruturalmente complexa, não pode, simplesmente, apresentar formatações puramente matemáticas do processo penal. Isso porque operações exatas não são compatíveis com a eficiente aplicação do direito penal, justamente por abrirem caminho para soluções inadequadas que, se alcançadas, somente terão o condão de gerar maiores desigualdades. Ora, o instrumento posto a serviço do Estado para aplicar o direito material não pode estar afeto a propagação de injustiças.

Assim sendo, o poder de acerto fático, consubstanciado na possibilidade de tomar iniciativas instrutórias, é inerente ao exercício do poder jurisdicional. Afinal, o Estado, além de ser o único legitimado a impor pena, assumiu, formalmente, o compromisso de enternecer as desigualdades. Nesse panorama, a iniciativa probatória constitui-se não só em um poder, mas um dever, formando uma equação de contornos híbridos, já que o *dever* de acerto fático, como condição de concretização da função jurisdicional, antecede o *poder*, instrumentalizando-o em diferentes formas e ocasiões.

Entretanto, o reconhecimento desse dever/poder inerente ao julgador não implica em supremacia deste em detrimento dos sujeitos parciais, circunstância mais apropriada a um autoritarismo do que com um processo fincado em bases democráticas. Enganam-se quem pretende ver na iniciativa instrutória do Juiz manifestações próprias de Estados e processos centralizados no autoritarismo.

A condução da marcha processual por todos os sujeitos, cada qual desempenhando suas funções originárias, é perfeitamente compatível com iniciativa instrutória a cargo do julgador. Isso porque, ao invés de desvirtuarem seu papel, possibilitam o exercício digno do poder jurisdicional.

Por óbvio que há necessidade de restringir o campo de concretização de tais iniciativas, adequando-as aos preceitos impostos pelo devido processo legal, sempre informado pela diretriz democrática de direito trazida com o advento da Constituição Federal em outubro de 1988. Nesse sentido, o “poder de gestão da prova” haverá de ser instrumentalizado por um juiz natural, independente e

imparcial. Porém, há uma idéia falsa, que distorce a realidade, ao se vincular, automaticamente, iniciativa instrutória com parcialidade.

Ora, o que se exige no exercício da função jurisdicional é uma atuação desprovida de preferências subjetivas ou pessoais, favoráveis ou não, a qualquer um dos sujeitos processuais parciais. O fato de, isoladamente, determinar a produção de uma prova, não desqualificada a imparcialidade do julgador, a não ser que esta venha impregnada por interesses outros que não o de permitir uma eficiente aplicação do direito material.

É por tal motivo, que se coloca a extrema necessidade da fundamentação da decisão. Esses fundamentos exteriorizados por decisão desse cunho devem expor, aos sujeitos parciais, as incertezas e obscuridades passíveis de serem superadas pela nova prova determinada. Outrossim, a determinação desses meios de prova dependeriam de informações que já constam dos autos, impedindo que o juiz traga para seu interior qualquer tipo de conhecimento privado sobre o *thema decidendum*. Assim, ficam afastadas, por conseqüência, as diligências que tenham por objeto provas ilícitas, violadores dos direitos e garantias fundamentais, bem como as ilegítimas, desrespeitadoras dos princípios processuais.

Mas não é só. Haverá de ser resguardada, ainda, a publicidade dos atos judiciais, sendo sua restrição admitida somente quando haja necessidade de se colocar a salvo a prevalente esfera da intimidade ou do interesse social. Por outro lado, essa restrição não pode limitar a fiscalização e o acompanhamento dos próprios sujeitos parciais. O respeito ao contraditório e a ampla defesa, de modo que as partes possam examinar a prova produzida, discuti-la e contrariá-la também constituem incumbências do magistrado.

Outrossim, nem mesmo a regra constitucional da presunção de inocência será causa impeditiva da iniciativa instrutória do juiz. Não se nega que o ônus probatório no processo penal de natureza condenatória incumbe à acusação. Então, partindo dessa premissa, nada mais lógico que, ao falhar nesta tarefa, o resultado do processo seria absolutório. Mas, como observado, o processo penal não comporta soluções racionais, puramente matemáticas. A relevância tanto do poder punitivo, quanto da liberdade jurídica, exige constante busca pelo equilíbrio,

que nem sempre é fácil de ser obtido. É por esse motivo que incertezas sobre relevantes aspectos fáticos passíveis de superação podem e devem ser objeto de esclarecimento por intermédio da iniciativa do juiz.

Como se observa, a obediência rigorosa aos ditames estabelecidos por força do devido processo legal será suficiente para coibir eventuais excessos. O receio de ser mal empregada não justifica os argumentos tendentes a considerar perniciosa toda e qualquer postura ativa assumida pelo julgador, simplesmente porque sempre haverá bons e maus juízes.

O que se vê, portanto, é que a iniciativa instrutória conferida ao juiz no processo penal, por si só, não afeta sua imparcialidade e, desta feita, não vai de encontro a um devido processo legal, regido pela índole acusatória. De qualquer modo, consigna-se que esse poder/dever do juiz encontra-se fincado em ditames constitucionais, já que a proteção dos direitos individuais do acusado não é a única vertente do processo penal, pois o sentimento de justiça, de julgamento justo também é escopo constitucional que, se for desconsiderado, certamente levará a impunidade, comprometendo, por certo, a estabilidade, a harmonia do nosso regime democrático.

Outrossim, deve-se considerar que a realidade social está ao lado do ordenamento jurídico. Assim, a exata concepção de sistema processual penal, de iniciativa instrutória do juiz deve partir de uma perspectiva ampla e integradora; da Constituição formalmente escrita e da Constituição viva, real, representativa dos anseios sociais.

Apenas a constatação de que a Constituição não deve ser entendida como algo pleno, mas dissociado do ambiente social em que nos encontramos inseridos, é que se poderá conciliar, com maior harmonia, os anseios almejados quando da concreta aplicação da lei material penal. De maneira breve e sucinta, podemos elencá-los como sendo o resguardo dos princípios e regras que garantem os direitos fundamentais do indivíduo, sujeito passivo da ação penal; o ofendido tem a expectativa de ver aplicada uma resposta estatal adequada e justa à agressão sofrida, já que o Estado o proibiu de agir por seus próprios meios e, por fim; ver

enaltecida e solidificada a crença na efetividade do Direito Penal, diante das expectativas de todos por uma sociedade mais igualitária, justa e segura.

Protagonizando a responsabilidade por atingir todos esses desejos, encontra-se o magistrado, titular do poder jurisdicional do Estado, o qual deverá estar sempre consciente da imperiosa necessidade de buscar a harmonia equilibrada de suas opções. É isso que torna sua tarefa tão dignificante, pois a tendência moderna de assegurar a todos uma solução jurisdicional, mediante o devido processo constitucional, compreende a garantia da solução adequada, cuja obtenção pressupõe a ampla participação do juiz na construção do conjunto probatório.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA, Marcos Antonio Santos. **Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: juiz espectador ou juiz protagonista?**. Publicado em 30.06.2008. Disponível em: <http://www.amab.com.br/marcosbandeira/textos.php?fazer=det&cod=147>. Acesso em: ago. 2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Juiz e a Prova**. In: Revista de Processo, n° 35. São Paulo: RT, 1984. p. 180.

BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 306 p. ISBN 85-203-2286-7.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 9 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília. 1997. Tradução de Teoria dell'Ordinamento Giuridico.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 839 p. ISBN 978-85-02-07404-0.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 819 p. ISBN 978-85-02-07805-5.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. In: Revista da Faculdade de Direito. Curitiba: UFPR, ano 30, n. 30, p. 196, 1998.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 415 p. ISBN 978-85-203-3082-1.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 7. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2009. 447 p. ISBN 978-85-02-07733-1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do Juiz no processo penal acusatório**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 347, p. 03-10, jul./ago./set. 1999. Disponível em: http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional21.html. Acesso em mar.2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. Revista dos Tribunais, 1999.

JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 23. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 981 p. ISBN 978-85-02-06939-8.

JUNIOR, Caio Prado. **Formação do Brasil Contemporâneo – Colônia**. Rio de Janeiro: Brasiliense, 1942.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 926 p. ISBN 978-85-02-07916-8.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 3 ISBN 978-85-375-0389-8.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed., rev. e atual. com as leis Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1 ISBN 978-85-375-0346-1.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001. 317 p. ISBN 85-86833-31-2

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1182 p. ISBN 978-85-203-3049-4.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 822 p. ISBN 978-85-375-0486-4.

PIERANGELLI, José Henrique. **Escritos Jurídicos Penais**. 3 ed. RT, 2006. 400 p.

PINTO , Tartiere Meister. Juiz inquisitor: **A reforma do processo penal refletida em uma realidade inconstitucional?**. Disponível em: <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1273187937.PDF>. Acesso em ago. 2010.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1999.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 15. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 963 p. ISBN 978-85-375-0374-4.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009. 954 p. ISBN 85-77-61125-6.

TORRES, João Camilo de Oliveira. **Interpretação da realidade brasileira: introdução à história das idéias políticas no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio; Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1973. 350 p. (Coleção documentos brasileiros;141) .

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 5. ed., rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003. 858 p. ISBN 85-02-04417-6.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 397 p. ISBN 978-85-203-3460-7.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 316 p. ISBN 85-203-2440-11.

MARTINS, CHARLES EMIL MACHADO. **A reforma e “o poder instrutório do juiz”**. **Será que somos medievais?**. Disponível em<<http://www.mp.rs.gov.br/areas/criminal/arquivos/charlesemi.pdf>. Acesso em: mar. 2010.