



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS  
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO  
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

KAROLINE LACERDA LEITE

ATOS PROBATÓRIOS DE OFÍCIO: OS PODERES INSTRUTÓRIOS  
DO JUIZ À LUZ DO MODELO ACUSATÓRIO E DOS PRINCÍPIOS  
PROCESSUAIS PENAIIS

SOUSA - PB  
2010

KAROLINE LACERDA LEITE

ATOS PROBATÓRIOS DE OFÍCIO: OS PODERES INSTRUTÓRIOS  
DO JUIZ À LUZ DO MODELO ACUSATÓRIO E DOS PRINCÍPIOS  
PROCESSUAIS PENAIIS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr<sup>a</sup>. Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA - PB  
2010

KAROLINE LACERDA LEITE

ATOS PROBATÓRIOS DE OFÍCIO: OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ À  
LUZ DO MODELO ACUSATÓRIO E DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Jônica Marques Coura Aragão.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: \_\_\_\_\_

---

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Jônica Marques Coura Aragão

---

Examinador interno

---

Examinador interno

À Deus e aos meus pais, pelo suporte  
e incentivo dedicados a cada dia.

## AGRADECIMENTOS

À Deus, pela força concedida e pela grata oportunidade de estudar e produzir.

À minha família, pelo estímulo e pela fundamental contribuição à minha formação acadêmica.

Aos meus colegas pelo aprendizado adquirido em razão do convívio.

Aos meus professores, pelo conhecimento generosamente compartilhado, durante o curso.

À professora Jônica Marques Coura Aragão, pela valiosa contribuição à elaboração deste trabalho.

À Universidade Federal de Campina Grande e ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, pelo acolhimento e pelo esforço dedicado à formação de grandes profissionais.

“A injustiça que se faz a um, é uma  
ameaça que se faz a todos”.

Montesquieu

## RESUMO

A persecução criminal apresenta como escopo a colheita de elementos probatórios voltados à apuração dos fatos ocorridos e à formação da convicção do julgador. Diante disso, insurge na doutrina o questionamento acerca da admissibilidade de uma participação ativa do órgão jurisdicional na produção das provas que embasarão seu convencimento, observados o modelo processual penal vigente e os princípios aplicáveis à matéria. Com efeito, o presente trabalho tem como cerne o estudo da possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a produção de elementos de prova no processo penal. O objetivo geral da pesquisa é, portanto, investigar a compatibilidade entre os poderes instrutórios deferidos ao juiz pelo Código de Processo Penal e os parâmetros constitucionais e princípios processuais inerentes à persecução criminal. Para o desenvolvimento do estudo em tela emprega-se como método de abordagem o dedutivo e como métodos de procedimento o exegético-jurídico, o sistêmico, bem como o empírico. A técnica de pesquisa, por sua vez, é a bibliográfica. Em linhas gerais, verifica-se com o presente trabalho que predomina na doutrina e jurisprudência o posicionamento que proclama a admissibilidade da produção probatória *ex officio*, em homenagem aos princípios da verdade real e do impulso oficial, e em razão da sua compatibilidade com o sistema processual adotado. Contudo, alguns autores, em posição minoritária, condenam a intervenção do julgador na produção das provas, sob o fundamento de que a medida confronta o modelo acusatório delineado pela Constituição Federal, bem como princípios fundamentais a relação processual penal. Observa-se, outrossim, que em posição igualmente minoritária estão os doutrinadores, que visando atender ao princípio do *favor rei*, admitem a produção de provas, de ofício, pelo juiz somente de forma excepcional e em benefício do réu, havendo, ainda, quem defenda tal medida excepcional somente durante o processo para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Palavras-chave: Poderes instrutórios. Modelo acusatório. Princípios processuais.

## ABSTRACT

The criminal prosecution has scoped collection of evidence aimed at finding the facts that occurred and the formation of the conviction by the judge. Given this, the doctrine protested the questioning on the admissibility of a court's active participation in the production of evidence that to base his conviction, observing the current model of criminal procedure and principles governing the matter. Indeed, this work is central to the study of the possibility for the court to determine, *ex officio*, the production of evidence in criminal proceedings. The objective of the research is therefore to investigate the compatibility between the powers granted to the judge by instructive Code of Criminal Procedure and the constitutional parameters and procedural principles inherent in criminal prosecution. To study the development of the screen is employed as a method of the deductive approach and methods as the exegetical and legal procedure, the systemic and the empirical. The research technique, in turn, is the bibliography. In general, it appears in the present work that prevails in doctrine and jurisprudence the position that proclaims the admissibility of evidence production, *ex officio*, as a tribute to the principles of real truth and office impulse, and because of its compatibility with the procedure system adopted. In contrast, some authors, in a minority position, condemning the intervention of the judge in the production of evidence, on the grounds that the measure faces the adversarial model outlined by the Constitution and the fundamental principles of criminal procedure. It is observed, moreover, that in position also in the minority are scholars, aiming to meet the principle of favor king, admit the production of evidence, *ex-officio* by the judge only in exceptional cases and for the benefit of the defendant, having, still, who defend such a exceptional measure only during the process to resolve questions about relevant point.

**Keywords:** Instructive powers. Adversarial model. Procedural principles.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS</b> .....	12
2.1 CONCEITO E TIPOS IDEAIS.....	12
<b>2.1.1 Sistema inquisitivo</b> .....	13
<b>2.1.2 Sistema acusatório</b> .....	14
<b>2.1.3 Sistema misto ou acusatório formal</b> .....	16
2.2 SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO.....	18
<b>2.2.1 Breve histórico do processo penal no Brasil</b> .....	18
<b>2.2.2 Sistema vigente no Direito pátrio</b> .....	19
2.3 SISTEMA ACUSATÓRIO E LEI Nº 11.690/08.....	21
<b>3 TEORIA GERAL DA PROVA E PRINCÍPIOS PERTINENTES À PRODUÇÃO PROBATÓRIA</b> .....	23
3.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL.....	23
<b>3.1.1 Do ônus da prova criminal</b> .....	26
3.2 O MITO DA VERDADE REAL.....	29
3.3 PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO <i>FAVOR REI</i> .....	32
3.4 PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE E DO IMPULSO OFICIAL.....	35
3.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	37
<b>4 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL</b> .....	41
4.1 PREVISÃO LEGAL.....	41
4.2 PODERES INSTRUTÓRIOS E O PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO.....	42
4.3 PODERES INSTRUTÓRIOS E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS.....	46
4.4 O PAPEL COMPLEMENTAR DO MAGISTRADO: UMA VISÃO RESTRITIVA DOS ATOS PROBATÓRIOS DE OFÍCIO.....	52
<b>5 CONCLUSÃO</b> .....	56
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	59

## 1 INTRODUÇÃO

A persecução penal visa conjugar elementos cognitivos para a apuração dos fatos ocorridos e a percepção da verdade do que se alega. É através do manancial probatório que o juiz formará seu convencimento e definirá um provimento conforme os preceitos legais.

Entretanto, a busca da demonstração da verdade e a amplitude da produção probatória encontram limites que alcançam a atuação dos sujeitos processuais, em especial a do magistrado.

Com efeito, a *persecutio criminis* deve pautar-se no resguardo do texto constitucional. Não se deve admitir que a demonstração probatória se distancie dos princípios e garantias consignados na Constituição Federal, sem, contudo, descuidar da necessidade de conferir efetividade à lei penal.

Diante disso, impende analisar se os limites impostos pelos ideais constitucionais e pelos princípios aplicáveis a relação processual penal afastam, ou não, a atividade probatória efetivada *ex officio* pela autoridade judiciária.

Em verdade, a estrutura processual penal brasileira sempre adotou uma postura permissiva da participação do magistrado no campo probatório, a qual foi ampliada pela Lei nº 11.690/08. Isso se deve porque, tradicionalmente, o processo penal consagra a busca pela verdade substancial como uma das finalidades da persecução.

Por outro lado, ao assegurar ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, e ao proclamar a publicidade, o contraditório e a ampla defesa, a Constituição Federal de 1988 consagrou as premissas do sistema processual acusatório.

É a partir dessa estrutura, delineada pela Carta Magna e pela legislação processual penal, que insurge na doutrina o dissenso acerca da adequação dos poderes instrutórios do magistrado, previstos no Código de Processo Penal, ao sistema processual vigente e ao conjunto de princípios que informam a persecução criminal. Nessa linha, pretende o presente estudo obter a base teórica necessária para responder ao seguinte questionamento: é possível, no processo penal brasileiro, a determinação, de ofício, pelo magistrado, da produção de elementos de prova?

O objetivo geral da pesquisa é, pois, investigar a compatibilidade entre a produção probatória efetivada, de ofício, pelo magistrado e os parâmetros constitucionais e princípios processuais inerentes à persecução penal.

Como objetivos específicos têm-se: diferenciar os sistemas processuais penais ou tipos de processos penal, destacando o modelo vigente na legislação brasileira; compreender os princípios aplicáveis à produção probatória criminal e a dinâmica processual por eles imposta, e; identificar as principais teorias acerca da admissibilidade dos poderes instrutórios do juiz no processo penal.

A inserção dos postulados constitucionais à dinâmica processual emerge no âmbito jurídico como um dos objetivos primordiais das atividades de aplicação e operação do Direito. Com efeito, torna-se fundamental a compreensão acerca do enquadramento da atuação dos sujeitos processuais à diretriz imposta pela Carta Magna e pelos princípios consignados na legislação. Nessa consonância, destaca-se a inegável relevância da temática abordada no campo científico, face à necessidade da existência de uma base teórica suficiente para verificar-se a compatibilidade entre a produção probatória e a norma constitucional, e à forte aplicabilidade do tema na prática processual.

Para a realização da pesquisa em tela emprega-se como método de abordagem o dedutivo, já que se parte de normas genéricas para a análise de casos específicos. Como métodos de procedimento utiliza-se o exegético-jurídico e o sistêmico, visando-se alcançar uma interpretação das disposições do Código de Processo Penal à luz das diretrizes constitucionais e examinar o conjunto de princípios e normas que orientam a produção probatória criminal, bem como o empírico, na medida em que foram expostas diversas decisões a respeito da temática abordada, com vistas demonstração das posições adotadas pelos tribunais pátrios.

Utiliza-se, ademais, a técnica de pesquisa bibliográfica, colhendo-se as principais teorias apontadas pela doutrina, assim como os entendimentos consignados em artigos disponíveis nos diversos *sites* jurídicos.

Considerando a necessária compreensão do tema, o presente estudo se divide em três capítulos essenciais. O primeiro aborda os principais sistemas processuais penais ou tipos de processo penal, analisando, em seguida, o modelo adotado pelo Direito pátrio e a conformidade da alteração promovida pela Lei nº 11.690/08 com o processo acusatório. No segundo, trata-se dos aspectos gerais

sobre a prova no processo penal, em especial do ônus probante, bem como dos princípios inerentes à produção probatória e fundamentais à relação processual penal.

Por último, cuida-se no terceiro capítulo da análise dos poderes instrutórios do magistrado, previstos no diploma processual penal, à luz do processo acusatório e dos princípios inerentes à colheita das provas. Aborda-se, ainda, a visão presente na doutrina referente ao papel complementar a ser desempenhado pelo juiz na produção de provas.

Dessa forma, o presente estudo apresenta como enfoque central a análise da possibilidade de o juiz criminal determinar, de ofício, a produção de provas que lhe parecerem relevantes ao esclarecimento da causa, observando-se a norma constitucional e os princípios aplicáveis à matéria.

## 2 DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Partindo-se de um específico olhar histórico, verifica-se que a evolução da organização social, somada a consciência da necessidade de se encontrar um lastro sobre o qual pudessem se desenvolver os métodos de solução de conflitos penais, foram as principais causas da sistematização das regras procedimentais de implementação do Direito Penal.

A partir da contingência da organização social e da evolução jurídica, se desenvolveram diversos sistemas processuais, configurando os chamados tipos de processo penal.

Nesse contexto, o exame dos diversos modelos processuais penais e do sistema em vigor é fundamental à compreensão da atuação do juiz e das partes litigantes, uma vez que os elementos que caracterizam os sistemas processuais estão vinculados aos sujeitos do processo e ao modo como atuam, além da relação que se estabelece entre o juiz e a busca de informações sobre o fato.

### 2.1 CONCEITO E TIPOS IDEAIS

Considerando a função do Estado de garantir a efetividade e observância do ordenamento jurídico-penal, percebe-se que esta aplicação normativa somente será possível através do processo, que pode revestir-se de variados modelos ou sistemas.

Nas palavras de Rangel (2009, p. 47), 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”. Por sua vez, salienta Prado (2006, p. 62) que sistema processual penal é o “modelo político-jurídico de resolução dos conflitos de interesses ou de casos na esfera penal”.

Historicamente, verifica-se o desenvolvimento de três sistemas ou tipos de processo penal: o inquisitivo, o acusatório e o misto. Contudo, advirta-se que não existe uma compreensão uniforme sobre que elementos compõem cada sistema

processual, variando consoante a história dos povos e o tratamento que conferem à matéria da prática delituosa e seu modo de controle. Assim, nem sempre coincidem as visões histórica e teórica dos sistemas, sendo possível, todavia, destacar alguns pontos convergentes.

### 2.1.1 Sistema inquisitivo

O sistema processual inquisitivo ou inquisitório tem sua origem nos regimes monárquicos e se estendeu por quase todas as nações européias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Desenvolveu-se a partir dos interesses da igreja católica e da monarquia absoluta, sendo introduzido, na verdade, pelo Direito canônico.

O modelo inquisitivo surgiu após o acusatório privado, a partir da ideia de que a defesa social e o início da *persecutio criminis* não deveriam depender da iniciativa dos particulares. O Estado passou, então, a reivindicar o poder de reprimir a prática delituosa, não mais admitindo que tal repressão fosse atribuída aos particulares.

O processo inquisitório revelava, pois, uma centralização de todos os elementos do poder em um único órgão.

O Estado-juiz concentrava as funções de acusar e julgar, retirando do particular a prerrogativa de iniciar a persecução penal. Não há, portanto, separação dos poderes de acusar, defender e julgar.

A respeito das principais características do sistema inquisitivo, assinalam Távora e Antonni (2009, p. 39) que o referido:

[...] concentra em figura única (juiz) as funções de acusar, defender e julgar. Não há contraditório ou ampla defesa. O procedimento é escrito e sigiloso. O julgador inicia de ofício a persecução, colhe as provas e profere decisão. O réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que um sujeito de direitos.

Convém destacar, que o sistema processual inquisitório reflete, ainda, a proeminência da figura do juiz e a subalternidade das partes na tarefa de produção dos elementos probatórios, o dogma da verdade real e a preocupação com a economia processual. Conforme anota Marques (1993, p. 18), "no sistema inquisitivo

o procedimento penal apesar de ser judicializado, não possuía contornos jurisdicionais, pois o Juiz era ali órgão da persecução penal, armado dos poderes de autotutela do Estado na luta contra o crime [...].”

Em linhas gerais, no processo inquisitório o magistrado inicia *ex officio* a persecução, promove a investigação, colhendo-se o material probatório que embasará se convencimento, e ao mesmo tempo julga, “podendo no curso do processo, submeter o acusado a torturas, a fim de obter a rainha das provas: a confissão” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 121).

Nessa linha, Rangel (2009, p. 49) acentua que o sistema inquisitivo “demonstra total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado Democrático de Direito, e, portanto, deve ser banido das legislações modernas [...]”.

### **2.1.2 Sistema acusatório**

O processo acusatório tem suas raízes na Grécia e em Roma, e vigora, hodiernamente, com as alterações ditadas pela evolução, em diversas legislações. Foi instalado a princípio com base na acusação privada, evoluindo, posteriormente, para a acusação oficial com excepcional iniciativa privada ou por qualquer do povo.

Deve-se avivar de pronto que a oficialidade do exercício da ação penal não constitui, por si só, elemento capaz de modificar substancialmente a natureza acusatória do sistema processual, posto que, em verdade, assumindo a responsabilidade da iniciativa da ação penal, através de órgãos designados especificamente para tal, está o Estado agindo em nome da sociedade, com o fim precípua de evitar a impunidade.

Na lição clássica de Ferrajoli (1997 apud, PRADO, 2006, p. 153) é considerado acusatório:

[...] todo sistema processual que concebe o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o juízo como uma contenda entre iguais iniciada pela acusação, a quem compete o ônus da prova, enfrentada pela defesa em um juízo contraditório, oral e público e resolvida pelo juiz segundo sua livre convicção.

Destarte, o sistema acusatório incorpora ao processo três personagens com atuações distintas: juiz, autor e réu. O juiz é figura dotada de isenção e imparcialidade e distante do conflito de interesses existente entre as partes. O autor é o órgão responsável pela propositura da ação e pela função acusatória. E o réu é sujeito de direitos, exercendo durante a persecução todas as garantias inerentes à defesa.

O processo de tipo acusatório mantém sempre o julgador numa posição passiva, imparcial e sem iniciativa da ação penal ou dos meios probatórios. Com efeito, é justamente da contraposição entre acusação e defesa, perante um juiz imparcial, que surgem as condições indispensáveis à justa solução do caso penal.

Destaque-se, ainda, que no modelo acusatório a persecução em juízo somente tem início “se o acusador o requerer e, além disso, a decisão do tribunal está limitada ao caso e às circunstâncias apresentadas pelo acusador” (PACHECO, 2008, p. 54). A iniciativa do processo criminal cabe, assim, à parte acusadora que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado.

A separação das funções de acusar e julgar é, portanto, o principal elemento do processo acusatório. O juiz atua apenas como um árbitro encarregado da aplicação da lei.

Enquanto na estrutura inquisitória o juiz acumula as funções de acusar, defender e julgar, na acusatória a existência de um órgão investido no poder de acusar, desloca o magistrado para o centro do litígio, numa posição marcada pela imparcialidade judicial.

Com efeito, o objetivo primordial do processo inquisitório consiste na realização do direito penal material, buscando-se um resultado a ser obtido por qualquer modo. O modelo acusatório, por sua vez, objetiva a tutela dos direitos fundamentais do acusado contra eventuais arbítrios relativos ao poder de punir que define o referido sistema.

Na lição de Nucci (2008, p. 116) são características presentes no sistema acusatório:

[...] nítida separação entre o órgão acusador e julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido ou a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento, o

contraditório esta presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de apreciação das provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.

A oralidade também se insinua como característica do modelo acusatório, na medida em que a escrituração e o sigilo são compatíveis apenas com regimes autoritários e processos penais inquisitivos.

Acrescente-se, por oportuno, a distinção apontada por alguns doutrinadores entre as definições de sistema e princípio acusatórios. Nessa linha, informa Prado (2006, p. 104) que “por sistema acusatório compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: acusatório”.

Por outro lado, a doutrina em geral destaca como principais características do princípio acusatório a divisão das funções processuais de acusar, defender e julgar e o afastamento do juiz do início da persecução criminal *in iudicium*. O princípio acusatório constitui, portanto, o núcleo básico do sistema acusatório, porém, sem exauri-lo, na medida em que este alcança, em sua conformação, outros princípios e normas, a exemplo da oralidade e publicidade processuais.

É importante ressaltar, ainda, que no modelo acusatório o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado. O juiz possui liberdade de apreciação, porém, a decisão deve ser motivada com base no material probatório constante dos autos.

### **2.1.3 Sistema misto ou acusatório formal**

O sistema processual misto se desenvolveu no século XIX a partir dos ideais da Revolução Francesa. Caracteriza-se pela divisão da *persecutio criminis* em duas fases procedimentais: uma instrução preliminar, inspirada no sistema inquisitivo, e a fase judicial, com os elementos do sistema acusatório.

A fase preliminar consiste em uma investigação preparatória “que tem por fim reunir os elementos probatórios necessários ao pedido de instauração do procedimento principal (processo penal propriamente dito) [...]” (PACHECO, 2008, p. 57). Nesse estágio, há um procedimento inquisitivo, escrito e sigiloso, sem

contraditório nem ampla defesa. O autor do fato é mero objeto da investigação e a participação da defesa é limitada.

É importante consignar que a investigação preliminar é, em regra, promovida por um magistrado com poderes inquisitivos. Em alguns países esta fase é denominada juizado de instrução.

A fase judicial, por sua vez, inicia-se com a acusação penal propriamente dita, efetivada, em regra, pelo Ministério Público. As funções de acusar e julgar são, portanto, conferidas a órgãos distintos.

Nessa etapa, haverá, entre as partes, um debate oral, público e contraditório. Assim como no processo acusatório, o procedimento judicial garante ao acusado a presunção de inocência e a ampla defesa. Ocorrerá, por último, nessa fase contraditória o julgamento do feito a partir de uma sentença condenatória ou absolutória.

Releva notar que, apesar da existência de uma fase judicial para o julgamento, o sistema misto conserva a atuação do órgão jurisdicional na instrução preliminar e inquisitiva.

Sobre o tema, destaque-se o posicionamento de Rangel (2009, p. 53), *in verbis*:

[...] o sistema misto (juizado de instrução), não obstante ser um avanço frente ao sistema inquisitivo, não é o melhor sistema, pois ainda mantém o juiz na colheita de provas, mesmo que na fase preliminar da acusação. A função jurisdicional deve ser ao máximo preservada, retirando-se, nos Estados democráticos de direito, o juiz da fase persecutória e entregando-se a mesma ao Ministério Público, que é quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas pela polícia de atividade judiciária, ou, se necessário for, realizá-las pessoalmente, formando sua *opinio delicti* e iniciando a ação penal.

Tal modelo processual, que avançou por quase toda a Europa continental, começou a sofrer diversas modificações, ainda no século em que surgiu, face à tendência liberal da época que exigia maiores garantias ao acusado. Na França, essa vertente imperou até 1935, quando cedeu lugar à tendência autoritária, restaurando-se o procedimento misto, na forma como surgira. Hodiernamente, o referido sistema vigora, a exemplo do que ocorre na França, em algumas legislações da Europa e até mesmo da América Latina.

## 2.2 SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO

### 2.2.1 Breve histórico do processo penal no Brasil

Um estudo voltado à história, no plano específico do processo penal, revela que quando da descoberta do Brasil vigiam em Portugal as Ordenações Afonsinas, marcadas pela influência do Direito canônico e de seu procedimento inquisitorial. Tais regras, porém, não chegaram a ter qualquer aplicação no Brasil.

No reinado de D. Manuel foram editadas as Ordenações Manoelinas, permanecendo, entretanto, a mesma influência inquisitiva. Os processos criminais, antes iniciados por “clamores”, passaram a começar por “querelas” (delações feitas em juízo por particulares, no seu ou no interesse público) e por “denúncias” (feitas nos casos de devassas). Registre-se que nas “devassas” e no processo não havia concurso do acusado.

Em 1603, sob o reinado de Filipe II, foram promulgadas as Ordenações Filipinas, nas quais se fizeram presentes as normas contidas nas Ordenações anteriores a respeito do direito processual penal, vigorando tais regras no Brasil, até a promulgação, em 1832, do Código de Processo Criminal do Império, o primeiro Código de Processo Penal brasileiro.

Todavia, partindo-se do ponto de vista consagrado na doutrina, “começamos a nossa história de independência processual penal quase simultaneamente com a história da nossa independência política” (PRADO, 2006, p. 169). A Constituição Imperial outorgada em 1824 estabeleceu significativas garantias, a partir do reconhecimento dos denominados *direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros*.

Com o advento do Código de Processo Criminal do Império, consagrou-se uma intensa atuação judicial *ex officio*, que permitia ao magistrado iniciar o processo penal condenatório, por crime público, independentemente de provocação.

Acrescente-se que, ao lado da forte concentração de poderes nas mãos dos juízes, havia as denominadas ação penal pública iniciada pelo Ministério Público, ou por qualquer do povo, e particular, a cargo do ofendido.

A partir das mudanças políticas introduzidas pela proclamação da República, em 1889, e pela adoção de um modelo federalista inspirado no norte-americano, os

Estados-membros adquiriram competência legislativa em matéria processual, malgrado algumas limitações impostas pela Constituição de 1891 e pela legislação federal. O Código de Processo Criminal do Império permaneceu em vigor com algumas alterações que lhe deram a Lei nº 261 de 1841.

Com o início de novas mudanças políticas, em 1930, a Constituição Federal de 1934 restaurou a unidade legislativa processual da União e determinou a nomeação de uma comissão de juristas destinada a elaboração do projeto do novo código unificado. Nomeada a comissão em 1935, cogitou-se a adoção do modelo do juizado de instrução.

Finalmente, em 3 de outubro de 1941, foi promulgado o Decreto-Lei nº 3.689, o Código de Processo Penal brasileiro. O novo Código manteve o Inquérito Policial, mas estabeleceu a instrução plenamente contraditória e separou de vez as funções acusatória e julgadora, eliminando quase por completo o procedimento *ex officio*, que só permaneceu para as Contravenções. Tal diploma sofreu diversas alterações, vigorando, contudo, até hoje.

As Constituições que se seguiram mantiveram os direitos e garantias individuais então assegurados, restando ampliadas tais garantias pela Carta de 1988, que consagra, dentre outros, os princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da publicidade e da oralidade.

### **2.2.2 Sistema vigente no Direito pátrio**

Considerando a opção constitucional que confere ao Ministério Público a função de promover, privativamente, a ação penal pública, além, de garantir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, percebe-se que a Constituição Federal incorpora, em princípio, as premissas do processo acusatório.

Embora não esteja previsto expressamente na Carta Magna, o sistema processual acusatório encontra-se implicitamente reconhecido em vários de seus dispositivos. Todavia, a questão do modelo processual penal adotado pelo Direito pátrio não é tratada pela doutrina de maneira uniforme.

No Brasil, certamente não é tarefa fácil qualificar com precisão o sistema processual penal em vigor.

Na visão de alguns autores, o sistema vigente no ordenamento brasileiro é o acusatório, haja vista o reconhecimento constitucional da presunção de inocência, do contraditório e ampla defesa, da publicidade dos atos processuais e de diversos outros institutos que remetem a tal sistema.

Contudo, boa parte da doutrina comunga da ideia de que o processo penal brasileiro consagrou um sistema acusatório impuro em sua essência, porquanto traz resquícios do sistema inquisitivo, tais como, a possibilidade de o magistrado conceder *habeas corpus* de ofício e decretar a prisão preventiva.

Nessa ótica, embora a Constituição tenha consagrado os elementos essenciais do princípio acusatório, continuam a ser observados na legislação vigente, dispositivos que remontam ao sistema inquisitivo.

Sublinha a propósito Rangel (2006, p. 53-54):

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto da investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. [...] Nesse caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo, e sigiloso da o pontapé inicial na atividade jurisdicional a procura da verdade processual. Assim, não podemos dizer [...] que o sistema adotado entre nós é puro. Não é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito.

Na mesma linha o convencimento de Tourinho Filho (2010, p. 124):

No Direito pátrio, o sistema adotado, pode-se dizer, não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistante das partes.

Por outro lado, alguns processualistas sustentam na existência de um procedimento inquisitório, presidido pela autoridade policial, a tese de que o ordenamento pátrio adotou um sistema processual misto. Nesse diapasão, o inquérito policial corresponde à fase inquisitiva que antecede a persecução em juízo, onde passam a vigorar as garantias do procedimento acusatório.

Segundo a lição de Nucci (2008, p. 117):

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 fossemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório [...]. Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva [...]. Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje.

Em verdade, nossa Constituição Federal hodierna proclama as garantias de um processo penal eminentemente acusatório. Entretanto, em diversos diplomas legais há dispositivos que se afastam dos elementos essenciais desse modelo. Na visão de Pacheco (2008, p. 58):

[...] estamos, do ponto de vista infraconstitucional, aprofundando ainda mais o princípio inquisitivo com a Lei nº 9.034/1995, a qual estabelece que o juiz realizará *pessoalmente* certas diligências (art. 3º, *caput*), mesmo na fase de investigação criminal (art. 2º, *caput*). O problema é que este mesmo juiz poderia também julgar! (grifo do autor)

Por tal razão, grande parte da doutrina aponta à existência de um modelo acusatório espúrio, face à nítida influência inquisitiva sobre algumas regras previstas no ordenamento brasileiro.

### 2.3 SISTEMA ACUSATÓRIO E LEI Nº 11.690/08

A Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008, que promoveu um conjunto de alterações nos dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro, manteve, no atual inciso II do art. 156, a possibilidade, já existente na redação anterior, de o juiz determinar, de ofício, a produção de provas, não trazidas aos autos pelas partes.

Ademais, na nova redação do art. 156, I, do referido diploma, conferiu ao juiz a faculdade de ordenar a produção de provas antes mesmo de iniciada a ação penal.

Dispõe, com efeito, o art. 156 do CPP:

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

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

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

Impende registrar que a doutrina em geral destaca o referido dispositivo como uma das normas do processo penal brasileiro que destoam do princípio acusatório. A iniciativa probatória do magistrado é, pois, uma herança do modelo inquisitivo, que concentrava nas mãos do órgão jurisdicional os poderes de acusar, defender e julgar.

Assim, para os defensores da ideia de que o direito pátrio adotou um sistema acusatório impuro, a regra consignada no artigo em comento e ampliada pelo legislador reformista, não está ligada ao modelo delineado pela ordem constitucional, sendo, portanto, um dos resquícios inquisitivos presentes na lei processual penal.

Tal advertência, juntamente com a compreensão dos tipos de processo penal e da forma como atuam os respectivos sujeitos, revela-se fundamental a posterior análise específica da matéria probatória no âmbito do processo criminal.

### 3 TEORIA GERAL DA PROVA E PRINCÍPIOS PERTINENTES À PRODUÇÃO PROBATÓRIA

Ao longo de toda a sua história, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas voltadas ao seu alcance. Por mais difícil ou improvável que seja a hipótese de reconstrução da realidade dos fatos, esse é um compromisso irrenunciável da atividade jurisdicional do Estado.

Com efeito, para que o julgador imponha a sanção criminal é necessária a convicção da veracidade da imputação feita ao réu. A apuração dessa verdade constitui o objetivo da instrução processual e depende dos elementos probatórios carreados aos autos.

Nessa senda, é de rigor a análise das normas e princípios regentes da matéria probatória, porquanto essenciais ao esclarecimento da participação e da posição que ocupam os sujeitos processuais na instrução e na pretensa busca da reconstrução dos fatos.

#### 3.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL

Prova, em sentido ordinário, é aquilo que demonstra a veracidade ou autenticidade do que se alega. Nas palavras de Távora e Antonni (2009, p. 298) “a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio”. Na clássica lição de Santos (1952 apud NORONHA, 1999, p. 113) “é a soma dos fatos produtores da convicção dentro do processo”.

Destarte, a prova tem como principal finalidade o convencimento do julgador a respeito da existência ou verdade de um fato.

Na visão de Pacelli (2006, p. 323) a prova tem como objetivo “a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo”.

É cediço que a lei confere às partes processuais o direito de estabelecer pelos meios admitidos, a verdade do que se afirma. A prova judiciária é verdadeiro desdobramento do direito de ação e de defesa. É, portanto, um direito subjetivo de caráter constitucional de demonstrar a veracidade de um fato litigioso.

É de se destacar que o objeto da prova é todo fato, circunstância ou acontecimento referente ao litígio que precisa ser demonstrado pelas partes para a decisão do processo. São todos os fatos sobre os quais recai a dúvida, e que devem ser levados ao conhecimento do juiz.

Contrariamente ao que ocorre no processo civil, na seara criminal os fatos incontroversos também precisam ser provados, uma vez que o juiz não está sujeito à aceitação do que as partes igualmente afirmam, podendo questionar o que considerar suspeito e duvidoso. Ademais, tratando-se de direito estadual, municipal ou estrangeiro, será necessária a produção probatória quanto ao conteúdo e vigência de preceito legal, se assim determinar o juiz.

Por outro lado, são fatos que independem de prova: os fatos notórios, fatos axiomáticos ou intuitivos, fatos inúteis e presunções legais.

Os fatos notórios são aqueles de conhecimento geral entre a população medianamente informada. Assim, não é necessário provar, por exemplo, que “há silvícolas no interior do país; que ocorrem secas no Nordeste; que o Natal é comemorado em 25 de dezembro etc” (MIRABETE, 2001, p. 257).

Fatos axiomáticos ou intuitivos são aqueles evidentes por si mesmos. O fato evidente é indiscutível e indubitável, logo, não depende de prova. Por exemplo, não é necessário o exame cadavérico interno quando as lesões externas tornarem evidente a causa da morte (art. 162, parágrafo único, CPP).

Fatos inúteis são os que não exercem qualquer influência na solução do litígio. Sejam verdadeiros ou falsos, são irrelevantes para a decisão da causa.

Também independem de prova as presunções legais, porquanto “são conclusões decorrentes da própria lei, ou, ainda, o conhecimento que decorre da ordem normal das coisas, podendo ser *absolutas (juris et de jure)* ou *relativas (juris tantum)*” (CAPEZ, 2009, p. 298). As presunções relativas invertem o ônus da prova, enquanto as absolutas dispensam a sua produção.

É imperioso consignar, outrossim, que a produção probatória tem como principal destinatário o órgão jurisdicional (juiz ou tribunal).

Segundo a lição de Távora e Antonni (2009, p. 298):

O destinatário direto da prova é o magistrado, que formará seu convencimento pelo material que é trazido aos autos. As partes também são destinatárias da prova, mas de forma indireta, pois convencidas daquilo que ficou demonstrado no processo, aceitarão com mais tranquilidade a decisão.

Quanto aos meios probatórios, convém salientar, de início, que o meio de prova é tudo aquilo que pode ser utilizado, direta ou indiretamente, para a demonstração da verdade e formação do convencimento do juiz.

Preleciona, com efeito, Nucci (2008, p. 389-390) que:

Os meios de prova podem ser lícitos – que são admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento. Somente os primeiros devem ser levados em conta pelo juiz. Em relação aos meios ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais do direito.

Pondere-se, ainda, que o Código de Processo Penal traz uma enumeração dos meios de prova, porém, sem exauri-los. Em outras palavras, podem ser utilizados na persecução penal os instrumentos probatórios estabelecidos no CPP, bem como, aqueles não previstos expressamente pela lei processual.

A busca da demonstração da verdade no processo criminal determina a admissão pela ordem jurídica de uma ampla liberdade na produção probatória. Nada impede, portanto, a utilização de provas atípicas ou inominadas, isto é, aquelas não disciplinadas pela legislação.

O princípio da liberdade probatória, no entanto, não é absoluto. A lei processual impõe algumas limitações à liberalidade quanto aos meios de prova. Dispõe, por exemplo, o art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, que no processo penal “somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil”. É o que acontece, por exemplo, com a prova do estado de casado, que deve ser feita, em regra, com a certidão do registro civil, não sendo cabível outro meio de prova.

A admissibilidade de qualquer meio de prova é, pois, a regra no processo penal. Quaisquer meios de verificação do *thema probandum* serão admitidos, excetuando-se aqueles que possam contrariar o ordenamento jurídico.

Cumprido destacar, outrossim, que a doutrina distingue dois tipos de provas vedadas no processo penal: as provas ilícitas e ilegítimas. As provas ilícitas são aquelas que violam normas de direito material. As ilegítimas são as que contrariam disposições de direito processual.

Registre-se, ademais, que a valoração judicial da prova sofre variações a depender do sistema de apreciação adotado por cada ordenamento. Nas palavras de Rangel (2009, p. 466), “o sistema de provas é o critério utilizado pelo juiz para valorar as provas dos autos, alcançando a verdade histórica do processo”. Nessa senda, são três os principais sistemas adotados pelas legislações: o da certeza moral do juiz; o da certeza moral do legislador e o da livre convicção.

No sistema da certeza moral do juiz, ou da íntima convicção, o juiz está livre para decidir conforme sua consciência, não havendo necessidade de motivação das decisões. A lei não estabelece valor às provas, cabendo ao julgador apreciá-las de acordo com sua íntima convicção. É o sistema que prevalece na segunda fase do Tribunal do Júri, onde os jurados proferem o voto, sem necessidade de fundamentação.

No sistema da certeza moral do legislador, ou da prova tarifada, todas as provas possuem um valor estipulado pela lei, havendo uma hierarquia probatória a ser observada pelo magistrado. Não existe liberdade judicial na valoração do contexto probatório. A lei atribui, previamente, um valor fixo e imutável a cada prova, cabendo ao juiz, de forma vinculada, obedecer ao critério fixado pelo legislador.

Por último, o sistema da livre convicção, do livre convencimento motivado ou da persuasão racional é o que confere ao juiz uma ampla liberdade para apreciar as provas constantes dos autos, desde que fundamente as decisões. Não há uma valoração legislativa das provas, nem é estabelecida uma hierarquia entre elas. É o sistema adotado pelo Código de Processo Penal brasileiro (art. 155), em substituição ao sistema da prova legal.

### **3.1.1 Do ônus da prova criminal**

Numa perspectiva processual, o ônus da prova é a faculdade atribuída à parte de provar suas alegações. Diferente do dever, que constitui uma obrigação cujo

descumprimento resulta numa sanção, o ônus probatório é um encargo que, se não cumprido, impõe algum prejuízo a parte omissa.

No magistério de Capez (2009, p. 332), “enquanto na obrigação a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei, no ônus o adimplemento é facultativo, de modo que o seu não-cumprimento não significa atuação contrária ao direito”.

Dispõe, com efeito, o art. 156, *caput*, do CPP que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”. Assim, o ônus da prova, conforme a regra genérica prevista no diploma processual, pertence àquele que alega o fato.

O dispositivo em comento indica, portanto, uma divisão do *onus probandi* entre acusação e defesa, cabendo a cada parte a prova das alegações que fizerem.

Consoante observa Machado (2009, p. 363):

[...] pela regra prevista no art. 156 do CPP, compete à acusação o ônus de provar os fatos constitutivos da pretensão punitiva, fundamentalmente a ocorrência do fato típico, sua respectiva autoria e as circunstâncias elementares do crime; enquanto à defesa incumbiria provar os fatos e as circunstâncias por ela alegados e que tenham por objetivo impedir, modificar ou extinguir a pretensão deduzida na inicial pela acusação.

Na mesma linha, doutrina Capez (2009, p. 333):

A prova da alegação (*onus probandi*) incumbe a quem a fizer (CPP, art. 156, 1º parte). Exemplo: cabe ao Ministério Público provar a existência do fato criminoso, da sua realização pelo acusado e também a prova dos elementos subjetivos do crime (dolo ou culpa); em contrapartida, cabe ao acusado provar as causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, bem como circunstâncias atenuantes da pena ou concessão de benefícios legais. Caso o réu pretenda a absolvição com fulcro no art. 386, I, do Código de Processo Penal, incumbe-lhe ainda a prova da ‘inexistência do fato’.

Nesse viés, se a defesa pretende a absolvição com base em uma causa específica, como a legítima defesa, por exemplo, incumbe a ela provar a existência da excludente. Destarte, quando o réu alega, em seu benefício, eventuais excludentes da ilicitude, da culpabilidade ou da punibilidade, deve provar tais circunstâncias, não sendo atribuição da acusação fazê-lo.

Nessa trilha, segue a jurisprudência:

MOEDA FALSA. DELITO CONFIGURADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. AUTORIA. DESCONHECIMENTO DA CONTRAFAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DOS ARGUMENTOS DE DEFESA. ART. 156 DO CPP.

Sendo o crime de moeda falsa de ação múltipla, o fato de tentar trocar uma nota de R\$ 50,00 para comprar um artigo de baixo custo, tendo consigo outras notas de menor valor configura a prática do delito em questão. Tendo havido prisão em flagrante, o que gera presunção desfavorável ao réu, cabe à defesa comprovar seus argumentos, como determina o art. 156 do CPP (TRF4; ACR 5187/SC; T8 - Oitava Turma; Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado; Julgado em 21/03/2007, Publicado em DE 28/03/2007).

No mesmo sentido, a decisão do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

RECEPTAÇÃO - denúncia que bem descreve os fatos, mormente a co-autoria, não sendo inepta - preliminar rejeitada. No mérito, demonstração do dolo e conduta de cada um dos apelantes - situação fática apresentada estranha inclusive à lógica - não demonstração do que afirmaram, o que incumbia aos acusados na forma do art. 156, CPP - penas e regime prisional bem fixados - negado provimento ao apelo (TJSP; ACR 1215992310000000; 6º Câmara Criminal; Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro; Julgado em 02/10/2008. Publicado em 21/10/2008).

A doutrina acentua, ademais, “que tal ônus de prova da defesa não deve ser levado a extremos, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência e, conseqüentemente, do *in dubio pro reo*” (NUCCI, 2008, p. 393). Portanto, mesmo que a defesa não produza as provas necessárias à demonstração da inocência do réu, nem por isso este será de pronto condenado, uma vez que, no processo penal, em razão da presunção constitucional de inocência (art. 5º, LVII), se a acusação não comprovar a responsabilidade criminal do acusado, o caso será de absolvição.

O tema por sua vez não é pacífico, havendo posição em sentido contrário a divisão do ônus probatório entre acusação e defesa.

Alguns doutrinadores sustentam, pois, a atribuição integral do encargo probatório à acusação, por força do princípio do *in dubio pro reo* e da inocência presumida.

Nessa esteira anota Rangel (2009, p. 459):

[...] claro nos parece que, se o Ministério Público tem que narrar um fato criminoso com todas as suas circunstâncias, o ônus de provar que este fato é típico (encontra perfeita adequação com a lei penal, portanto, trata-se de uma conduta proibida); é ilícito (contrário ao direito) e que não está açambarcado por nenhuma excludente de ilicitude e que seu autor é culpável [...], pertence-lhe. Não há como entregar ao réu, dentro de um Estado Constitucional dito Democrático de Direito e que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB), o ônus da prova de sua inocência.

Na mesma trilha, afirmam Távora e Antonni (2009, p. 315):

É necessário que enxerguemos o ônus da prova em matéria penal à luz do princípio da presunção de inocência, e também do favor réu. Se a defesa quedar-se inerte durante todo o processo, tendo pífia atividade probatória, ao final do feito, estando o magistrado em dúvida, ele deve absolver o infrator. A responsabilidade probatória é integralmente conferida à acusação, já que a dúvida milita em favor do demandado. A balança pende em prol deste, já que o art. 386 do CPP, nos incisos II, V e VII, indica que a debilidade probatória implica na absolvição.

Nesse diapasão, produzindo o Ministério Público prova cabal que justifique a condenação, indiretamente tornaria evidente a inexistência de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade eventualmente alegadas. Ao provar os fatos descritos na denúncia, a acusação excluiria, por absoluta incompatibilidade, as alegações em defesa da inocência do réu.

Todavia, predomina na doutrina e jurisprudência o entendimento fundado na regra inserta no art. 156 do Código de Processo Penal, que estabelece uma divisão do ônus da prova entre acusação e defesa. A doutrina majoritária assegura, portanto, que a divisão da atividade probatória entre as partes não encontra incompatibilidade com a presunção de inocência e demais princípios constitucionais pertinentes ao processo penal.

### 3.2 O MITO DA VERDADE REAL

O *jus puniendi* do Estado somente deve ser exercido contra aquele que, realmente, praticou a infração penal e nos exatos termos da sua culpa. Assim, o

processo penal deve pautar-se na averiguação e descobrimento da verdade histórica dos fatos, qual seja, a verdade real, material ou substancial.

Segundo a lição de Machado (2009, p. 351), “verdade real é a representação que a consciência faz de um fato que realmente tenha se produzido concreta e historicamente, cuja realidade não seja apenas o produto do raciocínio, nem da lógica, nem muito menos da imaginação do homem”.

Enquanto o processo civil aceita uma certeza obtida apenas pela ausência de impugnação dos fatos narrados na inicial (art. 302, CPC), o processo penal não se curva à chamada verdade formal, exigindo a prova da existência do fato e da respectiva autoria, ainda que não impugnados ou confessados pelo réu, consagrando-se, portanto, no âmbito do processo criminal o princípio da verdade real.

Assim, contrariamente ao que ocorre no processo civil, onde são versados, em regra, direitos individuais disponíveis, no processo penal, por estar em jogo o direito fundamental a liberdade individual do réu, busca-se a verdade real, material ou substancial.

Impende registrar, outrossim, que uma parte da doutrina informa a existência no processo criminal de dois princípios distintos: o princípio da verdade e o princípio da busca da verdade.

O princípio da verdade, de natureza constitucional, encontra suporte nos princípios do estado de direito e da dignidade da pessoa humana, e impõe a verdade como fundamento e critério de validade das decisões judiciais que provocam restrição de direitos fundamentais, sobretudo do direito a liberdade. Em outros termos, o juiz criminal necessita da verdade para condenar, mas não para absolver.

Por outro lado, preleciona Pacheco (2008, p. 623) que:

*O princípio da busca da verdade*, por sua vez, significa que o juiz deve buscar a verdade. O princípio da busca da verdade surgiu como uma das principais características do sistema inquisitivo, significando, em outras palavras, a averiguação judicial da verdade histórica como meta do procedimento penal, com base na qual se deve fundar a decisão final. A doutrina e a jurisprudência em geral consideram o princípio da busca da verdade como um princípio fundamental do processo penal. Também é denominado princípio da livre investigação da prova no interior do pedido e princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação da prova, bem como

princípio da investigação, princípio inquisitivo ou princípio da investigação judicial da prova. (grifo do autor)

Diversamente, alguns autores tratam da questão da verdade no processo penal apontando como escopo fundamental da *persecutio criminis* o chamado princípio da verdade processual.

Nessa esteira anota Rangel (2009, p. 7) que:

Descobrir a verdade processual é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com *certeza (dentro dos autos)*, quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez. A verdade é dentro dos autos e pode, muito bem, não corresponder à verdade do mundo dos homens. Até porque o conceito de verdade é relativo, porém, nos autos do processo, o juiz tem que ter o mínimo de dados necessários (meios de prova) para julgar admissível ou não a pretensão acusatória. (grifo do autor)

Desse modo, a verdade processual corresponde aos elementos de prova apurados nos autos do processo que serão considerados pelo juiz na decisão do feito.

É de se observar, por último, que, no processo penal, o alcance da verdade real, em termos absolutos, pode revelar-se inatingível. Com efeito, a atividade judicial dirigida à reconstrução processual do ocorrido não garante o efetivo alcance da verdade objetiva ou o fiel retrato da realidade. Diante disso, o juiz criminal não poderá, jamais, assegurar ter obtido, no processo, a verdade absoluta do que ocorreu.

Com essa advertência, destaque-se a lição de Machado (2009, p. 351):

No caso do processo penal, a verdade que se busca não é uma verdade absoluta, mas apenas a verdade histórica, ou seja, aquela que guarda uma relação de correspondência entre os fatos que constituem o *thema probandum*, e a ideia ou juízo que se faz a respeito da realidade de tais fatos (juízos verdadeiros).

A verdade é sempre relativa e transparece através das provas trazidas aos autos, visto que é impossível atingir uma certeza absoluta dentro de um processo sujeito à falibilidade humana, bem como a eventuais insuficiências de elementos probatórios. Diante disso, pode-se averbar que a busca processual da certeza, no

âmbito criminal, corresponde à averiguação da versão mais próxima do que realmente aconteceu. Em outras palavras, a verdade real mencionada pela doutrina como escopo da persecução penal, é àquela situada o mais próximo possível da realidade.

### 3.3 PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO *FAVOR REI*

O princípio da presunção de inocência tem sua origem no final do século XVIII, quando, na Europa Continental emerge a ideia de voltar-se contra o processo penal inquisitório. Conforme mencionado alhures, no sistema processual inquisitivo, o acusado era submetido ao processo como objeto das investigações e sem qualquer garantia. Surge, então, a necessidade de proteger o cidadão contra o arbítrio estatal que, em regra, o presumia culpado. Destarte, é a partir da influência do modelo acusatório que surge uma maior proteção à dignidade e à liberdade de locomoção.

Com efeito, o chamado princípio da presunção de inocência, do estado de inocência ou da não-culpabilidade, resta consagrado na Constituição Federal de 1988, dispondo a mesma, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Na lição tradicional, o princípio da presunção de inocência significa que o acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória transitada em julgado. Trata-se de princípio constitucional pelo qual “ninguém pode ser tido por culpado pela prática de qualquer ilícito senão após ter sido como tal julgado pelo juiz natural, com ampla oportunidade de defesa” (TAVARES, 2008, p. 659).

Por conseguinte, o aludido princípio impõe exclusivamente à acusação, o ônus probatório relativo à existência do fato e à sua autoria. Consoante observa Nucci (2008, p. 81), “as pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com provas suficientes, ao Estado-juiz a culpa do réu”.

Por outro lado, a presunção constitucional de inocência garante, também, a absolvição do acusado no caso de dúvida a respeito da sua culpa.

Acrescente-se, ainda, como decorrência do princípio em comento, a exigência de que toda restrição à liberdade do acusado antes do trânsito em julgado da sentença deve revestir-se de natureza cautelar. Na lição de Távora e Antonni (2009, p. 48) “[...] o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade”.

Destarte, o princípio consignado no art. 5º, LVII, da CF, não veda a decretação da prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, exigindo, porém, o reconhecimento do caráter cautelar e excepcional da medida. A prisão provisória é admitida pela própria Carta Magna quando prevê os institutos da prisão em flagrante e por mandado judicial (art. 5º, LXI) e da liberdade provisória com ou sem fiança (art. 5º, LXVI).

Nesse diapasão, medidas constritivas dos direitos individuais como a quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico e a busca e apreensão domiciliar, também devem ser excepcionais e indispensáveis.

Anote-se, ademais, que a doutrina em geral considera evidentemente revogado, diante da norma constitucional acima referida, o inciso II do art. 393 do Código de Processo Penal, que determina o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, sem o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Importa consignar, outrossim, que há na doutrina posicionamentos contrários à adoção da terminologia presunção de inocência. Na visão de alguns autores, o réu não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, porém nem sempre é presumidamente inocente.

Sublinha a propósito Rangel (2009, p. 25) que:

O magistrado, ao condenar, presume a culpa; ao absolver, presume a inocência, presunção esta *juris tantum*, pois o recurso interposto desta decisão fica sujeito a uma condição (evento futuro e incerto), qual seja a reforma (ou não) da sentença pelo tribunal. Desta forma, o réu tanto pode ser presumido culpado como presumido inocente e isto em nada fere a Constituição Federal. Seria ilógico imaginarmos que o juiz ao condenar, presume o réu inocente. Não. Neste momento, a presunção é de culpa e, óbvio, ao absolver, a presunção é de inocência.

Por outro lado, defendendo a existência de um estado jurídico de inocência, preleciona Mirabete (2001, p. 42) que:

[...] a nossa Constituição não ‘presume’ a inocência, mas declara que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’ (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado.

Conforme ressaltado alhures, destaca-se, como desdobramento imediato do princípio consignado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a regra de que a dúvida a respeito da responsabilidade criminal do acusado impõe decisão judicial absolutória. Em outros termos, conectado ao princípio constitucional da presunção de inocência, está o chamado princípio do *favor rei* (*favor innocetiae*, *favor libertatis*, ou *in dubio pro reo*).

Trata-se de regra do processo penal que impõe ao juiz decidir em favor do acusado sempre que houver dúvida razoável sobre a sua culpa. Dessa forma, em caso de conflito entre o direito de punir do Estado e o *status libertatis* do réu, este deve prevalecer.

Por outro lado, havendo interpretações antagônicas de dispositivos processuais penais, deve o operador do direito optar pela mais benéfica ao imputado. Assim, diante de dois caminhos a serem seguidos, deve-se optar pelo que melhor protege a liberdade.

Muitas são as passagens do Código de Processo Penal que denotam a aplicação do princípio em análise. Segundo a lição de Tourinho Filho (2009, p. 31), são disposições processuais que consagram o princípio do *favor rei*:

[...] a proibição da *reformatio in pejus* – reforma para pior (art. 617); os recursos privativos da Defesa, como os embargos infringentes ou de nulidade (art. 609, parágrafo único); a revisão criminal como direito exclusivo do réu (art. 621 e s.); a regra do art. 615, §1º; e, por fim, como coroamento desse princípio, o da *presunção de inocência*, hoje erigindo à categoria de dogma constitucional. (grifo do autor)

Grande parte da doutrina inclui, ainda, como exemplo do *favor rei* a regra do art. 386, VII, do CPP, que determina a absolvição do réu “quando não existir prova suficiente para condenação”. Nesse sentido, o magistério de Rangel (2009, p. 35):

[...] estando o juiz diante de prova para condenar, mas não sendo esta suficiente, fazendo restar a dúvida, surgem dois caminhos: condenar o acusado, correndo o risco de se cometer uma injustiça,

ou absolvê-lo, correndo o risco de se colocar nas ruas, em pleno convívio com a sociedade, um culpado. A melhor solução será, indiscutivelmente, absolver o acusado, pois antes um culpado nas ruas do que um inocente na cadeia.

Não obstante, alguns doutrinadores partem da premissa de que em caso de insuficiência de provas, o juiz não absolve em razão de dúvida, mas da certeza de que lhe faltam provas para condenar, para excluir a regra do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, das hipóteses de aplicação processual do princípio do *in dubio pro reo*.

### 3.4 PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE E DO IMPULSO OFICIAL

É cediço que, a Constituição Federal incorporou à relação processual três sujeitos com funções distintas. Nesse contexto, ao avocar o exercício da função jurisdicional e investir-se em posição jurídica *supra partes*, deve o Estado-juiz assumir a condição de órgão imparcial e distante do conflito instaurado entre as partes.

Nas palavras de Távora e Antonni (2009, p. 50) “a imparcialidade é entendida como característica necessária do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de molde a lhe tirar a neutralidade necessária para conduzi-lo com isenção”.

A imparcialidade é inseparável do órgão jurisdicional, revelando-se como um dos pressupostos para a constituição de uma relação processual válida. É nesse aspecto que se afirma que o órgão jurisdicional deve ser subjetivamente capaz.

Segundo observa Nucci (2008, p. 99):

Esse princípio é constitucionalmente assegurado, embora de maneira implícita. Ingressa no sistema pela porta do art. 5.º, § 2.º, da Constituição (‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’). Ora, não somente o princípio do juiz imparcial decorre do juiz natural, afinal, este sem aquele não tem finalidade útil, como também é fruto do pacto de São José da Costa Rica [...].

Lembre-se que o juiz imparcial é figura inerente ao sistema acusatório consagrado pela Carta Política vigente, visto que a tripartição constitucional das funções processuais tem por escopo garantir às partes o julgamento do feito por órgão dotado de imparcialidade.

A imparcialidade do juiz pressupõe sua independência. Nenhum juiz pode ser efetivamente imparcial se sofre, no exercício das suas funções, quaisquer coações ou constrangimentos que o façam temer a perda do cargo. Exatamente visando garantir essa independência, é que a Constituição Federal confere à magistratura as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Conforme anota Rangel (2009, p. 20) tais garantias “não pertencem à pessoa física do juiz, mas sim à sociedade, que tem o direito de ver os conflitos de interesses de alta relevância social solucionados de forma justa e imparcial”.

Além da independência política, a Constituição estabelece, para preservar a imparcialidade do juiz, algumas restrições às suas atividades enunciadas no art. 95, parágrafo único.

Por outro lado, ciente de que o juiz interessado deve ser afastado, o legislador ordinário previu determinadas situações que podem quebrar a imparcialidade, permitindo, nesses casos, a recusa do juiz pela parte. Nesse sentido, é que o CPP estabelece as hipóteses de impedimento (art. 252) e de suspeição (art. 254).

Havendo impedimento, fica o juiz privado de exercer a atividade jurisdicional, em razão do seu manifesto interesse na solução da causa. Portanto, deve o magistrado afastar-se do processo, e caso não o faça, qualquer das partes poderá requerer seu afastamento com a consequente a anulação dos atos já praticados. Quanto à suspeição, ocorrendo uma das causas previstas no art. 254, o juiz também pode promover seu afastamento do litígio ou ser afastado por iniciativa das partes através de exceção própria. A ocorrência de uma das hipóteses de suspeição não implica automaticamente no reconhecimento da parcialidade do julgador, podendo este se conservar imparcial. Não obstante, deve o juiz, nesses casos, ser afastado do feito, em garantia ao direito das partes de exigir um julgamento justo e imparcial.

Ao lado do dever de assumir um caráter imparcial na condução do feito, cabe ao órgão jurisdicional impulsionar o processo, de um ato processual a outro, conforme o procedimento, até a decisão final.

Uma vez iniciada a ação penal, com o recebimento da inicial acusatória, deve o juiz movimentá-la até a solução definitiva da causa. Embora a jurisdição seja

inerte, não deve o andamento do processo ficar sob a iniciativa das partes, pois caso não o promovam, haverá prejuízo para o interesse público na apuração da infração penal e de sua autoria, bem como no desenvolvimento e conclusão do processo no tempo mais breve possível.

O denominado princípio do impulso oficial consiste, portanto, em atribuir ao magistrado a função de mover o procedimento até exaurir a função jurisdicional. Opõe-se ao critério do impulso das partes, pelo qual o juiz apenas realiza o que lhe for solicitado por elas.

O impulso oficial liga-se aos princípios da obrigatoriedade e da indeclinabilidade da ação penal, que estabelecem o exercício da função jurisdicional até a decisão final, sem que o juiz possa dela dispor, bem como a impossibilidade de desistência pelo Ministério Público.

Assim, em virtude da indisponibilidade que lhe é peculiar, o processo penal segue necessariamente o princípio do impulso oficial.

Quanto à denominada ação penal de iniciativa privada, onde vigora o princípio da oportunidade, destaque-se a lição de Nucci (2008, p. 110):

Notemos que, também no caso de ação penal privada, regida pelo princípio da oportunidade, prevalece o impulso oficial, não se admitindo a paralisação do feito, sob pena de preempção, julgando-se extinta a punibilidade do acusado (art. 60, CPP). Justifica-se tal postura pelo fato de que ação, embora de natureza privada e de livre propositura pelo ofendido, quando ajuizada, não pode perpetuar-se, sob pena de servir de constrangimento indefinido ao querelado.

O impulso oficial tem, portanto, o escopo de impedir a paralisação do procedimento pela inércia ou omissão das partes, caminhando-se, assim, para a solução definitiva da causa.

### 3.5 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório ou da bilateralidade da audiência decorre do brocardo romano *audiatur et altera pars* e exprime o direito concedido às partes de serem cientificadas sobre qualquer fato processual ocorrido e de se manifestarem

sobre ele, expondo suas razões, apresentando provas ou praticando quaisquer atos que possam influir no convencimento do magistrado. Traz como consequência, a igualdade na relação processual, “conferindo às partes, de forma isonômica, o direito de produzir todas as provas que entendam necessárias a formação do convencimento do juiz, sendo de aplicação extensiva aos processos administrativos” (MONTENEGRO FILHO, 2007, p. 31).

Com efeito, a Constituição Federal consagra em seu art. 5º, inciso LV, que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

De respaldo constitucional, o contraditório traduz-se, portanto, nos elementos informação e reação e “é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 61). Cuida-se, pois, de princípio essencial à relação processual, servindo tanto a acusação quanto a defesa. Destarte, o Ministério Público e o querelante também têm direito ao contraditório, porquanto também são litigantes, e não somente o réu.

Do princípio do contraditório decorrem duas regras fundamentais: a da igualdade processual e a da liberdade processual. Esta última consiste na faculdade conferida ao acusado de nomear o advogado escolher, de apresentar as provas que entender necessárias, desde que admitidas em Direito, de elaborar ou não perguntas às testemunhas etc. A igualdade processual, por sua vez, é a regra que estabelece a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, fixando-as num mesmo plano.

O Código de Processo Penal consagra em diversas regras a garantia em análise, dispondo, por exemplo, o art. 261 que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”. O art. 263, por sua vez, dispõe que, se o acusado não tiver defensor, deverá o juiz nomear-lhe um, “ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação”. A nomeação de um defensor técnico ao réu visa assegurar o equilíbrio na relação processual, mantendo-se a posição de igualdade garantida pelo contraditório.

Ressalte-se que o princípio do contraditório é inerente ao sistema acusatório, onde as partes possuem plena igualdade de condições, suportando o ônus da própria inércia durante o processo. No processo de tipo inquisitivo, portanto, não vigora tal princípio, sendo o acusado apenas um objeto da investigação. No sistema misto, apenas a fase de julgamento contempla o contraditório, surgindo, em consequência, a regra da igualdade processual.

Anote-se, ainda, que a expressão “processo administrativo”, presente no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, não se refere à fase do inquérito policial, mas aos processos instaurados pela Administração Pública para a apuração de ilícitos administrativos ou aos procedimentos administrativos fiscais. Havendo, nesses casos, a possibilidade de aplicação de uma sanção, é de rigor a presença do contraditório. Em se tratando de inquérito policial, nenhuma pena pode ser imposta ao indiciado, não sendo, pois, incluído no conceito de processo administrativo.

Ademais, o texto da Lei Maior assegura o princípio em comento aos litigantes, não havendo, contudo, litígio na fase policial. Assim, não se concebe a extensão do contraditório à investigação que antecede à instauração do processo penal, pois não há nesta fase nenhuma acusação.

Na lição de Rangel (2009, p. 18) o inquérito policial “não passa de mero expediente administrativo, que visa apurar a prática de uma infração penal com a delimitação da autoria e as circunstâncias em que a mesma ocorrera, sem o escopo de infligir pena a quem seja objeto desta investigação”. Assim, o caráter inquisitorial afasta, do inquérito, o princípio do contraditório.

Nessa esteira anota Tourinho Filho (2010, p. 77) que “no Direito brasileiro apenas no inquérito é que não existe igualdade processual. Se houvesse tal regra no inquérito, a Polícia encontraria obstáculos maiores ainda na colheita de provas, por razões que nos parecem óbvias”.

Vale destacar, por último, que excepcionalmente, o contraditório deve ser observado quando houver alegação de direito. Nessa hipótese, deve-se verificar se a matéria alegada pode colocar fim ao processo. Exemplifique-se com a alegação de ter havido *abolitio criminis* (quando uma lei nova deixa de considerar crime determinada conduta tipificada), que deve determinar a manifestação da parte contrária, porquanto pode provocar o fim da demanda.

Dessa forma, havendo alegação de questão de direito por uma das partes, nem sempre será necessária a oitiva da parte contrária.

Impende avivar, que a análise do princípio constitucional do contraditório, juntamente com os demais princípios inerentes a produção probatória no processo criminal, mostra-se essencial ao esclarecimento da atuação dos sujeitos processuais, em especial do magistrado, na colheita das provas que formarão seu convencimento, sendo, portanto, fundamental à posterior compreensão acerca da possibilidade jurídica dos poderes instrutórios do julgador.

## 4 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Ocupando posição proeminente na relação processual, o juiz é o detentor do poder jurisdicional e o sujeito mais importante do processo. Trata-se do órgão destinado a compor imparcialmente o litígio penal, dando a cada um o que é seu.

Ao órgão jurisdicional incumbe, de forma precípua, dirigir a marcha da ação penal e decidir a causa de forma justa e imparcial. Nessa consonância, é imperioso esclarecer se a intervenção do juiz na atividade processual envolve uma iniciativa investigatória, levada a efeito através da determinação, de ofício, da produção de elementos de prova. Convém examinar, portanto, o alcance da atuação do magistrado no campo probatório, à luz da postura garantista do juiz criminal, bem como dos princípios e regras constitucionais aplicáveis a matéria.

### 4.1 PREVISÃO LEGAL

Nos termos do diploma processual penal incumbe ao magistrado “prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública” (art. 251). Duas são, portanto, as atribuições do juiz no desenrolar do processo, sendo uma processual e outra administrativa.

A primeira consiste em evitar irregularidades e promover medidas que assegurem a justa aplicação da lei penal. A segunda trata-se de função administrativa, em razão da qual o juiz pratica atos de polícia com o escopo de assegurar a ordem no decorrer do processo, podendo requisitar o concurso da polícia para que se cumpram suas determinações.

A função judicial não se restringe, contudo, a essas incumbências, sendo diversas as atribuições estabelecidas no Código de Processo Penal. Todavia, a função primordial do juiz corresponde à decisão imparcial dos conflitos jurídicos concretos, ou seja, à solução da causa penal.

Objetivando conferir ao juiz as necessárias condições para o desempenho das suas funções, o CPP lhe atribui determinados poderes a serem exercidos no processo ou por ocasião dele.

Dentre estes, é de se destacar o poder instrutório do magistrado consignado no art. 156 do diploma processual. Estabelece tal dispositivo a possibilidade de o juiz, de ofício, determinar, “mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas”, bem como “a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

A referida regra processual consagra os chamados atos probatórios de ofício, investindo o juiz na direção da introdução dos meios de prova. Destarte, na ótica do Código de Processo Penal brasileiro a intervenção do juiz no desenrolar da relação é permitida não somente para conduzir a marcha processual e solucionar o conflito, mas, também, para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da causa.

Lembre-se que a iniciativa judicial na atividade probatória é traço do sistema inquisitivo, onde se reflete a proeminência da figura do Estado-juiz na persecução penal e a concentração das funções de acusar, defender e julgar no mesmo órgão. Na visão de Prado (2006, p. 140), o art. 156 do CPP, na parte em que confere ao juiz poderes probatórios, “é fruto do processo penal do Estado Novo, período autoritário em que a supressão das liberdades contava com apoio do Sistema de Justiça Penal, para fazer valer os interesses da ditadura Vargas”.

No moderno processo penal o juiz é o destinatário da prova e, sem dúvida alguma, sujeito do conhecimento. Quando, porém, se dedica a produzir provas de ofício se coloca como sujeito ativo do conhecimento. Exsurge, daí, a indagação acerca da possibilidade jurídica da atividade probatória *ex officio* do juiz. Com isso, a doutrina passou a sustentar, de um lado, a incompatibilidade entre os poderes instrutórios do juiz e a dogmática do processo criminal, e de outro, a admissibilidade da introdução de elementos de prova pelo magistrado, visando completar o panorama sobre o qual recairá o juízo.

#### 4.2 PODERES INSTRUTÓRIOS E O PROCESSO PENAL ACUSATÓRIO

A atividade probante efetivada, de ofício, pelo juiz sempre foi discutida na doutrina processual. Em verdade, mesmo antes da alteração provocada pela Lei nº 11.690/08, o art. 156 do CPP sempre foi objeto de divergência. Tal alteração

legislativa intensificou a discussão em comento, ao permitir ao magistrado, ainda no curso do inquérito policial, determinar a produção antecipada de provas.

Atualmente, uma visão tradicional do processo permanece condenando esse poder conferido ao juiz, sob o argumento de que a prova determinada de ofício pelo julgador viola o princípio do processo acusatório, notadamente quando o magistrado assume funções persecutórias tal como ocorria no processo de tipo inquisitivo. Na visão de alguns autores, a regra inserta nos incisos do art. 156 do Código de Processo Penal não é consentânea com a atual ordem constitucional, porquanto afronta a tripartição de funções decorrente do sistema acusatório adotado pela Carta Magna.

Portanto, a doutrina que parte do pressuposto de que o sistema consagrado pelo Direito pátrio é do tipo acusatório, preleciona que a dinâmica do processo penal brasileiro não contempla a iniciativa probatória do magistrado, sobretudo antes de iniciada a ação penal. Assim sendo, não deve o juiz criminal determinar a produção de provas *ex officio*, sob pena de refugar a repartição de funções inerente ao sistema acusatório.

Avaliada nessa ótica, a postura ativa do órgão jurisdicional na produção das provas tornaria ilegítima a persecução, frente à violação do paradigma constitucional.

O tema por sua vez não é pacífico. Grande parte da doutrina comunga da ideia de que o julgador não só pode como deve participar ativamente da produção probatória, na expectativa de consolidar seu convencimento. Destarte, há quem propugne pela legitimidade dos poderes instrutórios do juiz, ao fundamento de que a ordem jurídica brasileira adotou um modelo acusatório impuro, visto que incorpora em diversas de suas regras elementos característicos do sistema processual inquisitivo.

Nessa lógica, o ideal que autoriza a determinação de provas, de ofício, pelo magistrado trata-se de uma das diretrizes do sistema inquisitivo insertas num processo penal eminentemente acusatório.

Em outros termos, a iniciativa probatória do magistrado, proclamada no art. 156 do CPP, restaria admitida pelo processo penal brasileiro, uma vez que não guarda incompatibilidade com o modelo processual adotado, qual seja, o acusatório impuro.

Prelecionam, com efeito, Távora e Antonni (2009, p. 38):

É de se destacar, contudo, que não adotamos o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, pois o magistrado não é um expectador estático na persecução, tendo, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória, e podendo, de outra banda, conceder *habeas corpus* de ofício e decretar a prisão preventiva.

Também fundado na adoção pelo direito pátrio de um sistema acusatório não ortodoxo, Tourinho Filho (2010, p. 125) acentua que:

O ônus da prova incumbe às partes, mas o Juiz não é um espectador inerte na sua produção, podendo, a qualquer instante, determinar, de ofício, quaisquer diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, antes mesmo da propositura da ação, consoante a regra do art. 156, I, do CPP.

Nesse viés, o simples fato de o juiz possuir iniciativa probatória não descaracteriza o sistema processual consagrado pelo Direito pátrio. Sendo uma das regras de influência inquisitiva presentes no Código de Processo Penal, a iniciativa probatória do magistrado não denota incompatibilidade com o sistema processual vigente.

No sentido permissivo do poder instrutório do juiz, segue a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. REPRODUÇÃO SIMULADA DO FATO. INDEFERIMENTO. JUIZ DE CONVENIÊNCIA A PROPÓSITO DA IMPORTÂNCIA DA DILIGÊNCIA.

1. O artigo 7º do CPP confere à autoridade policial a faculdade de proceder à reconstituição do crime ou reprodução simulada dos fatos. **Nada impede que o juiz, no exercício dos poderes instrutórios, a determine se achar relevante para dirimir dúvidas (CPP, art. 156).**

2. Por seu turno, o artigo 184 do CPP dispõe que salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade. Tem-se aí juízo de conveniência tanto da autoridade policial, quanto do magistrado, no que tange à relevância, ou não, da prova resultante da diligência requerida. O Supremo Tribunal Federal não pode, em lugar do juiz, aferir a importância da prova para o caso concreto. (Precedentes).

3. A decisão que indeferiu a diligência está amplamente fundamentada no sentido de sua desnecessidade, não havendo, portanto, constrangimento ilegal a ser sanado por esta Corte. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento (STF; RHC 88320/PI; T2 - Segunda Turma; Relator: Ministro Eros

Grau; Julgado em 25/04/2006, Publicado em DJ 26/05/2006, grifo nosso).

Todavia, alguns autores, mesmo partidários do entendimento de que não vigora no Direito brasileiro um sistema acusatório puro, face à gama de atos conferidos ao juiz que se aproximam do modelo inquisitivo, se opõem ao esforço probatório do magistrado no processo penal.

No magistério de Prado (2006, p. 195) "o princípio e o sistema acusatórios são, [...] pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade". Destarte, observando a presença de diversas formas inquisitivas em vigor na legislação processual penal, o referido autor afirma a existência, no Direito pátrio, de um processo penal aparentemente acusatório.

No entanto, defendendo a fiel observância da dogmática constitucional, que estruturou um perfil acusatório, sustenta Prado (2006, p. 137) que:

Entre os poderes do juiz, [...] 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 de 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. (grifo do autor)

Em idêntico sentido, doutrina Rangel (2009, p. 460) que "em uma estrutura acusatória de processo penal não há espaço para o magistrado ter a gestão da prova, em especial antes de iniciada a ação penal, como autoriza o inciso I, em comento".

Na visão do referido autor, a regra prevista no art. 156, II, do CPP, "dá-se durante o curso do processo judicial e visa atender ao princípio do *favor rei*, ou seja, o juiz somente poderá buscar provas se for em favor do réu" (RANGEL, 2009, p. 57). Por outro lado, condena a colheita de provas *ex officio* pelo juiz no curso da investigação policial, em razão da adoção pela Constituição Federal das premissas do sistema acusatório, sustentando, pois, a inconstitucionalidade do inciso I do art. 156 do CPP.

Em defesa do respeito à estrutura acusatória firmada pela Constituição Federal, pondera Rangel (2009, p. 54):

[...] nosso sistema acusatório hodierno não é puro em sua essência. Traz resquícios e ranços do sistema inquisitivo; porém, a Constituição deu um grande avanço ao dar ao Ministério Público privatividade da ação penal pública. Em verdade, o problema maior do operador do direito é interpretar este sistema acusatório de acordo com a Constituição e não de acordo com a lei ordinária, pois, se esta estiver em desacordo com o que aquela estabelece, não haverá recepção, ou, segundo alguns, estará revogada.

Com efeito, o processo penal brasileiro contempla uma estrutura de caráter acusatório implementada pela Constituição Federal, coexistindo ao lado de um conjunto de regras de cunho inquisitivo presente na legislação processual em vigor. Alguns autores proclamam, contudo, a necessária observância da diretriz estabelecida pela Carta Magna, face à prevalência da dogmática constitucional, que optou, embora não diga expressamente, pela adoção do sistema acusatório.

#### 4.3 PODERES INSTRUTÓRIOS E PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

É imperioso destacar que a questão referente à ação probatória do magistrado no processo penal não gira em torno somente do sistema processual adotado. A doutrina discute a possibilidade da introdução de elementos de prova, de ofício, pelo juiz também à luz dos princípios processuais aplicáveis a produção probatória.

Destarte, alguns autores justificam a aplicabilidade dos poderes previstos no art. 156 do CPP a partir de determinados princípios que informam o processo penal brasileiro. Por sua vez, há doutrinadores que condenam os poderes instrutórios do juiz sob o fundamento de que comprometem um conjunto de princípios aplicável a relação processual.

Assim é que, parte da doutrina sustenta que a produção probatória *ex officio* é uma “decorrência natural dos princípios da verdade real e do impulso oficial” (NUCCI, 2008, p. 394).

Em verdade, o processo penal não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade fática. A demonstração da verdade constitui uma das finalidades da persecução penal, devendo o processo dirigir-se à reconstrução histórica dos fatos.

Preleciona, com efeito, Nucci (2008, p. 394) que:

Em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso. Não deve ter a preocupação de beneficiar, com isso, a acusação ou a defesa, mas única e tão-somente atingir a verdade. 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 as audiências previstas em lei e atingindo o momento culminante do processo, que é a prolação da sentença.

A análise da admissibilidade ou não de o juiz determinar, de ofício, a colheita de provas, parte da noção que alguns doutrinadores possuem a respeito do princípio da verdade real. Em outros termos, a defesa da possibilidade de uma iniciativa instrutória do juiz criminal decorre, em parte, da forma como a doutrina trata a questão da verdade no processo penal.

Assim, alguns autores sustentam a admissibilidade da produção de provas *ex officio* a partir da ideia de que, pelo princípio da verdade real, o magistrado não se deve contentar com o material probatório trazido pelas partes, sobretudo se perceber outras fontes possíveis de buscá-las. Nesse sentido, o convencimento de Nucci (2008, p. 105): “o princípio da verdade real significa, pois, que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, simplesmente”.

Na mesma linha, doutrina Pacheco (2008, p. 623):

Na lição tradicional, o princípio da investigação, assim entendido como a diretriz de o juiz poder produzir provas *ex officio*, seria um corolário do princípio da busca da verdade, pois se o juiz deve buscar a verdade, também poderia, como consequência lógica, produzir provas *ex officio* para tal busca. Todavia, tendo em vista nosso entendimento de que princípio da verdade e princípio da busca da verdade são diversos, nos termos acima expostos, o princípio da busca da verdade e o princípio da investigação, sem distinção entre *stricto* e *lato sensu*, seriam expressões sinônimas.

Na defesa dos poderes instrutórios do juiz em razão da busca da verdade, assentou o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

*HABEAS CORPUS* - NULIDADE - DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, ANTES DA SENTENÇA, DE JUNTADA DE DOCUMENTO ESSENCIAL AO DESLINDE DA CAUSA - BUSCA DA VERDADE REAL - PERMISSIVO LEGAL NO ART. 156 DO CPP - ORDEM DENEGADA.

O magistrado, sob o amparo do princípio da busca da verdade real, pode tomar a iniciativa de determinar a produção de prova que entenda indispensável para a formação do seu convencimento (TJMS; HC 7430/MS; T1 – Primeira Turma; Relator: Des. João Carlos Brandes Garcia; Julgado em 28/04/2009, Publicado em 06/05/2009).

No mesmo sentido, a recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte:

*HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES PARA O DELITO DE USO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCESSO DE PRAZO PARA JULGAMENTO DO PROCESSO. NÃO CONFIGURADO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. NECESSIDADE DEMONSTRADA. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. DEMORA DO ENCERRAMENTO DO PROCESSO JUSTIFICADO. ORDEM DENEGADA.

- A pretendida desclassificação do crime de tráfico para o de uso de drogas demanda, inevitavelmente, dilação probatória, o que se revela inadmissível na via estreita do *writ*.

- Não há que se falar em excesso de prazo pra encerramento do processo em virtude da conversão do julgamento em diligência, na medida em que a **busca pela verdade real** se revela imprescindível à correta aplicação da justiça. **O ordenamento jurídico, através do art. 156, inciso II, conferiu ao juiz o ônus de determinar diligências ex officio sempre que necessário para esclarecer dúvidas que surjam durante a análise do acervo probatório** (TJRN; HC 13764/RN; Relator: Des. Amílcar Maia; Julgado em 19/01/2010, grifo nosso).

Por outro lado, parte da doutrina se opõe aos poderes instrutórios do juiz no processo penal, proclamando a defesa de certos princípios fundamentais à relação processual. Assim, sustentam alguns autores que o esforço do magistrado em determinar, de ofício, a produção de provas não levadas aos autos pelas partes, viola princípios vigentes no processo penal brasileiro.

Diante disso, a inadmissibilidade da colheita de provas *ex officio* é sustentada, de início, a partir da ideia de que, assim procedendo o julgador, restaria maculada a imparcialidade necessária ao julgamento do feito. Tal significa a violação ao princípio da imparcialidade.

Afirmam os partidários desta postura que ao determinar a produção de uma prova, o juiz já sabe, de antemão, o que dela resultará e, em consequência, a qual parte vai beneficiar. Disso resultaria o possível comprometimento da imparcialidade exigida ao magistrado.

Nessa linha, assinala Prado (2006. p. 136-137) que:

A ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatarmos que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material possa determinar, se efetivamente incorporado ao processo.

[...]

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.

Assim, adverte a doutrina que a previsão das consequências jurídicas que podem advir da inclusão da prova ao processo, afasta o juiz da necessária posição de distanciamento dos interesses contrapostos das partes, uma vez que beneficiará um dos lados com a medida probatória.

Sublinha a propósito Rangel (2009, p. 10) que:

O art. 156, reformado pela Lei nº 11.690/08, incidiu no mesmo erro anterior: colocando o juiz no papel de investigador, descendo do seu lugar *supra partes* (distante dos interesses das partes), para procurar aquilo que acha que é verdade, ou que ele quer que seja verdade. Trata-se do juiz inquisidor. Do juiz que, ao interrogar, já sabe o que vai fazer: condenar ou absolver. Depois de decidir, no seu (sub)consciente, ele vai atrás da prova para justificar sua decisão.

É importante consignar que a postura defensiva da função instrutória do magistrado no processo penal, proclama que a introdução de elementos de prova, de ofício, pelo juiz não é incompatível com a imparcialidade exigida constitucionalmente. Em outras palavras, há realmente quem sustente a legitimidade

da atividade probante realizada *ex officio*, não vendo risco de comprometimento da imparcialidade e do posicionamento garantista do juiz criminal.

Cabe destacar, ainda, que a inviabilidade da iniciativa probatória do magistrado é lastreada, também, no argumento de que compromete a devida aplicabilidade do princípio constitucional do contraditório.

Considerando a necessidade de equilíbrio processual e a ideia de que o contraditório sugere a oposição entre as teses da acusação e da defesa, adverte a doutrina para a inviabilidade de um confronto entre o julgador e o acusado, por ocasião da introdução *ex officio* de material probatório que seja desfavorável ao réu. Destarte, sendo o juiz o destinatário da prova e o órgão incumbido da solução dos conflitos jurídicos concretos, a produção probatória por ele efetivada poderia comprometer o imperativo equilíbrio processual.

Nesse sentido, a lição de Prado (2006, p. 138):

[...] o contraditório é medida de duelo, como categoria processual que reúne a ciência do ato praticado *pela parte contrária* à possibilidade de uma atitude em sentido contrário ou objetivando contrariar o prefalado ato. Difícil será, a nosso juízo, estabelecer-se um duelo entre o acusado e o juiz, pois este último detém o poder de decidir a causa, elegendo, como assinalou Carnelutti, a alternativa de solução que lhe pareça mais viável. (grifos do autor)

Registre, por oportuno, o posicionamento firmado por Carvalho e Depaoli (2008, p. 2-3), juízes de Direito nos Estados do Rio de Janeiro e Santa Catarina, respectivamente, a respeito da colheita de provas, de ofício, pelo magistrado:

[...] a nova redação do artigo 156 do Código configurou, respeitadas as posições contrárias, amplo retrocesso e vinculação a uma formatação autoritária, discricionária e substancialista de processo.

[...]

A gestão da prova pelo julgador, de ofício, conforme a nova redação do artigo 156, incisos I e II, do CPP, torna ilegítimo o processo penal, fere o contraditório e a Constituição da República e consolida o risco (concreto) de opções arbitrárias, além de permitir a fusão, em um círculo concêntrico, da ação e jurisdição, elementos estanques e distintos.

Acrescente-se, ademais, que para os defensores da vedação do poder instrutório do magistrado, a proeminência da atuação do juiz na instrução da causa,

confronta também os princípios da presunção constitucional de inocência e do *favor rei*. Isto se deve porque incide no processo penal a regra de que a dúvida que circunda o julgador sempre militará em favor do acusado, devendo a incerteza na persuasão transmudar-se em provimento favorável ao réu.

Nessa lógica, se ao magistrado restar dúvida razoável quanto a culpa do acusado, deve proferir decisão absolutória em respeito a um mandamento de ordem constitucional. O princípio do *favor rei* é a expressão máxima dentro de um Estado Constitucionalmente Democrático, devendo sempre prevalecer, no caso de incerteza quanto a responsabilidade criminal, o *jus libertatis* do acusado. Diante disso, não caberia ao julgador proceder de ofício na busca do material probatório, já que a lei impõe a solução absolutória para a hipótese de dúvida referente a culpa do imputado.

Ademais, aduz a doutrina que o juiz que promove, de ofício, a colheita de provas não presume que o réu seja inocente como determina a Constituição, não havendo, portanto, como afastar a conclusão a respeito da incompatibilidade entre o poder instrutório do julgador e o princípio constitucional da presunção de inocência. Nesse viés, o magistrado não pode, nem precisa produzir provas porque a Constituição ordena uma postura diametralmente diferente. A ausência de material probatório suficiente a comprovação da responsabilidade criminal impõe a absolvição, não a busca de provas *ex officio*.

Dessa forma, parte da doutrina processual penal condena a possibilidade de o juiz criminal determinar, de ofício, a produção de provas, consignada no art. 156 do Código de Processo Penal brasileiro, tendo por base o confronto da medida com princípios inerentes ao direito processual, quais sejam, o da imparcialidade, do contraditório, da presunção de inocência e do *favor rei*. Nessa ótica, constituindo o marco inicial de toda a dogmática jurídico-processual, o conjunto dos princípios que regem o processo não pode ser violado pelas normas legais.

Por outro lado, boa parte dos doutrinadores sustenta a admissibilidade dos poderes conferidos ao juiz pelo referido dispositivo, na aplicabilidade dos princípios da verdade real ou busca da verdade e do impulso oficial. A prevalência de tais princípios, somada a ausência de comprometimento dos demais, justificaria, na visão doutrinária, a produção probatória efetivada, de ofício, pelo juiz no processo penal.

#### 4.4 O PAPEL COMPLEMENTAR DO MAGISTRADO: UMA VISÃO RESTRITIVA DOS ATOS PROBATÓRIOS DE OFÍCIO

Impende registrar, a respeito dos atos probatórios de ofício, o corrente entendimento, entre a doutrina que proclama a admissibilidade, pelo ordenamento brasileiro, dos poderes instrutórios do juiz, de que a atuação do magistrado no campo probatório é visivelmente secundária à das partes. Nesse sentido, não pode o julgador substituir-se à atuação das partes na produção do material probatório que embasará seu convencimento.

Destarte, a vertente permissiva da participação ativa do juiz na colheita das provas sustenta uma atuação meramente complementar do magistrado no campo probatório. Não cabe ao julgador, portanto, assumir os papéis da acusação ou da defesa, sob pena de afastar-se do *mister* jurisdicional.

Por força constitucional, a atividade probatória efetivada pelo juiz seria necessariamente restrita. Do contrário restaria maculada a imparcialidade exigida ao julgador. Conforme anotam Távora e Antonni (2009, p. 317-318):

A proatividade do julgador em determinar a produção de provas encontra limites na imparcialidade exigida para o julgamento do feito. O sistema acusatório atribui ao titular da ação a diligência necessária na produção probatória. Se não pode o magistrado fechar os olhos à verdade, também não poderá, sob pena de estar maculado subjetivamente, construir por força própria todo o manancial probatório que é levado aos autos. Se o fizer, deve ser afastado, em razão de impedimento (art. 254, IV, CPP) ou suspeição (art. 252, CPP).

Para preservar sua imparcialidade, o juiz deve manter-se equidistante das atividades a serem desenvolvidas pelas partes. Assim, a regra do art. 156 do CPP, que prevê a possibilidade de o juiz de determinar a realização de diligências e a produção antecipada de provas, deve ser interpretada de modo restritivo.

Na lição de Machado (2009, p. 365):

[...] esse dispositivo confere ao juiz o poder de determinar diligências que visem tão-somente 'esclarecer pontos relevantes', ou seja, aqueles pontos que já foram objeto de prova produzida pelas partes e que, por falha dessa prova, não ficaram devidamente aclarados.

Assim, o referido art. 156 não deve ser interpretado com amplitude desmedida, a ponto de se concluir que o juiz, de ofício, poderá determinar 'quaisquer outras provas' sobre o *thema probandum*. As diligências a que se refere esse dispositivo são sempre de caráter suplementar, com a finalidade de corrigir eventuais equívocos na colheita das provas anteriormente produzidas pelas partes.

Em verdade, a doutrina sempre enxergou essa função probatória do juiz com certa reserva. Recomenda-se, pois, prudência ao se estabelecer o momento da iniciativa probante do julgador, para que este não se afaste da sua função constitucional e se equipare a uma das partes em contenda.

Diante disso, alguns autores destacam a necessária visão restrita que se deve ter dos poderes deferidos ao juiz pelo mencionado dispositivo, devendo este ser interpretado à luz dos princípios constitucionais e sob a perspectiva de uma atuação essencialmente imparcial.

A doutrina acentua, ainda, que é inaceitável, no processo penal brasileiro, a produção probatória *ex officio* destinada a suprir eventual inércia do órgão acusador sob o argumento de que o processo penal deve sempre buscar a reconstrução da verdade substancial dos fatos. Nessa ótica, o magistrado assumiria, assim agindo, funções típicas da acusação, comprometendo a imparcialidade e os demais princípios consagrados na Constituição Federal.

Dessa forma, concluem alguns doutrinadores que a atuação do julgador no campo probatório é sempre complementar, não podendo em nenhuma hipótese substituir o órgão acusador nas diligências necessárias a demonstração da responsabilidade criminal do réu. Não deve o juiz, portanto, assumir o papel da acusação, a fim de evitar-se a real aproximação com o juiz inquisidor, bem como a quebra da imparcialidade.

Acrescente-se, ademais, a distinção apontada por alguns autores entre a iniciativa probatória e a chamada iniciativa acusatória do juiz criminal. Esta, a iniciativa acusatória, estará presente quando o juiz, sob qualquer argumento, empreenda atividade probatória para suprir a inércia da acusação, substituindo-a no desempenho do seu ônus processual.

Nesse sentido, a jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

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

1. É acusatório, ou condenatório, o princípio informador do nosso processo penal, daí, então, ser vedado ao juiz o poder de investigação. Cabe à acusação a prova da culpabilidade do réu.
2. Incumbe ao juiz, é verdade, dirigir o processo, competindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento, não lhe sendo lícito, também é verdade, substituir a acusação. Permitido lhe é, isto sim, auxiliar a defesa, tal o eterno princípio da presunção de inocência: "ninguém será considerado culpado..."
3. Pode o juiz ouvir outras testemunhas (Cód. de Pr. Penal, art. 209), porém não o pode fazendo as vezes da acusação, substituindo-a, em caso, como este, em que não havia testemunhas a serem inquiridas, porque não havia testemunhas arroladas pelo Ministério Público (tampouco pela defesa).
4. São diferentes iniciativa probatória e iniciativa acusatória, aquela é lícita, claro é, ao juiz em atitude complementar, por exemplo, tratando-se de diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (atual art. 402).
5. Já a iniciativa acusatória o desempenho das funções que competem a outrem bate de frente com princípios outros, entre os quais o da imparcialidade do julgador, e o da presunção de inocência do réu, e o do contraditório, e o da isonomia.
6. Ordem concedida a fim de se anular o processo desde quando se determinou a inquirição (STJ; HC 143889/SP; T6 – Sexta Turma; Relator: Ministro Nilson Naves; Julgado em 18/05/2010, Publicado em DJ 21/06/2010).

É importante consignar ainda, que na visão de alguns autores a iniciativa do juiz criminal na colheita das provas, direciona-se, como regra, à defesa dos direitos fundamentais do acusado durante a persecução penal. Assim, numa visão constitucional, a atividade probante efetivada pelo órgão jurisdicional se daria, em regra, no sentido de proteção das liberdades públicas, assumido o julgador uma postura essencialmente garantista.

Nessa perspectiva, o processo penal é considerado, sobretudo, um instrumento de garantia dos direitos fundamentais em geral, especialmente o da liberdade. Por conseguinte, admite a intervenção do magistrado na produção probatória, a fim de evitar alguma violação aos direitos do réu. No magistério de Machado (2009, p. 365), tal intervenção “não significa nenhuma ameaça à imparcialidade do juiz, porque a defesa das liberdades públicas no processo, antes de ser uma opção parcial pelos interesses do réu, é a defesa da própria CF”.

Destarte, a legitimidade da atuação do magistrado no campo probatório em defesa das liberdades fundamentais resulta exatamente do seu posicionamento garantista no processo criminal, e, portanto, da defesa que faz da Constituição e da legalidade.

Sustentando a intervenção do juiz na colheita das provas no sentido de proteção aos direitos do réu, conclui Pacheco (2008, p. 624):

[...] a relevância do ponto (arts. 156 e 234, CPP), a necessidade da prova (art. 209, *caput*, CPP) e a conveniência da prova (art. 209, parágrafo único, CPP) que possibilitam ao juiz a produção probatória *ex officio* devem ser avaliadas nessa ótica de garantia de direitos fundamentais do réu.

Registre-se, contudo, a advertência presente na doutrina no sentido de que “não é necessário nem recomendado ao juiz, em prol do réu, atuar como verdadeiro defensor, tomando a frente da iniciativa probatória” (TÁVORA; ANTONNI, 2009, p. 318). Assim, a intervenção na colheita de material probatório não autoriza ao juiz assumir o papel de defensor do acusado, mesmo porque a dúvida inerente à debilidade do conjunto de provas trazido aos autos, por si só militará em favor da defesa. Nessa linha, a atividade do juiz na determinação da prova continua sendo complementar.

Destarte, impende avivar que há na doutrina que sustenta a admissibilidade, no processo penal brasileiro, dos poderes instrutórios do juiz, o entendimento de que a iniciativa deferida ao magistrado na produção das provas é meramente complementar ou secundária à atuação das partes, não podendo o julgador assumir a posição de defensor, tampouco de acusador, sob pena de violação do princípio da imparcialidade. Diante disso, a regra consignada no art. 156 do CPP, que confere ao juiz certo poder instrutório, deve ser interpretada de forma restritiva, a fim de evitar-se o excessivo alargamento da intervenção do julgador no campo de atuação das partes.

## 5 CONCLUSÃO

O moderno processo penal rege-se por padrões normativos, de ordem constitucional que visam, sobretudo, à efetivação dos direitos fundamentais e a implementação de um processo penal democrático. A tutela dos direitos fundamentais na persecução em juízo determina, por sua vez, a divisão de funções no próprio processo, atribuindo-se a sujeitos diversos as atividades principais de acusar, defender e julgar.

Assim é que a Constituição Federal reserva ao juiz a função de decidir de forma imparcial os conflitos de interesses, além de instituir a privativa atuação do Ministério Público, no exercício da ação penal pública e preconizar a publicidade do processo e a oralidade do procedimento. Nesse contexto, é forçoso admitir que a Carta Política de 1988 consagra as características essenciais do sistema processual acusatório.

Por outro lado, diversas disposições consignadas na legislação processual penal se afastam do princípio acusatório, a exemplo do art. 156 do Código de Processo Penal, que confere ao juiz poderes de investigação criminal.

Diante disso, prevalece na doutrina o entendimento de que a ordem jurídica pátria adotou um sistema acusatório impuro, porquanto consagrou constitucionalmente a tripartição de funções inerente ao princípio acusatório, juntamente com diferentes regras de influência inquisitiva.

Partindo dessa premissa, e fundada nos princípios da verdade real ou busca da verdade e do impulso oficial, é que a doutrina e jurisprudência majoritárias proclamam a admissibilidade da produção probatória *ex officio*, isto é, da possibilidade de o magistrado determinar, de ofício, a produção de elementos de provas no processo penal. Em linhas gerais, conclui-se que a interpretação predominante é aquela que sustenta a compatibilidade entre a regra constante dos incisos do art. 156 do CPP e o sistema processual adotado, vigorando, pois, a crença na existência de poderes instrutórios do juiz criminal.

Dessa forma, observa-se como posição amplamente aceita na seara processual aquela tendente a aceitação da produção de provas, de ofício, pelo juiz criminal, face à opção do ordenamento brasileiro por um sistema acusatório não ortodoxo, à aplicabilidade dos princípios da verdade real e do impulso oficial, bem

como à ausência de violação aos demais princípios fundamentais à relação processual penal.

Em contrapartida, alguns autores, em posição minoritária, condenam a intervenção *ex officio* do julgador na produção das provas, sob o fundamento de que os poderes de investigação do juiz confrontam o modelo acusatório delineado pela Constituição Federal, assim como princípios inerentes à produção probatória.

Assim, observa-se que parte da doutrina proclama a fiel observância do estabelecido pela norma constitucional, que consagra, por sua vez, os elementos de um sistema processual de caráter acusatório. Nessa ótica, não há, no processo penal brasileiro, espaço para a iniciativa probatória do julgador, uma vez que a medida viola a divisão de funções pertinente ao princípio acusatório adotado pela ordem constitucional.

Ademais, sustenta a doutrina minoritária que os poderes probatórios do juiz estabelecidos no art. 156 do diploma processual penal são incompatíveis com os princípios da imparcialidade, do contraditório, da presunção de inocência e, conseqüentemente, do *favor rei* ou *in dubio pro reo*.

Observa-se, outrossim, que em posição igualmente minoritária estão os doutrinadores que, visando atender ao princípio do *favor rei*, admitem a produção de provas, de ofício, pelo magistrado somente de forma excepcional e em benefício do réu. Assim, parte da doutrina sustenta a impossibilidade da produção probatória *ex officio* no processo penal, permitindo-se apenas a colheita excepcional de provas em benefício do acusado, havendo, ainda, quem defenda tal medida excepcional somente durante o processo para dirimir dúvida sobre ponto relevante (inciso II, art. 156, CPP).

Diante disso, é de se concluir que a postura assumida pela doutrina relativamente aos poderes instrutórios do juiz criminal diverge consoante a visão que os autores possuem a respeito dos princípios aplicáveis à relação processual penal e à produção probatória, bem como a prevalência de determinados princípios sobre outros.

Por outro lado, é possível aferir, ainda, que vigora, entre a vasta doutrina que consagra a possibilidade de o juiz determinar a produção probatória *ex officio*, o convencimento de que ao julgador não é dada a faculdade de produzir provas em substituição às partes em conflito. Sua atuação no campo probatório é, pois, complementar e limitada, não podendo assumir a posição de defensor, tampouco de

acusador, sob pena de violação à imparcialidade e ao princípio acusatório, presentes na Constituição Federal. Dessa forma, verifica-se como predominante o entendimento doutrinário e jurisprudencial referente à aceitação dos poderes conferidos ao juiz pelo art. 156 do CPP, interpretado, porém, de modo restritivo, a fim de conferir ao julgador a faculdade de produzir, de forma complementar, elementos probatórios relevantes à formação do seu convencimento.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Vade Mecum, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689, promulgado em 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. In: Vade Mecum, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, promulgada em 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. In: Vade Mecum, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.690/08, de 09 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 143889**, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 18 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14663686/habeas-corpus-hc-143889-sp-2009-0150059-3-stj>>. Acesso em: 29 set. 2010.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus nº 88320**, do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, Brasília, DF, 25 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14732696/recurso-em-habeas-corpus-rhc-88320-pi-stf>>. Acesso em: 27 set. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Criminal nº 1215992310000000**. São Paulo, SP, 02 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3032706/apelacao-criminal-com-revisao-acr-1215992310000000-sp-tjst>>. Acesso em: 27 set. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Habeas Corpus nº 7430**. Campo Grande, MS, 28 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5717337/habeas-corpus-hc-7430-ms-2009007430-1-tjms>>. Acesso em: 27 set. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Habeas Corpus nº 13764**. Natal, RN, 19 de janeiro de 2010. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6938362/habeas-corporis-com-liminar-hc-13764-rn-2009013764-1-tjrn/inteiro-teor>>. Acesso em: 11 out. 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal, 4º Região. **Apelação Criminal nº 5187**. Porto Alegre, RS, 21 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8863619/apelacao-criminal-acr-5187-sc-20037205005187-4-trf4>>. Acesso em: 27 set. 2010.

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

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. **Porque o juiz não deve produzir provas - A nova redação do artigo 156 do CPP (Lei nº 11.690/2008)**. Artigo publicado em set. de 2008. Disponível em: <[http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/Por\\_que\\_o\\_juiz\\_nao\\_deve\\_produzir\\_provas.pdf](http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/cejur/arquivos/Por_que_o_juiz_nao_deve_produzir_provas.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, José Frederico. **O processo penal na atualidade**. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Marcos Antonio Marques da. (orgs.). **Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 1 v.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 27. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACHECO, Denilson Feitosa. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Processo penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1 v.