

OSMILDO BEZERRA DE ALMEIDA JUNIOR

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ PENAL À
LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DAS NORMAS
INFRACONSTITUCIONAIS**

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Wagneriana Lima Temoteo

Fortaleza, Ceará.

Dezembro de 2009.

OSMILDO BEZERRA DE ALMEIDA JUNIOR

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E
DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS**

Monografia submetida à Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Apresentada em: 11/12/2009.

BANCA EXAMINADORA

Wagneriana Lima Temoteo

(Orientadora)

Universidade Federal do Ceará - UFC

Daniel Maia

(Professor)

Universidade Federal do Ceará - UFC

David Barbosa de Oliveira

(Mestrando)

Universidade Federal do Ceará - UFC

CONCEITO FINAL: _____

*Aos meus amados pais, avôs, irmã, tios,
amigos e minha amada namorada Nathália.*

AGRADECIMENTOS

Neste momento contagiante, olho para o céu e agradeço a Deus por tudo que conquistei, estou conquistando e conquistarei.

Agradeço também à minha amada mãe Maria Antônia, por seu carinho e amor incondicional a esse filho que tanto a ama, e ao meu amado pai Osmildo Bezerra, por ter me proporcionado todos os meios para alcançar esse meu grande sonho.

À minha querida avó paterna Francisca Basto, por todos os dias de uma alegre e carinhosa convivência, e que Deus nos permita mais longos anos de convivência.

À minha amada irmã, Tânia Cristina, a minha maior fã, que sempre acreditou nas minhas conquistas, muito mais do que eu, sempre me encorajando, sempre presente com sua agradável companhia alegre, radiante e amiga de todos os dias e sempre.

À minha melhor amiga e namorada, à minha Super Nath Digs, sem a qual essa monografia não teria alcançado o seu êxito, além de suas carinhosas palavras de amor, amizade, serenidade e incentivo. Companheira que não poderia ter aparecido na minha vida em melhor momento, sempre me proporcionando os dias mais felizes da minha vida.

Aos meus primos, especialmente, Ricardo, Márcio Henrique, Eduardo Neto e Weston; aos meus queridos tios e amigos, especialmente Bruno e Patrícia, por sempre confiarem e acreditarem no meu sucesso.

À minha querida amiga, professora e orientadora Wagneriana Lima Temoteo, de quem sou orientando, meu muito obrigado pela paciência, incentivo e dedicação.

Enaltecidamente, ao professor Daniel Maia e ao mestrando David Barbosa de Oliveira por me congratularem com suas ilustres presenças na Banca examinadora.

Saudosamente, aos meus queridos avôs maternos Simão Lindolfo e Justina Oliveira, e ao meu avô paterno Raimundo Bezerra, que Deus os tenha.

[...] Tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas. [...]

Antoine de Saint-Exupéry.

RESUMO

O estudo do surgimento e da estruturação dos sistemas clássicos do processo penal ao longo do tempo faz-nos perceber a delimitação daquilo que constitui a essência de cada sistema, sendo a separação dos poderes, ou funções, de acusar, defender e julgar considerada característica fundamental do sistema acusatório. Tal sistema tem conquistado maiores proporções no ordenamento jurídico brasileiro e é defendido pelos que buscam, sobretudo, resguardar os direitos e garantias fundamentais no âmbito criminal. Entretanto, fatores como a proliferação da criminalidade e a sensação de impunidade que permeia a consciência coletiva instigam grande parcela da sociedade a reivindicar uma postura cada vez mais ativa do juiz criminal. Diante dessa perspectiva, surge a necessidade de análise e delimitação dos poderes instrutórios do juiz, no curso do processo penal, e de verificação de sua compatibilidade com o sistema processual adotado, averiguando, ainda, se a ampla liberdade da atuação do juiz respeita e salvaguarda os direitos e garantias fundamentais conquistados, a duras penas, pelo povo brasileiro.

Palavras-chaves: Sistemas processuais. Busca da verdade. Ônus da prova. Poderes instrutórios do juiz.

ABSTRACT

The study of emergence and structuring of traditional systems of criminal over time makes us realize the scope of what constitutes the essence of each system, being the separation of powers, or functions, of accuse, defend and judge considered the key feature of the adversarial system. Such system has achieved the highest proportions in the Brazilian legal system and it's defended by those who seek, above all, protect the rights and guarantees under criminal. However factors such as the spread of crime and the sense of impunity that pervades the collective consciousness encourage large portion of society to claim a more active posture of the criminal judge. On this perspective, arises the need of analysis and delimitation of powers of investigation as a judge, in the course of criminal proceedings, and check their compatibility with the procedural system adopted, examining, also, if his wide freedom of action respects and safeguards the primordial rights and guarantees hard won by the Brazilian people.

Keywords: Procedural systems; search for truth; burden of proof; investigative powers of the judge

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

O sistema processual penal brasileiro é regido, ao menos no que diz respeito à vigência, pelo Código de Processo Penal de 1941, que tem como fonte inspiradora o código de processo penal italiano, que, por sua vez, vigorou durante o período do regime ditatorial fascista. Portanto, não podemos negar seu caráter autoritário.

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma radical mudança no sistema processual penal brasileiro, deixando as características inquisitórias de lado, para configurar uma nova postura acusatória, na qual a justiça penal exige uma igualdade efetiva entre as partes, ou seja, uma paridade de armas, com a figura de um juiz imparcial e defensor dos direitos e garantias individuais, sem deixar de observar, para isso, a desigualdade material existente entre Estado e acusado.

Assim, a constituição pátria veio estabelecer como regra o Sistema Acusatório na sistemática processual penal brasileira, sendo os principais princípios norteadores desse sistema o da separação de poderes, ou funções, e da imparcialidade do juiz que embasa a segurança e respeito à igualdade de tratamento e condições às partes, ficando em uma situação de equidistância entre as mesmas.

Entretanto, fatores como a proliferação da criminalidade e a sensação de impunidade que permeia a consciência coletiva instigam grande parcela da sociedade a reivindicar uma postura cada vez mais ativa do juiz criminal.

A alteração do Código de Processo Penal, realizada no ano de 2008, estabelece a faculdade de o juiz “ordenar de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”, rememorando o tempo em que o juiz exercia a figura do inquisidor.

Diante dessa perspectiva, surge a necessidade de análise e delimitação dos poderes instrutórios do juiz, no curso do processo penal, e de verificação de sua compatibilidade com o sistema processual adotado, procurando, fundamentalmente, verificar com a pesquisa os seguintes questionamentos:

1. Como se deu a evolução histórica da atuação do juiz nos diversos tipos de sistemas processuais penais?
2. Como deve se portar o juiz criminal diante da busca da verdade?
3. Diante das regras de distribuição do ônus da prova, quais são os poderes fundamentais ao exercício da instrução probatória pelo magistrado?

As hipóteses deste trabalho monográfico serão investigadas mediante pesquisa bibliográfica, buscando explicar o problema através da análise da literatura já publicada em forma de livros que envolvam o tema em estudo.

1 SISTEMAS CLÁSSICOS DO PROCESSO PENAL

De acordo com o Dicionário da Língua Portuguesa, sistema é a “reunião de princípios coordenados de modo a formar uma doutrina” (BUENO, 1996, P. 609). Com essa definição, entendemos que o sistema processual penal de determinado Estado é o conjunto de princípios norteadores dos órgãos responsáveis pelo *jus puniendi* estatal.

De acordo com José Frederico Marques, a identificação dos princípios norteadores do sistema processual penal é:

[...] operação de síntese crítica, consistente em focalizar os preceitos onde esses princípios se encontram acolhidos, os seus respectivos corolários, bem como a harmonização de seu conteúdo, na ordem jurídica em vigor dentro de determinado Estado, com outros princípios jurídicos e com os imperativos do bem comum. (1980, p. 79)

A decisão política, na escolha do sistema que exercerá influência sobre a sistemática processual penal de cada Estado, está estritamente ligada ao momento histórico de cada civilização. De acordo com o tipo de governo, o Estado exerce o seu *jus puniendi* das formas mais variadas. Os três principais sistemas são: acusatório, inquisitivo e misto.

1.1 Sistema Acusatório

O sistema acusatório é o primeiro a aparecer na história do processo penal. Iniciou-se na Grécia, primeiramente, nos crimes privados. Entre os atenienses, tinha-se uma divisão entre crimes públicos e crimes privados. Segundo Marco Antônio de Barros (2002, p. 52), os crimes privados:

[...] eram considerados delitos de somenos e a instauração do respectivo processo penal ficava na dependência de iniciativa do interessado (ofendido, seus genitores, tutor). O julgamento do crime privado não despertava muito interesse das autoridades daquela época, tanto que se admitiam a desistência e a transação para pôr fim ao processo – *iudicium privatum*.

Já com relação aos crimes públicos, o mesmo autor estabelece:

[...] assim considerados porque de maior gravidade (homicídio premeditado, envenenamento, incêndio, lesa-pátria e outros punidos com a pena de morte), davam ensejo à instauração do processo público – *iudicium publico* –, mais complexo na sua formação. (BARROS, 2002, p. 52)

Uma das características mais marcantes na Grécia, principalmente, entre os atenienses, era a participação dos cidadãos em todas as decisões. Portanto, não seria diferente com relação ao processo penal, que se caracterizava “pela participação direta dos cidadãos no exercício da acusação e da jurisdição, e pela oralidade e publicidade dos debates” (TOURINHO FILHO, 2007, p. 79).

Quando os delitos eram considerados graves, ou seja, quando atentavam contra a própria cidade, “eram denunciados ante a Assembléia do Povo, ou ante o Senado, pelos Tesmotetas, e a Assembléia ou o Senado indicava o cidadão que deveria proceder à acusação” (TOURINHO FILHO, 2007, p. 79). Nessa passagem, fica demonstrado que o sistema grego era acusatório, porquanto há uma nítida separação entre órgão acusador e julgador. Nessa época “o magistrado, chamado Arconte, nenhuma interferência tinha na instrução probatória. Por outras palavras, o magistrado não tinha poderes para interferir *ex officio* na obtenção das provas” (BARROS, 2002, p. 52).

Portanto, quem deveria produzir as provas, era a acusação, cabendo também ao acusado produzir provas de sua inocência.

Durante o período hegemônico de Roma, o processo penal modificou sua postura de acordo com as mudanças políticas ocorridas nas diferentes formas de governo, ou seja, o processo penal oscilou conforme as mudanças dos sistemas de governo da época.

Em Roma, o sistema acusatório somente surgiu no último século da República, no qual “o rito procedimental passou a obedecer a uma nova forma conhecida como *accusatio* (processo acusatório)” (BARROS, 2002, p. 55).

Antes desse período, o magistrado poderia, *ex officio*, iniciar a acusação, ou seja, a acusação era exercida pelo próprio juiz.

De acordo com Tourinho Filho (2007, p. 81):

Iniciava-se o processo com a *postulatio* dirigida pelo acusador ao *quaesitor* – quem decidia se o fato alegado constituía crime e se não havia nenhum

obstáculo para que a demanda fosse admitida. Aceita a *postulatio*, dava-se a *inscriptio*, isto é, inscrevia-se a *postulatio* no registro do Tribunal, e, uma vez inscrita, já não podia o acusador desistir e, ao mesmo tempo, nascia para ele o direito de proceder às necessárias investigações para demonstrar em juízo a acusação. Devia, pois, o acusador acompanhar a causa desde a *postulatio* até a decisão final – *perseveraturum se incrimine usque ad sententiam*.

Para reforçar ainda mais o caráter acusatório desse sistema:

Aceita a acusação, investia-se o acusador de uma comissão (ou mandado) que o autorizava proceder às investigações necessárias para trazer ao juízo todas as provas concernentes ao crime noticiado. Nesse encargo, podia dirigir-se aos locais necessários, apreender documentos, notificar e inquirir testemunhas, sendo permitida a fiscalização desses atos pelo acusado, que também podia interrogar e contraditar as testemunhas. (BARROS, 2002, p. 55)

Marco Antônio de Barros afirma, ainda, que o período republicano, no qual os acusados eram submetidos ao julgamento dos *quaesitores*, ficou conhecido como o período mais democrático da história de Roma (2002, p. 56).

Tourinho Filho, assim descreve como eram os julgamentos dos acusados:

O Tribunal era presidido pelo *quaesitor*, que se limitava a manter a ordem e a lavrar a sentença, ditada pelos *judices jurati*. Havia réplica e tréplica. A princípio, a votação era feita oralmente. Depois, passou a ser secreta. Cada *judex* recebia uma pequena tábua sobre a qual escrevia a letra A (absolvo), ou a letra C (condeno) ou, então, as letras N. L. – *non liquet* (abstenho-me). A decisão era tomada por maioria absoluta. (2007, p. 82)

Nesse período, ficou claro o papel de todos os sujeitos do processo penal. De um lado, tínhamos o acusador, responsável pela acusação (*accusatio*), ficando responsável pelas investigações necessárias para alcançar as provas; enquanto do outro, ficava o acusado, que tinha o mesmo direito de perseguir as provas de sua inocência. E, finalmente, o juiz (*quaesitor*), que se limitava a manter a ordem e a lavrar a sentença.

Apesar do caráter democrático do sistema acusatório romano, esse sistema “continha alguns inconvenientes que ao longo do tempo foram minando a sua resistência” (BARROS, 2002, p. 56).

Tornaghi (1991, p. 11-12) alinha o que ele chama de “perigos do processo acusatório”, no qual ele identifica como “gravíssimos inconvenientes” do sistema acusatório em sua primeira fase histórica:

- a) impunidade de criminosos;

Dependendo o processo da iniciativa de alguém, da *accusatio*, o criminoso ficava impune quando ninguém queria molestar-se e mover a ação. *O maior contra-estímulo ao crime é a certeza da punição; a esperança da impunidade é o acicate do criminoso*; ela o açula para o delito. (1991, p. 12)

b) facilitação da acusação falsa;

Se a simples acusação, independente de prévia verificação do fato, basta para sujeitar alguém aos incômodos de um processo criminal, também os acusados devem queixar-se das imperfeições desse sistema. O processo acusatório podia facilmente transformar-se no instrumento da vingança, do ódio, do despeito, da malícia, da astúcia e da extorsão. (1991, p. 12)

c) desamparo dos fracos;

O sistema acusatório tinha, além disso, o inconveniente de abandonar os fracos. Especialmente em certas sociedades organizadas em castas ou em classes, de direito ou apenas de fato, *não havia como esperar que alguém viesse a acusar aquele de quem dependia*, aquele sob cuja sujeição tinha de viver. (1991, p. 13)

d) deturpação da verdade;

Deferindo exclusivamente às partes a tarefa de trazer para os autos a prova dos fatos e *negando ao juiz todo poder inquisitivo*, este sistema não possibilitava o conhecimento da verdade (v. no capítulo da prova o verbete *Objeto da prova*). Contentava-se com uma verdade ficta, com aquilo que as partes admitiam como verdade. (1991, p. 13)

e) impossibilidade de julgamento, em muitos casos;

Nota o nosso João Mendes (*O processo criminal brasileiro*, v. 1, p. 218) que “o sistema acusatório, despido da instrução prévia, carecedor de provas elucidadas por sérias investigações, reduzia frequentemente o juiz à impotência de julgar”. O grande número de sentenças que concluíam pela dúvida, pela incerteza (*non liquet*) do juiz, está a provar quão acertada é a observação do grande processualista brasileiro. O processo acusatório, também nesse ponto, malograva; faltava ao seu objetivo. (1991, p. 13)

f) inexecutabilidade da sentença.

E o mais grave é que muitas vezes se baldava a execução da sentença. Desprovido das cautelas que devem ser adotadas para que a decisão não se torne vã, o processo acusatório terminava frequentemente numa comédia. Porque de nada adianta condenar o pior e mais perigoso dos facínoras, se durante o curso do processo ele pode fugir (isso para não falar no ensejo de destruir provas, corromper testemunhas etc.) (1991, p. 14)

Durante o período das invasões germânicas e, conseqüentemente, com o fim do Império Romano, houve uma influência entre os tipos de sistemas do Império Romano (inquisitivo) e o germânico (acusatório). Assim como ocorria na Grécia e em

Roma, havia entre os germânicos uma divisão entre os crimes públicos e os crimes privados.

Como uma forma de facilitar a dominação dos povos invadidos, os germânicos utilizou as antigas leis penais do período imperial romano que, com a influência dos costumes germânicos, passou a compreender um sistema misto, formado pelo Direito germânico (acusatório) e o Direito romano (inquisitório). Com isso, organizou-se um Código Visigótico, que ficou conhecido como *Lex Romana Visigitorum*.

Apesar da existência desse código, o direito consuetudinário visigodo ainda prevalecia sobre a lei escrita. Os costumes de maior destaque da época eram as *ordálias* (Juízos de Deus), que eram as principais formas de se alcançar as provas.

[...] segundo Manzini, não era propriamente uma prova, mas uma devolução a Deus da decisão sobre a controvérsia, sua prática foi demais generalizada. Conforme as pessoas, realizava-se como Juízo de Deus, o duelo judicial: se o acusado vencesse, seria absolvido, pois era inocente. Havia outros Juízos de Deus, chamados, posteriormente, *purgationes vulgares*, como o da “água fria” e o da “água fervente”. O primeiro consistia em arremessar o acusado à água: se submergisse, era inocente; se permanecesse à superfície, era culpado. O outro consistia em fazer o réu colocar o braço dentro da água fervente e, se, ao retirá-lo, não houvesse sofrido nenhuma lesão, era inocente... Pelo Juízo de Deus do “ferro em brasa”, devia o acusado segurar por algum tempo um ferro incandescente; caso não se queimasse, era inocente... (TOURINHO FILHO, 2007, p. 84)

Após as invasões germânicas, com o fortalecimento da Igreja Católica, o mundo passa a ser regido por um novo sistema: o inquisitório. Mas esse assunto será mais bem trabalhado no próximo ponto.

Com o fim do sistema feudal, sobreveio a segunda fase histórica do sistema acusatório, como uma “reação contra o processo inquisitório” (TORNAGHI, 1991, p. 17).

1.2 Sistema Inquisitivo

Os primeiros passos, que futuramente levaram à constituição do sistema inquisitório, foram dados em Roma, no período conhecido como Régio ou da Realeza.

Nessa época, “o rei encerrava a figura de supremo destaque e era o magistrado vitalício” (BARROS, 2002, p. 53). No entanto, com o passar do tempo, os reis foram delegando as funções de julgar e processar aos *duúnviros* (repressão aos crimes de lesa-pátria e lesa-majestade), ou aos *questores* (repressão aos crimes de homicídio) e às assembléias do Senado.

A função de julgar não possuía limitação, ou seja, o magistrado, ao tomar conhecimento do fato criminoso, *notitia criminis*, tinha a iniciativa de investigar a sua apuração. Tal iniciativa fazia parte das providências preliminares, que eram conhecidas como *inquisitio*, e que era uma das fases do *cognitio*, que era o “antiquíssimo sistema procedimental romano, por meio do qual atribuiu-se originalmente, poderes ilimitados ao magistrado na direção do processo” (BARROS, 2002, p. 53).

Dando seguimento na história romana, após o período régio, instituiu-se a era republicana, na qual se registra um fortalecimento interno e externo da civilização romana. Os reis foram substituídos por dois magistrados supremos e anuais, conhecidos como cônsules. Da mesma forma que o período anterior, os magistrados, na direção do processo, tinham poderes quase que ilimitados, permitindo, com isso, as maiores arbitrariedades e o cometimento de injustiças. Após o arbítrio, sobreveio a Lei das XII Tábuas como uma tentativa de amenizar o totalitarismo dos magistrados, instituindo-se, com isso, a Lex Valeria, que dava origem à *provocatio ad populum*, como uma espécie primitiva de apelação.

Assim trata Marco Antônio de Barros sobre este instituto romano:

Por força da *provocatio ad populum*, o cidadão romano provocava a instauração do procedimento denominado *inquisitio*, que era preparatório do novo julgamento (compreendia determinados atos, tais como citação, termo para comparecimento, defesa, etc.). Além disso, a simples existência da *provocatio* estimulava o magistrado a cumprir o dever de proferir uma decisão que guardasse maior fidelidade com as provas do processo, e isso em homenagem ao sentimento de cidadania expressado pelo povo romano, a quem o juiz passava a prestar contas dos seus atos. Desse modo, o juiz arbitrário da *cognitio* passava a condição de defensor da sentença condenatória que ele próprio proferira, ou transformava-se em apresentador das provas da acusação. Sem embargo, isso não foi suficiente para retirar das mãos dos juízes a perigosa arma política em que se transformou a *inquisitio*, já que o sistema era escasso em garantias, especialmente para as mulheres e para os não cidadãos romanos (*non citadini*), excluídos da *provocatio*. (2002, p. 54-55)

Após o instituto da *provocatio ad populum*, no último século da república, houve a evolução do sistema inquisitório para o acusatório, como foi tratado no ponto anterior.

Hélio Tornaghi (1991, p. 14) estabelece da seguinte maneira a transição, novamente, do sistema acusatório para o inquisitório:

As calamidades a que conduzia o processo acusatório levaram o *Senado romano* a encarregar os *quaesitores* de averiguar as infrações de que tivessem notícia, evitando que os infratores ficassem impunes. Não é fácil precisar a época exata em que isso ocorreu. Mas é certo que, *a princípio, essa iniciativa dos “quaesitores” só tinha ensejo quando alguém não apresentava a “accusatio”*. O processo inquisitório apareceu como subsidiário do acusatório e os dois coexistiram durante muitos séculos; ao tempo de Diocleciano ele passou a ser *de iure, a forma normal, ordinária*, mas de fato os encarregados de investigar e denunciar os crimes, isto é, os *quaesitores* e, nas províncias, os *irenarchae*, os *curiosi*, os *stationarii*, somente tomavam a iniciativa do inquirido quando não se apresentava um acusador. Aos poucos *foi caindo em desuso o processo acusatório e firmando-se o inquisitório*.

Além disso, estabelece ainda os motivos que levaram os governantes de Roma, no período do Alto Império, a essa mudança de sistema:

Enquanto vigorou o processo acusatório, o *abuso da denúncia caluniosa, por parte do acusador, e o descaso do processo, por parte do acusado*, chegaram a tal extremo que Teodósio e Valentiniano decidiram colocar-lhes um paradeiro, ordenando a *prisão preventiva do acusado e do acusador*. (TORNAGHI, 1991, p. 14)

Já Marco Antônio de Barros assim estabelece o motivo da escolha do sistema inquisitório:

Cuidava-se de um procedimento muito mais útil aos interesses dos governantes totalitários daquele período, pois, pelo sistema da *cognitio extra ordinem*, podiam os magistrados imperiais invadir a esfera de atuação do acusador particular, o que vai dar ensejo à criação do procedimento *ex officio*, aliás muito proveitoso para consumir as perseguições políticas da época. Daí a rápida ascendência desse novo procedimento e o conseqüente enfraquecimento das *quaestiones*, visto que, enquanto estas permaneciam submissas ao modelo acusatório, aquela obedecia aos ditames do procedimento inquisitório. Noutras palavras, enquanto no período da República o magistrado tinha uma atuação de neutralidade na fase instrutória do processo penal, pois a prova dos fatos competia às partes, no período do Alto Império sua intervenção, na produção das provas, era admitida sem limitações, a ponto de nele se acumularem as tarefas próprias do acusador. (2002, p. 57)

A partir do Baixo Império, introduziu-se a tortura no processo inquisitório romano. “Os réus a elas eram submetidos para que confessassem delitos e as

testemunhas reticentes ou falsas também eram torturadas com o propósito de dizer a verdade” (BARROS, 2002, p. 58).

Hélio Tornaghi, também sobre esse período:

Para evitar que os humildes fossem vítimas da cólera dos poderosos, que os homens de bem sofressem na boa fama, na estima pública e, finalmente, para assegurar o bom êxito das investigações, o processo passou a ser *secreto*, e *documentado* pela redução a escrito de todos os atos. O que não estivesse nos autos era como se não existisse: *Quod non est in actis non est in mundo*. (1991, p. 14)

Com isso, observamos que a instrução do processo passava a ser secreta, escrita e não-contraditória. O julgador passou a tomar a iniciativa de buscar os meios de prova, ou seja, o juiz não se contentava em esperar que as partes produzissem as provas.

Com o fim do império romano, sobrevieram os impérios germânicos, e, da forma como foi abordada no ponto anterior, houve uma comunhão entre o direito romano (inquisitivo) e o direito germânico (acusatório).

Mas, a partir do século XIII, a Igreja Católica passou a adotar o processo inquisitório para reprimir as infrações praticadas pelos hereges. Com isso, observa-se uma grande influência do processo canônico sobre o continente europeu.

Barros (2002, p. 63) descreve a transição da jurisdição secular para a jurisdição canônica:

No início, os pensadores da Igreja instituíram um procedimento que retirava da jurisdição secular o poder de processar e julgar os clérigos. Depois se utilizaram desse sistema para aniquilar as heresias no campo da fé, a fim de proteger os interesses e assuntos temporais da Igreja Católica. A função jurisdicional era exercida pelos bispos, arcebispos ou oficiais. Até o século XII a acusação e a figura do acusador eram obrigatórios para a instauração do processo. A Igreja tinha conservado, na sua estrutura e na sua disciplina, muitas normas e princípios do Direito romano. O Direito canônico desta época apresenta nítida influência romanista, sobretudo porque os clérigos estudavam a cultura e a história romanas nos livros antigos que as invasões bárbaras não conseguiram lhes confiscar. De modo geral, o período inicial do processo penal aplicado pela justiça eclesiástica não diferia substancialmente das regras do processo utilizado pelas jurisdições seculares. Na verdade, embora os costumes dos bárbaros estivessem mais ligados ao sistema acusatório, o certo é que o processo criminal medieval continuou predominantemente inquisitório, sendo por esse motivo também acolhido pelo Direito canônico. Admitia-se a prova testemunhal, bem como as da “água fervente” e do “ferro quente”, e a aplicação dessas duas foram depois (século IX) proibidas pelo Papa Estevão V.

O sistema inquisitório eclesiástico tinha três formas de ser iniciado: acusação, denúncia ou inquisição. A primeira, por ser um instituto do sistema acusatório, havia caído em desuso pela população da época; enquanto a segunda, havia se transformado em instituto de vingança contra os inocentes.

A partir de Inocêncio III, para se evitar as deturpações originadas pela acusação e pela denúncia, foi instituída a *inquisitio* como regra para o sistema eclesiástico, cujas bases foram sedimentadas com o IV Concílio de Latrão. Os julgadores passaram a usar largamente a perseguição de ofício, ou seja, os juízes poderiam iniciar o processo independentemente da provocação das partes. Além disso, poderia também ouvir testemunhas e produzir provas.

A respeito desse momento do sistema inquisitório, assevera Tornaghi:

Infelizmente o *segredo*, o uso da *tortura*, a *concentração de poderes na mão do juiz* transformaram o processo inquisitório em instrumento superlativamente perigoso para a segurança dos indivíduos, dando lugar a *abusos* que a objetividade científica, a probidade histórica e, sobretudo, o dever de justiça mandam proclamar e até profligar com veemência. (1991, p. 15)

Como se pode observar, houve uma transformação do instituto, de uma fase apenas investigatória e seletiva das denúncias anônimas – para se evitar abusos – a outra em que constituiu instrumento de perseguição, tortura, abusos e autoritarismo.

Marco Antônio de Barros assim estabelece o uso das torturas como forma da busca da verdade:

O rigor do segredo que cercava a colheita das provas, a legitimação da violência corporal impingida com o fito de descobrir a verdade dos fatos e a ausência de defesa propiciaram a propagação dessa metodologia pelo mundo afora. Esse quadro tenebroso do ponto de vista das garantias do réu no processo, cujo germe brotou no final do século XIII, perdurou até fins do século XVIII. Desse sistema aproveitaram-se as justiças laicas da Itália (...). Causou repulsa a adoção desses métodos desumanos, que, durante várias centúrias, foram impingidos aos acusados em geral, sob o argumento de que era preciso tornar mais firme e positiva a repressão do Estado. Com efeito, o emprego de tais meios cruéis, sob o frágil argumento de que visavam facilitar a apuração da verdade no processo criminal, jamais encontrou esteio moral que o justificasse. (2002, p. 65-66)

No final do século XV, o sistema acusatório findou definitivamente. A partir desse momento, o sistema inquisitório passou a reger os sistemas processuais, tanto os eclesiásticos, como os laicos, dos países europeus. No entanto, essa

situação perdurou até o final do século XIX, no qual, a partir da revolução francesa, a filosofia garantista passou a vigorar nos países democráticos.

1.3 Sistema Misto

Da mesma forma como ocorreu com o Império Romano, a França sofreu as influências do sistema acusatório germânico, advindas das invasões bárbaras. O povo francês sofreu também com o sistema de provas primitivo dos povos germânicos, como o sistema da “água fervente”.

Somente após o século XIII, a França passou a adotar o sistema inquisitório canônico, tendo como características marcantes: o procedimento escrito, secreto e sem direito ao contraditório, com amplos poderes para o magistrado, tanto para iniciar o processo como para instruí-lo e julgá-lo.

O rei Luis XVI instituiu a *Ordonnance sur la Procédure Criminelle*, que veio fortalecer o sistema inquisitivo. Uma das características desse novo instituto francês era a formação de uma teoria das provas legais, ou seja, a partir dessa teoria, os juízes somente poderiam condenar alguém depois que reunisse determinadas provas que eram pré-estabelecidas. Essa teoria teve suas primeiras noções traçadas pelos teóricos do sistema canônico, que a utilizaram para controlar o arbítrio dos juízes da Idade Média.

Após vários séculos sob a égide do sistema inquisitório, no qual os acusados ficavam à mercê do arbítrio dos juízes inquisidores, a França, na última parte do século XVIII, passou por um movimento revolucionário que criticava as velhas instituições, e, como não seria diferente, repensava um novo processo penal, com mais garantias e direitos aos acusados.

Pensadores como Montesquieu, Rousseau e Voltaire “fortaleceram o movimento de reformulação dos novos paradigmas do Direito liberal” (BARROS, 2002, p. 73). A partir desse momento, as velhas práticas inquisitivas, que foram implantadas pelo direito canônico, foram paulatinamente colocadas de lado com a Revolução Francesa.

Um novo processo penal sobreveio após tão importante revolução; o *Code d'Instruction Criminelle*, conhecido como Código Napoleônico, implementou um novo sistema, que remodelou o sistema processual penal de muitas outras nações. Esse novo sistema ficou conhecido como sistema misto, pois:

[...] inquisitivo na fase da investigação preliminar e da instrução preparatória, sendo aí secreto, escrito, sem contraditório e dirigido por um magistrado; e acusatório na fase de julgamento pelo júri, quando se transformava em oral, público, contraditório, fazendo-se ainda sentir a livre defesa dos acusados [...] (BARROS, 2002, p. 74).

Para Hélio Tornaghi, o sistema misto veio estabelecer um novo procedimento, que tenta compatibilizar o que é mais eficiente, tanto no sistema acusatório, quanto no sistema inquisitivo. Para este autor: “O procedimento inquisitório é mais eficiente para a apuração dos fatos, enquanto o acusatório oferece maiores garantias ao acusado” (1991, p. 17). Portanto, para ele, o melhor sistema seria o misto, porquanto, “reúne as vantagens e elimina os inconvenientes dos outros dois” (1991, p. 17).

Além dessas modificações, vale ressaltar o fortalecimento da instituição do Ministério Público, que passou a oferecer a acusação, e o surgimento do princípio do livre convencimento do juiz, que veio suplantar as provas legais. Este sistema das provas legais classificava e hierarquizava os meios de provas, ou seja, a lei estabelecia quais os meios de provas seriam mais importantes que os outros, dificultando o exercício da convicção livre do juiz.

Portanto, essas mudanças sobrevieram para reforçar o ideário liberal da Revolução Francesa, concedendo à função jurisdicional um instrumento fundamental para concretização da justiça, ou seja, o magistrado estava livre para guiar-se pela sua livre convicção.

Após essas mudanças, advindas com a Revolução Francesa, surgiu, no final do século XIX, um novo movimento, com o objetivo de excluir o caráter inquisitivo da fase instrutória do sistema misto. Com isso, “surgiram, então, alguns diplomas processuais que, embora não extinguissem de todo o sistema inquisitivo da fase instrutória, permitiram, de certo modo, a intervenção da defesa” (TOURINHO FILHO, 2007, p. 89).

No entanto, mesmo com essa corrente contrária ao sistema inquisitivo, “Hoje, na Europa, em quase todas as legislações predomina, com maior ou menor intensidade, o sistema misto” (TOURINHO FILHO, 2007, p. 90).

2 O JUIZ E A APURAÇÃO DA VERDADE

A atividade jurisdicional é uma das funções do Estado, na qual “este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 140). O Estado sempre desempenhará essa atividade por meio do processo, que é o instrumento pelo qual o Estado-administração exerce o seu poder-dever de punir os causadores de lesões aos bens, elencados pelo legislador, como os mais importantes para a continuidade da paz social.

Como as atividades estatais são exercidas por pessoas físicas, que podem ser seus agentes ou seus órgãos, os mesmos devem sempre atuar, na busca da justiça, com a imparcialidade que a lei exige.

O juiz deve pautar o exercício de sua atividade jurisdicional com a imparcialidade exigida aos demais agentes políticos. No entanto, cabe discutir qual a importância do juiz penal, na presidência do processo, com relação à busca da verdade dos fatos, seja autorizando a produção, seja valorando as provas apresentadas pelas partes.

2.1 A busca da verdade

A verdade constitui-se em um dos alicerces do processo *lato senso*. Portanto, é inconcebível cogitar a existência de um processo embasado na mentira ou no falso, eivado de ilegalidades e sem garantias.

O direito está estritamente ligado ao conceito de verdade, ou seja, o direito e a verdade “complementam-se na medida em que o primeiro estabelece as regras ou as formas legais de verificação da infração penal, entre as quais encontram-se aquelas que visam esclarecer a segunda” (BARROS, 2002, p. 23). Logo, descobrir a verdade é o principal objetivo do processo para se alcançar a justiça. No entanto, nem sempre se chegará a tão almejada verdade, pois os fatores externos ao

processo contribuem negativamente para a concretização da verdade. Alguns desses fatores estão relacionados com o “atual estágio de sofisticação das organizações criminosas, o crescimento incontrolável da criminalidade e o temor que esta espalha entre as vítimas e testemunhas” (BARROS, 2002, p. 23).

O processo penal brasileiro é regido, seguindo o posicionamento da grande maioria da doutrina penalista, por diversos princípios que expressão a escolha legislativa dos postulados fundamentais da política criminal implantada pela República Federativa do Brasil.

No campo filosófico, abre-se espaço para a indagação a respeito da existência de um princípio que norteia a busca da verdade. Se for tomada como parâmetro a Constituição Federal de 1988, verifica-se que não há nenhum princípio explícito que trate do assunto. No entanto, é sabido que, além dos princípios expressos, há na Constituição Federal os chamados princípios implícitos, que “se apresentam subjacentes no sistema e simbolizam a resultante da conjugação de preceitos explícitos” (BARROS, 2002, p. 27).

Se há certa relutância em afirmar a existência de um princípio constitucional explícito que rege a busca da verdade. No entanto, o mesmo não se pode afirmar com relação à existência de um princípio extraído das normas infraconstitucionais que regem o processo penal brasileiro. Marco Antônio de Barros assim trata sobre o assunto:

Seguindo essa linha de raciocínio e colhendo subsídios em preceitos legais que autorizam o juiz a determinar, *ex officio*, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade (arts. 156 e 502 do CPP), pode-se afirmar que entre os doutrinadores mais antigos sempre vingou a certeza de que o “princípio da verdade material” e “princípio da verdade formal”, cada qual revestindo-se de elementos que os caracterizam de forma singular. (BARROS, 2002, p. 27).

Assim, pode-se afirmar que o princípio da verdade divide-se em: princípio da verdade material ou real e princípio da verdade formal ou processual.

2.1.1 Princípio da verdade material ou real

Quando ocorre um crime, nasce para o Estado um poder-dever de punir o autor da transgressão penal, ou seja, nasce o *jus puniendi* estatal que será consubstanciado a partir da instauração do processo penal, no qual se caracteriza pelo conflito de interesses entre o Estado-administração e o indivíduo violador da norma jurídica penal. Portanto, o Estado trouxe para si a responsabilidade de aplicação da sanção penal, encarregando “a seus órgãos a obrigação de investigar a verdade do fato para que se possa exercitar, com absoluta isenção e correção, o *jus puniendi*” (BARROS, 2002, p. 29).

A ação punitiva do Estado somente recairá sobre quem tenha realmente dado causa à infração penal, sendo necessário, para tanto, que os agentes públicos, encarregados pela persecução da verdade dos fatos, busquem colher os elementos probatórios necessários à comprovação, com certeza absoluta, dos fatos alegados, porquanto estão em jogo “inestimáveis direitos e interesses individuais, dos quais a liberdade da pessoa é a sua maior expressão” (BARROS, 2002, p. 29).

O princípio da verdade material ou real, por muito tempo, vigorou como um dos princípios mais significativos do processo penal, sendo considerado, por muitos autores, como um dogma basilar do direito processual penal. Independentemente de expressa delimitação legislativa, esse princípio jamais teve seu valor negado, conforme Barros:

[...] porquanto interessava reconhecer que a verdade material corresponde a um juízo de valor extraído das provas produzidas no processo e que toda decisão condenatória, para confirmação da sua própria validade, exige essa confirmação com o esclarecimento pleno da verdade (2002, p.28).

Os autores explicavam a prevalência desse princípio pela necessidade de alcançar a verdade o mais próximo possível da realidade dos fatos, recusando-se aceitar a mera verossimilhança dos fatos, pois, para o processo penal, a simples aparência da realidade nunca foi suficiente para ser proferida uma sentença condenatória.

Marco Antônio de Barros tenta explicar quais os motivos que levaram os antigos doutrinadores a sustentarem a supremacia do princípio da verdade material:

Explica-se, sob essa ótica, o entendimento daqueles que sustentam a supremacia do princípio da verdade material no processo penal, como sendo determinada pelo interesse público. Pois é com base nesse interesse que se fixa a exigência no sentido de que a condenação só deve ser

imposta como providência jurisdicional justa e que apresente a solução adequada ao pedido formulado pelo autor da ação. (2002, p. 29).

Portanto, para esses doutrinadores, o objeto tratado no processo penal possuía um caráter de fundamental importância para a sociedade, pois, de um lado havia os bens de maior importância para a continuidade da paz social; de outro, um dos bens individuais de maior importância para o indivíduo, qual seja: a liberdade. Por isso, a autoridade judiciária deveria sempre busca a verdade mais próxima da realidade.

2.1.2 Princípio da verdade formal

O princípio da verdade formal é a outra vertente principiológica relacionada com a busca da verdade, cuja existência está, conforme a doutrina antiga, diretamente ligada ao processo civil. Para essa doutrina, o juiz cível deveria ser mais passivo, ou seja, deveria satisfazer-se com o material probatório trazido pelas partes.

Para Marco Antônio de Barros, o princípio da verdade formal trata-se:

[...] igualmente de vetusto dogma, segundo o qual permite-se ao juiz ser mais condescendente na apuração dos fatos, sem obedecer rigorosa observância à exigência de diligenciar *ex officio* com o objetivo de descobrir a verdade, tal qual sucede no caso do princípio da verdade material (2002, p. 30).

O princípio da verdade formal está relacionado com os litígios patrimoniais, ou seja, estão em jogo interesses disponíveis, que favorecem uma resposta mais rápida do poder público. Com isso, o Estado-Juiz contentava-se com a verdade trazida ao processo pelas partes, possibilitando uma resposta mais rápida aos conflitos, restabelecendo a paz social. No processo civil, há institutos, como a presunção, ficções e transações, que contribuem com o argumento do estreitamento desse princípio com o tal processo.

Marco Antônio de Barros estabelece uma lista de institutos processuais que corroboram com a tese estabelecida acima:

[...] o acolhimento do princípio da verdade formal parece ter exercido um certo predomínio no processo civil. O próprio legislador nos indica o seu assentimento em vários dispositivos [...] a regra geral, no processo civil, é a

de que se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor (cf. art. 319 do CPC). [...] o depoimento pessoal da parte, está escrito que se o juiz a intima para tal fim e ela não comparecer, ou, comparecendo, recusa-se a depor, aplica-se a pena da confissão (art. 343, § 2º, do CPC). [...] se a parte não impugnar a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto do documento produzido pela parte adversa, presumir-se-á, com o silêncio, que o tem por verdadeiro (art. 372 do CPC). (2002, p. 31-32).

Apesar de o processo civil permitir esses institutos, vale ressaltar que a presunção dos fatos alegados deve estar embasada em provas que sejam capazes de extrair um fundo de verdade, pois como se pode acreditar em uma ficção onde a verdade não subsiste.

2.1.3 O fim dos dogmas e a verdade processual

Conforme estabelecidos nos pontos anteriores, os processualistas, anteriores à Constituição Federal de 1988, defendiam um modelo estanque para busca da verdade. De um lado, havia o princípio da verdade material, que estava diretamente ligado ao processo penal; enquanto do outro, encontrava-se o princípio da verdade formal, que regia o processo civil.

Por muito tempo, entendeu-se que:

[...] o processo penal atingia o ideal de justiça quando a sentença fosse precedida da aplicação do princípio da verdade material, ou seja, quando o juiz, valendo-se de absoluta liberdade e dos poderes conferidos em lei, diligenciasse no sentido de descobrir a verdade. (BARROS, 2002, p. 35).

Portanto, tal princípio era entendido como um verdadeiro dogma, sem o qual o processo penal perdia seu valor e sua própria alma, conforme palavras de Marco Antônio de Barros: “atribuía tamanha importância ao princípio da verdade material que este chegava a ser comparado à própria alma do processo penal” (2002, p. 35).

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, não se pode mais defender a ideia de institutos preestabelecidos e estanques. Não há lógica em continuar defendendo que ao processo penal interessa o princípio da verdade material; enquanto, que ao processo civil interessa o princípio da verdade formal. Pode-se aplicar, para ambos os diplomas processuais, tanto o princípio da verdade material como o princípio da verdade formal.

De acordo com Paulo Rangel, “na verdade há que se identificar a natureza do direito em litígio: no civil, em regra, direito disponível. No penal, sempre direito indisponível: a liberdade de locomoção” (2005, p. 7). Portanto, para esse autor, o que interessa saber é se o direito em questão é ou não indisponível. Ou seja, sendo disponível, as partes podem transigir sobre o direito em litígio, tornando-se “desnecessário a investigação da verdade real no processo civil” (RANGEL, 2005, p. 7). Entretanto, há situações em que o juiz cível depara-se com questões de interesse público (indisponível), levando-o a investigar a verdade material.

Já com relação ao princípio da verdade material, pode-se dizer que sempre possuiu um caráter absoluto, algo que impossibilitava a transação entre o Estado e o particular. No entanto, com o advento da lei 9.099 de 1995 (Lei dos Juizados Especiais), passou-se a admitir a transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo, tornando algo que era de caráter absoluto em, excepcionalmente, caráter relativo. Houve, com isso, a mitigação desse princípio, pois o estado passou a contentar-se com o simples acordo celebrado entre o membro do Ministério Público e o infrator.

Outra mudança, que trouxe reflexo ao princípio da verdade material, está relacionada com os limites constitucionais implantados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo um novo sistema de direitos e garantias, no qual torna, por exemplo, expressamente proibida às provas obtidas por meio ilícitos. Com isso, o juiz fica terminantemente proibido de prosseguir na busca da verdade quando ofender um desses direitos e garantias fundamentais. De acordo com Marco Antônio de Barros:

O só fato de se ter de dosar corretamente os limites da busca da verdade material significa que ela não transita por um campo infinitamente aberto e sem barreiras legais. Com efeito, a investigação da verdade não pode invadir a órbita da imoralidade a pretexto de transformar-se, ela própria, no objetivo supremo do processo penal. Isto é inaceitável porque, em primeiro lugar, o objetivo maior do processo é produzir a verdadeira justiça, ou seja, todos os atos que o compõem se dirigem à concretização desta. E, em segundo lugar, na realização da justiça não se compreende a subversão de preceitos morais condizentes com os direitos e garantias individuais nomeados pelo Direito Constitucional (2002, p. 37).

De acordo com o que foi supracitado, percebe-se que houve um enfraquecimento dos dogmas relacionados com os princípios da verdade material e formal. De acordo com a nova doutrina, o que importa é descobrir a verdade,

respeitando apenas os direitos e as garantias individuais concretizados pela Constituição Federal. Para Marco Antônio de Barros, “essa verdade, do ponto de vista jurídico e mais diretamente ligado à exploração fundamental do tema que aqui se desenvolve, é a verdade processual” (2002, p.38).

Para Paulo Rangel, verdade processual é:

[...] colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com *certeza absoluta (dentro dos autos)*, quem realmente enfrentou o comando normativo 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 provas) para julgar admissível ou não a pretensão acusatória. (2005, p. 5)

Portanto, não há uma verdade real ou uma verdade formal, mas sim uma verdade processual, pois os elementos probatórios encontram-se dentro dos autos do processo, onde o juiz, utilizando o princípio do livre convencimento e assegurando os direitos e garantias individuais, embasará os fundamentos da sentença condenatória.

2.1.4 Meios de prova

Os meios de prova são os instrumentos pelos quais o juiz, direta ou indiretamente, encontra a verdade dos fatos. É a partir do conjunto probatório que o julgador consegue alcançar a sua convicção, embasada nas afirmações formuladas pelas partes no processo.

No mundo processual, somente é verdadeiro o que está provado, ou seja, no processo, somente as provas reproduz a verdade dos fatos. A prova, careada no processo, tem como finalidade demonstrar, para o órgão julgador, a verdade dos fatos afirmados pelas partes, objetivando convencê-lo da correspondência com a realidade e conduzi-lo na convicção da verdade de tais fatos.

Com isso, os meios de prova passam a ser requisitos essenciais para a realização do próprio direito material. Portanto, é imprescindível que as provas sejam claras, indubitáveis e aptas a conduzirem o julgador a terreno seguro,

levando-o a firmar a sua convicção da existência do crime e de sua autoria. Pois, em situação contrária ao estabelecido acima, o juiz, utilizando o princípio do *in dubio pro reo*, deverá absolver o acusado.

Portanto, a busca da verdade, reflete-se em uma atividade na qual o juiz, utilizando-se dos meios legais e legítimos, busca “formar sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam” (RANGEL, 2005. p. 409).

O Código de Processo Civil estabelece:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa. (BRASIL, 2009)

Conforme o Código preleciona, há os meios de provas que podem ser encontrados na própria lei, assim como se aceita outros meios de provas não previstos legalmente, mas que, sendo moralmente legítimos, o legislador concordou com a sua utilização.

2.2 A função do magistrado na apuração da verdade

Há muito tempo, uma das frases que mais se escutar na mídia brasileira é: a justiça criminal deixa livre o criminoso que a polícia prendeu. No mesmo sentido, a sociedade vem exigindo penas mais ásperas e uma atuação judiciária mais repressiva. Portanto, tem-se de um lado, uma Constituição garantidora dos direitos individuais da liberdade; enquanto que do outro, uma sociedade estupefata diante do crescimento da criminalidade e impunidade.

Entre esses dois flancos (sociedade e Constituição Federal), há a figura do juiz que se tornou principal peça para compatibilizar os interesses do Estado, da sociedade e dos indivíduos que estão sofrendo no seu direito à liberdade. Com isso, há uma grande pressão social na cobrança de uma maior participação do juiz na persecução penal, exigindo-o uma atitude proativa na solução deste grande desafio que é a tarefa de distribuir a justiça.

No entanto, a “imparcialidade é uma qualidade que sempre distingue a pessoa do juiz” (BARROS, 2002, p. 121), ou seja, a atuação do juiz sempre deve ser pautada pela imparcialidade, garantindo sua eqüidistância entre as partes do processo. Portanto, “não há falar de processo regular e válido se o julgador não preservar a sua imparcialidade na relação processual”. (BARROS, 2002, p. 121)

Com isso, deve-se fazer uma compatibilização entre a esta participação do juiz na persecução penal e os direitos e garantias individuais preconizados pela Constituição Federal.

2.2.1 Atuação do juiz na busca da verdade

De acordo com Marco Antônio de Barros (2002, p. 121), o juiz deve desempenhar a tarefa da busca da verdade respaldada por alguns princípios, “tais como a imparcialidade, independência, equilíbrio e prudência.”

Assim estabelece o art. X da Declaração dos Direitos Humanos:

Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele (BARROS, 2002, p. 123).

Portanto, o principio da imparcialidade e independência do magistrado não é somente uma garantia constitucional, mas sim um direito humano.

Para Paulo Rangel, um “juiz imparcial pressupõe juiz independente e independência pressupõe garantias constitucionais que visem dar segurança ao juiz de que, no exercício de suas funções, não sofrerá coações políticas ou funcionais” (2005, p. 19).

Por conseguinte, é de suma importância que:

[...] o juiz goze de independência funcional e não se submeta a pressão estranhas ao seu foro íntimo que o forcem a condenar ou a absolver alguém

injustamente, de modo a contrariar a verdade refletida nas provas dos autos (BARROS, 2002, p. 122).

Já o princípio da imparcialidade é aquele que rege a atuação dos agentes estatais, ou seja, os agentes estatais devem agir com imparcialidade quando estiverem desempenhando seus deveres. O principal fundamento do princípio da imparcialidade é o tratamento igualitário que as partes devem receber no curso do processo. Portanto, quando se deseja um juiz imparcial, na verdade está-se querendo um tratamento isonômico para as partes do processo.

O Código de Processo Penal estabelece em seu art. 252 as hipóteses de presunção *juris et de jure* (presunção absoluta) de parcialidade do juiz, ou seja, nas hipóteses prevista neste artigo, o juiz tem o dever de declarar-se *ex officio* impedido de participar do processo:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito. (BRASIL, 2009)

Já com relação ao art. 254, percebe-se que o legislador estabeleceu uma presunção relativa (*juris tantum*), na qual se admite a iniciativa de qualquer das partes na declaração de suspeição do juiz:

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo (BRASIL, 2009).

Além dos supracitados artigos, há o art. 112 , também do CPC, que estabelece:

Art. 112. O juiz, o órgão do Ministério Público, os serventuários ou funcionários de justiça e os peritos ou intérpretes abster-se-ão de servir no processo, quando houver incompatibilidade ou impedimento legal, que declararão nos autos. Se não se der a abstenção, a incompatibilidade ou impedimento poderá ser argüido pelas partes, seguindo-se o processo estabelecido para a exceção de suspeição (BRASIL, 2009).

Portando, no CPC há previsão de hipóteses de incompatibilidade, impedimentos e suspeição, hipóteses essas que estão estabelecidas para resguardar a imparcialidade do magistrado.

Quando se fala em suspeição, o que está em jogo é o “vínculo do juiz com qualquer das partes” (BARROS, 2002, p.121-122). Já o impedimento, encontra-se uma relação direta entre o magistrado e a questão que está sendo discutida no processo. Por último, a incompatibilidade são todas as outras questões que não estão incluídas na suspeição e nos impedimentos.

O juiz possui um dever funcional na declaração de qualquer uma das hipóteses supramencionadas, sob pena de ver, no curso do processo, uma declaração de nulidade processual; porquanto, pretende-se alcançar, de certa maneira, uma certeza que o juiz está exercendo seu ofício de forma imparcial.

Outro princípio que auxilia o juiz na busca da verdade é o equilíbrio do julgador, no qual é alcançado com a experiência de anos na judicatura, pois a atividade judicial não aceita posicionamentos preconceituosos, autoritários e intempestivos.

Além de equilibrado, o magistrado deve ser prudente no exercício da atividade jurisdicional. O mesmo “não pode precipitar a sua convicção antes de esgotadas todas as fases do contraditório ou antes de completo encerramento da instrução probatória” (BARROS, 2002, p. 123). Além disso, “prudente é o juiz moderado, sensato, capaz, até mesmo de demonstrar a grande virtude de ser humilde no seu

proceder, sobretudo quando admite as próprias limitações e equívocos” (BARROS,2002, p. 124).

Portanto, para haver uma fiel compatibilização entre os preceitos constitucionais e a atuação do juiz na persecução penal, o mesmo deve atuar respaldado nos supracitados princípios, garantindo à proteção aos direitos e garantias individuais, sem deixar de lado o seu dever de buscar a verdade processual.

3 O JUIZ E A PRODUÇÃO DA PROVA

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece em seu art. 129 que é função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública (BRASIL, 2009). Conseqüentemente, na distribuição do ônus da prova, caberá ao *Parquet* provar a existência do crime, assim como a sua autoria, pois, de acordo com o art. 156 do Código de processo penal, “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” (BRASIL, 2009). Portanto, ao imputar um fato criminoso à determinada pessoa, o órgão do Ministério Público obriga-se a comprovar as alegações trazidas ao processo.

Já com relação à defesa, caberá demonstrar a possível inexistência de dolo, causas extintivas da punibilidade, causas excludentes da antijuridicidade ou da culpabilidade.

Portanto, a regra trazida pelo Código de Processo Penal é a que competirá provar os fatos constitutivos do direito (acusação) ou os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos (defesa) aquele que os alegarem.

Não obstante a existência dessa regra, o legislador instituiu, na continuidade do art. 156, poderes instrutórios ao juiz, concedendo-lhe a faculdade de ordenar, *ex officio*, a produção antecipada de provas que considerar urgentes e relevantes ao deslinde dos fatos. No entanto, deve-se estabelecer qual o alcance desses poderes e quais os são, para que não haja interferência na imparcialidade do julgador, na equidistância das partes e isonomia de tratamentos.

3.1 O ônus da prova

3.1.1 Conceito de ônus da prova

Ônus não é obrigação, mas sim um encargo atribuído a determinada pessoa, que, de acordo com sua origem latina (*onus, oneris*), “significa carga, peso, fardo, encargo, aquilo que sobrecarrega” (RANGEL, 2005, p. 444). Para o direito, “ônus é o encargo que as partes têm de provar as alegações que fizerem em suas postulações” (RANGEL, 2005, p. 444).

Para Fredie Didier Junior:

A expressão “ônus da prova” sintetiza o problema de se saber quem responderá pela ausência de determinado fato. Não se trata de regras que distribuem tarefas processuais; as regras de ônus da prova ajudam o magistrado na hora de decidir, quando não houver prova do fato que tem de ser examinado. Trata-se, pois, de regra de julgamento e de aplicação subsidiária, porquanto somente incidam se não houver prova do fato probando, que se reputa com não ocorrido. (2005, p. 488)

Paulo Rangel estabelece que o ônus da prova “trata-se de uma obrigação para consigo mesmo que, se não for cumprida, ninguém, a não ser o encarregado, sairá prejudicado” (2005, p. 444). Assim, ônus diferencia-se de dever, pois este “é sempre para com outrem e faz nascer o direito subjetivo” (2005, p. 444); enquanto aquele, “não corresponde a nenhum direito subjetivo e, se o encargo de realizar o ato não o faz, apenas ele sofrerá com sua inércia ou ineficiência” (2005, p. 445).

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, o ônus da prova divide-se em objetivo e subjetivo, ou seja:

[...] objetivamente, o ônus da prova diz respeito ao juiz, na formação do seu convencimento para decidir o feito, buscando atingir a certeza da materialidade e da autoria, de acordo com as provas produzidas. Caso permaneça em dúvida, o caminho, segundo a lei processual penal e as garantias constitucionais do processo, é a absolvição. Subjetivamente, o ônus da prova liga-se ao encargo atribuído às partes para demonstrar a veracidade do que alegam, buscando convencer o julgador. Cabe a elas procurar e introduzir no processo as provas encontradas (2009, p. 349-350).

3.1.2 Distribuição do ônus da prova

O Código de Processo Penal é claro ao estabelecer que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer” (BRASIL, 2009). Portanto, qualquer pessoa que alegar

uma situação que lhe aproveite, deverá apresentar as provas que confirmem as alegações apresentadas.

Quando se tratar de fato constitutivo de direito, o ônus de provar recairá sobre quem alegou. Como no processo penal o réu é presumidamente inocente, até que se prove o contrário, o ônus de provar a existência do crime, a autoria do fato criminoso e dos elementos subjetivos do tipo penal (dolo) e normativo (culpa) será da acusação.

No entanto, quando houver a existência de provas da materialidade e da autoria do fato imputado, o ônus de provar os fatos modificativos ou extintivos do direito será incumbido à defesa. Por conseguinte, encarregar-se-á ao réu apresentar as provas que confirmem a exclusão da ilicitude, culpabilidade e punibilidade, além das circunstâncias atenuantes da pena, causas de privilégios ou concessão de benefícios legais.

De acordo com Nucci:

Em regra, no processo penal, o ônus da prova é da acusação, que apresenta a imputação em juízo através da denúncia ou da queixa-crime. Entretanto, o réu pode chamar para si o interesse de produzir prova, o que ocorre quando alega, em seu benefício, algum fato que propiciará a exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, embora nunca faça de maneira absoluta. Imagine-se que afirme ter matado a vítima, embora o tenha feito em legítima defesa. É preciso provar a ocorrência da excludente, não sendo atribuição da acusação fazê-lo, até por que terá esta menos recursos para isso, pois o fato e suas circunstâncias concernem diretamente ao acusado, vale dizer, não foram investigados previamente pelo órgão acusatório. Saliente-se, no entanto, 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*. Com isso, alegada alguma excludente, como a legítima defesa, por exemplo, feita prova razoável pela defesa e existindo dúvida, deve o réu ser absolvido e não condenado. Assim, embora a acusação tenha comprovado o fato principal – materialidade e autoria –, a dúvida gerada pelas provas produzidas pelo acusado, a respeito da existência da justificativa, deve beneficiar a defesa (2006, p. 367).

Com a alteração na parte final do art. 386, VI que determina que, se houver fundada dúvida sobre a existência de uma causa que exclua o crime ou isente o réu de pena, deverá também absolvê-lo, pôs fim à divergência entre os doutrinadores que tratavam da questão da absolvição ou não no caso de dúvida na existência das causas excludentes da ilicitude. Havia uma parte da doutrina que entendia “que, existindo dúvida sobre a causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade alegada,

deveria ser prolatada sentença condenatória” (MENDONÇA, 2008, p. 203); mas, com a supracitada alteração, confirmou-se o entendimento da doutrina majoritária.

Para Andrey Borges de Mendonça:

Certo é que a reforma demonstrou que, na hipótese de dúvida razoável sobre a ocorrência de alguma das causas excludentes do crime ou da culpabilidade, o caso será de absolvição. Deve o Ministério Público, assim, envidar esforços para demonstrar a inoccorrência da causa excludente do crime ou da culpabilidade, sob pena de ver absolvido o acusado, em razão da regra do *in dubio pro reo*, agora expressamente adotada também para as excludentes do crime e da culpabilidade (2008, p. 204).

Portanto, não há a necessidade da defesa demonstrar inequivocamente os requisitos da legítima defesa, por exemplo, para que seja possível a absolvição do acusado.

3.2 Poderes instrutórios do juiz

De acordo com o art. 156, I do Código de Processo Penal:

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 a proporcionalidade da medida (BRASIL, 2009).

Como se pode observar, a nova redação do supracitado artigo do CPP ampliou os poderes instrutórios do juiz penal, pois, no antigo dispositivo, o juiz somente poderia atuar no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, determinando, de ofício, as diligências que achasse necessárias para dirimir dúvidas sobre ponto relevante. Além disso, vale ressaltar que mencionada redação passou a fazer parte do art. 156 na forma do inciso 2º.

Esses poderes instrutórios do juiz estão diretamente relacionados com o princípio inquisitivo que concede a iniciativa de produzir as provas ao magistrado. Esse princípio é inerente à figura do juiz, cabendo tanto ao juiz penal como ao juiz

civil. Sobre os poderes instrutórios do juiz civil, Luiz Guilherme Marinoni assim estabelece:

De acordo com o art. 130 do CPC, “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Como se vê, o juiz tem o poder – de acordo com o sistema do Código de Processo Civil Brasileiro –, *quando os fatos ainda não lhe parecem esclarecidos*, de determinar de ofício, independentemente de requerimento da parte, ou desta já ter perdido a oportunidade processual para tanto (2005, p. 285-286)

Coadunando com o entendimento supracitado, Fredie Didier Junior expressa que:

Nada obstante ainda se perceba, na doutrina, na jurisprudência e na própria legislação, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado, fruto de reminiscências históricas de um tempo em que se tinha uma visão eminentemente privatista do direito processual, pode-se dizer que hoje, com o desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a tendência é de se conferir ao Estado-juiz os mais amplos poderes instrutórios (2005, p. 484)

De acordo com Marco Antônio de Barros, deve-se fazer uma ressalva para estabelecer uma diferença entre este princípio inquisitivo, que concede poderes probatórios aos juízes, e o processo penal inquisitivo, que teve seu auge no direito Canônico da Idade Média:

[...] em cuja sede ganhou contornos de persecução penal secreta, instaurada de ofício pelo juiz, independentemente da existência de acusação, ficando sob encargo do julgador colher e produzir as provas que bem entendesse antes de proferir a sentença (2002, p. 131).

Ainda de acordo com Marco Antônio de Barros:

[...] a obrigação que tem o juiz de descobrir a verdade, só por si, não torna a atividade jurisdicional inquisitiva. O que se cobra do juiz é uma participação efetiva na instrução do processo. Vale dizer, interessa ao sistema a integração participativa do juiz na relação processual, de modo a prestar a sua colaboração na reconstrução dos fatos, para que a formação do seu convencimento consubstancie uma solução que se amolde efetivamente ao Direito, ou seja, reflita a justiça alicerçada pela verdade (2005, p. 133).

Vale ressaltar que as normas, que concedem os poderes instrutórios aos magistrados, devem ser interpretadas de acordo com os princípios constitucionais. Desse modo, como toda decisão judicial deve seguir os princípios da publicidade e o da obrigatoriedade de se fundamentar as decisões, não se pode conceber uma

comparação entre os poderes instrutórios do juiz moderno com o processo penal inquisitivo da antiguidade. No entanto, não se pode negar que alguns resquícios ainda permanecem, pois são características inerentes à atividade inquisitiva.

Conforme Antônio Magalhães Gomes Filhos:

Dentre tais *funções instrumentais* da motivação, no âmbito interno do processo, a primeira e mais evidente é a de assegurar que as decisões adotadas – tanto no final como no curso do *iter* procedimental – constituam o resultado de uma efetiva apreciação, pelo juiz, de todas as questões de fato e de direito suscitadas.

Se, no seu conjunto, as atividades processuais representam uma garantia para o correto exercício do poder, assegurando uma *metodologia* que possibilita a ampliação das hipóteses de solução dos problemas concretos, não seria razoável admitir pudesse o juiz, ignorando os resultados de todas aquelas atividades, proferir decisões que constituam produto de simples vontade pessoal (2001, p. 96-97).

Como se pode perceber, a motivação das decisões judiciais funciona como uma garantia que as decisões do juiz estarão embasadas em fundamentos morais e legais, garantindo a legitimidade e imparcialidade da atuação dos órgãos judiciais.

Antônio Magalhães Gomes Filhos estabelece as duas vertentes do princípio da publicidade, de um lado a regra geral – que todas as decisões devem ser públicas – de outro, a restrição ao princípio da publicidade como uma garantia ao direito a intimidade ou interesse social:

Essas duas vertentes da garantia da publicidade processual ficam bastante claras no texto constitucional brasileiro, que no capítulo dedicado às disposições gerais do Poder Judiciário determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos” (art. 93, XI), mesmo depois de haver incluído regra equivalente no capítulo dos direitos e garantias fundamentais: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, LX).

Desse duplo aspecto da garantia em questão resulta a distinção entre a *publicidade externa* e a *publicidade interna*: a primeira diz respeito ao acesso do público em geral aos atos do processo e, em casos excepcionais, pode ser restringida, atendendo-se a outros interesses não menos relevantes, como a proteção da intimidade e da vida privada das pessoas envolvidas no processo; a segunda, relacionada ao conhecimento que deve ser assegurado aos próprios participantes do contraditório, já não pode sofrer restrições, pois isso significaria diminuir-lhes as oportunidades de participação efetiva nas atividades processuais (2001, p. 49-50).

Portanto, o princípio da publicidade garante às partes o exercício do contraditório e da ampla defesa, dando a oportunidade aos mesmos de pronunciarem-se sobre as atividades processuais.

Quando um juiz, exercendo sua faculdade de produção probatória, ordena de ofício a produção de uma prova que considera de relevância para a descoberta da verdade processual, deverá fundamentar essa decisão interlocutória, demonstrando os critérios legais que o levaram a realizar aquele ato. Após a produção da prova, o juiz deverá dar ciência às partes de todo o material probatório apurado com a diligência. Essas atitudes afastam qualquer dúvida sobre a parcialidade da ação judicial na produção probatória.

3.2.1 Delimitação dos poderes instrutórios do juiz

De acordo com a nova redação do art. 156 do Código de Processo Penal, é facultado ao juiz, antes mesmo do oferecimento da denúncia, ordenar a antecipação de provas consideradas urgentes e relevantes. Vale ressaltar que antes da supramencionada alteração, já havia a possibilidade de antecipação nos casos do art. 225 do CPP, que estabelece:

Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento (BRASIL, 2009).

No entanto, a nova legislação foi além e estabeleceu a possibilidade da antecipação da prova antes mesmo do oferecimento da denúncia.

Guilherme de Souza Nucci estabelece que:

Produção antecipada de provas é um procedimento incidente, de natureza cautelar, determinado de ofício pelo juiz, quando entender indispensável a produção de provas, consideradas urgentes e relevantes, antes de iniciada a ação penal, pautando-se pelos critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade. Deve-se adotar, por analogia, o disposto nos arts. 846 e seguintes do CPC, no que for aplicável. De todo modo, autua-se à parte o procedimento de colheita antecipada de provas, intimando-se as partes interessadas (Ministério Público, querelante, assistente, indiciado e defensor, se for o caso) para acompanhar o seu trâmite. Não tendo sido iniciada a ação penal, pode até mesmo não ter ocorrido, ainda, o formal indiciamento. Por isso, parece-nos fundamental que o juiz indique um

defensor público para acompanhar a produção da prova. Se houver alguém indiciado, deve ser intimado para a produção cautelar da prova, devendo comparecer acompanhado de advogado. Se não o fizer, um defensor dativo (ou público) deve ser indicado pelo magistrado. Havendo querelante e/ou assistente serão, também, cientificados. O Ministério Público estará sempre presente (como titular da futura ação penal pública ou como fiscal da lei, em caso de ação privada). Trata-se de uma prova determinada pelo juiz e, como já se frisou, de natureza cautelar, razão pela qual as partes podem participar ativamente. Tratando-se da oitiva de testemunhas, têm elas o direito de fazer reperguntas. Cuidando-se de prova pericial, é viável o oferecimento de quesitos e a indicação de assistentes técnicos (2009, p. 351).

De acordo com o entendimento supracitado, não há problema quando não houver o conhecimento da autoria do crime, pois o juiz poderá nomear um defensor dativo para resguardar a legalidade do ato instrutório. No entanto, para Andrey Borges de Mendonça, é “claramente inconstitucional a autorização conferida ao juiz para determinar, de ofício, a produção antecipada de provas antes do início da ação penal” (2008, p. 164). De acordo com este, “não pode o magistrado violar a sua inércia, atuando como verdadeiro juiz inquisidor” (2008, p. 164).

No entanto, a antecipação das provas é uma exceção, pois o legislador estabeleceu requisitos para que seja realizado tal procedimento. É necessário que as provas sejam urgentes – que “são as provas que necessitam ser produzidas de imediato sob pena de perda total ou parcial” (NUCCI, 2009, p. 352) – e relevantes – que “são as que possuem grande valor para a apuração da verdade real no processo penal” (NUCCI, 2009, p. 352), sendo os dois requisitos observados em conjunto e cumulativamente.

Além desses dois requisitos, o legislador estabeleceu três critérios: a necessidade, a adequação e a proporcionalidade. De acordo com Nucci, esses critérios podem ser relacionados com a atividade probatória do juiz da seguinte maneira:

[...] pode-se afirmar que, como regra, provas urgentes e relevantes são necessárias, adequadas e proporcionais à medida tomada antecipadamente pelo magistrado em relação à sua produção. Afinal, *necessário* é algo indispensável; *adequado*, algo apropriado a certo aspecto ou estágio da investigação; *proporcional* significa situação equilibrada, diante da antecipação e gravidade de produção de uma prova antes de iniciada a ação penal. Porém, há exceções. Algumas provas, embora possam ser consideradas urgentes e relevantes, em virtude do adiantado estado do inquérito, praticamente concluído, podem aguardar o eventual início da demanda para que sejam colhidas. Portanto, elas são urgentes e relevantes, mas não adequadas ao momento da persecução penal. Deve o juiz agir com cautela nesse cenário, analisando caso a caso. Ademais, vale ressaltar que qualquer interessado pode requerer ao magistrado a produção antecipada de provas, situação compatível com a busca da verdade real,

preceito maior tanto da investigação criminal como da instrução em juízo (2009, p. 352).

Portanto, não cabe ao juiz somente ordenar a antecipação probatória, deve analisar a presença de todos os requisitos e critérios. É nesse momento que entra a fundamentação da decisão judicial para a concessão da antecipação da produção probatória, demonstrando a urgência e relevância que as provas possuem para tornar o procedimento necessário, adequado e proporcional à instrução processual.

3.3 A figura do juiz inquisidor

De acordo com todos os argumentos legais e doutrinários, os poderes instrutórios do juiz é uma realidade. O juiz criminal deve sempre buscar a verdade dos fatos o mais próximo possível da realidade, transformando-se “em co-produtor das provas” (NUCCI, 2008, p. 255). No entanto, de acordo com Guilherme de Souza Nucci, não se pode correr o risco de alterar a condição do juiz “de parte autenticamente imparcial na ralação processual” (2008, p. 255).

Para o supracitado autor, a postura do juiz deve ser:

O juiz preside o feito, coordena a instrução, defere ou indefere requerimentos das partes, inclusive para a produção de provas, podendo, quando, for fundamental para a formação do seu convencimento, determinar, de ofício, da realização de algumas provas que considere relevantes (2008, p. 255-256).

No entanto, no dia 3 de maio de 1995, foi promulgada a Lei 9.034, que “dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas” (NUCCI, 2008, p. 249). Essa lei veio instituir a figura do juiz inquisidor, ou seja, o juiz que “assume completamente a condução dos atos instrutórios” (NUCCI, 2008, p. 256). Ao analisar o art. 3º dessa lei, percebe-se como seria esse juiz inquisidor:

Art. 3º Nas hipóteses do inciso III do art. 2º desta lei, ocorrendo possibilidade de violação de sigilo preservado pela Constituição ou por lei, a diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotado o mais rigoroso sigilo de justiça.

§ 1º Para realizar a diligência, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

§ 2º O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas dos documentos que tiverem relevância probatória, podendo para esse efeito, designar uma das pessoas referidas no parágrafo anterior como escrivão ad hoc.

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

§ 4º Os argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência serão apresentados em separado para serem anexados ao auto da diligência, que poderá servir como elemento na formação da convicção final do juiz.

§ 5º Em caso de recurso, o auto da diligência será fechado, lacrado e endereçado em separado ao juízo competente para revisão, que dele tomará conhecimento sem intervenção das secretarias e gabinetes, devendo o relator dar vistas ao Ministério Público e ao Defensor em recinto isolado, para o efeito de que a discussão e o julgamento sejam mantidos em absoluto segredo de justiça (NUCCI, 2008, p. 255).

Para Guilherme de Souza Nucci:

Não há viabilidade constitucional para criar a figura do *juiz inquisidor*, aquele que busca *pessoalmente* a prova, realizando diligências, em rigoroso segredo de justiça, aguardando consigo o que colheu e somente exibindo os documentos às partes na sua presença. (2008, p. 256).

Ao analisar esse dispositivo, verifica-se que há a violação, no mínimo, dos princípios: da imparcialidade – pois, o juiz, ao realizar pessoalmente a diligência, poderá prejudicar o seu julgado com impressões pessoais e juízo de valores - do equilíbrio entre as partes – pois, de qualquer forma, estará auxiliando o membro do Ministério Público e substituindo a Polícia Judiciária – da ampla defesa e publicidade – porquanto, ao restringir o acesso às informações colhidas na diligência efetuada, dificulta o trabalho da defesa, impedindo o exercício do contraditório – e, por último, do devido processo legal, que engloba todos os anteriormente citados.

Não adianta ficar discutindo a constitucionalidade ou não do dispositivo, porquanto, a situação já foi pacificada no STF com o julgamento da ADIn 1.570-2, tendo como relator o Min. Maurício Correa. A impugnação tinha como fundamento os art. 5º, LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), LV (“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 inerentes); art. 93, IX (princípios da fundamentação das decisões judiciais

e publicidade) e art. 129, I (estabelece a privatividade da ação penal ao membro do Ministério Público), todos da Constituição Federal.

De acordo com o estabelecido no relatório da supracitada ação declaratória de inconstitucionalidade, o Procurador-Geral da República alegou que, se persistirem as disposições contidas no art. 3º da lei de crimes organizados, o magistrado, após realizar as diligências probatórias, não poderia utilizar-se das provas que ele mesmo houvesse produzido, porquanto a imparcialidade do juiz é uma condição precípua para que haja o respeito ao devido processo legal.

Portanto, assim decidiram os Ministros membros do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: 'Lei 9.034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/2001. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação do devido processo legal. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, art. 129), I e VIII, e § 2.º; e 144, § 1.º, I e IV, e § 4.º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia' (NUCCI, 2008, p. 256).

De acordo com o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

[...] o Pretório Excelso acertou ao considerar inconstitucional o art. 3.º no tocante à figura do juiz inquisidor, mas equivocou-se ao mencionar que tal se daria unicamente no contexto das informações fiscal e eleitoral. O raciocínio utilizado, para tanto, foi o seguinte: juiz inquisidor não pode haver; as atribuições previstas no inciso III do art. 2.º diziam respeito à colheita de dados, documentos e informes fiscais, bancários, financeiros e eleitorais; houve o advento da Lei Complementar 105/2001, que, no art. 1.º, § 4º, IX, teria reiterado a possibilidade de quebra do sigilo bancário e financeiro, especialmente quanto a crimes praticados por organizações criminosas; cuidando-se de Lei Complementar da hierarquia superior e mais recente, teria provocado, automaticamente, a revogação tácita do art. 2.º, III, quanto aos informes bancários e financeiros (2008, p. 256).

Como se pode observar, fica claro que o STF possui entendimento rígido com relação à figura do juiz inquisidor. Contudo, deve-se estabelecer que há uma grande diferença entre o juiz ordenar que um terceiro realize uma busca e apreensão, e ele próprio realizar tal procedimento. O que se pretende, com a supracitada decisão, é que haja a mínima possibilidade da ocorrência de um juízo de valor antes do

momento adequando pelo magistrado, ou seja, que o juiz tenha sua imparcialidade ameaçada.

Por conseguinte, em respeito aos direitos e garantias individuais, os Ministros do STF acharam por bem expurgar, do ordenamento jurídico brasileiro, a figura do juiz inquisidor, que nada tem de comparação aos poderes instrutórios do juiz até aqui estudados.

CONCLUSÃO

A tendência em aumentar os poderes instrutórios dos juízes é uma situação que não se pode negar. Tanto no processo civil quanto no penal, as legislações trazem normas que concedem poderes aos juízes para gerirem a instrução probatória. Considera-se esta tendência uma ameaça aos direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal.

No entanto, o estudo sobre a evolução histórica dos tipos de sistema processual penal demonstra que a atuação do magistrado sempre seguiu os ditames do momento político vivido por cada civilização, ou seja, o sistema processual penal seria tão repressor quanto fosse o governo, ou seria tão democrático quanto fosse o gozo dos direitos e garantias concedidos aos cidadãos. Como exemplo, podem-se citar as mudanças no sistema processual penal ocorridas durante as várias formas de governo que se sucederam na Roma Antiga. Quando se tinha um Estado autoritário – período do principado, por exemplo – a direção do sistema processual penal ficava por conta de um magistrado que refletia todos os abusos cometidos pelo governante.

A partir da Constituição Federal de 1988, observou-se um avanço incalculável com relação à concessão de direitos e garantias aos cidadãos brasileiros. Esses mesmo direitos e garantias funcionam como freios aos abusos cometidos pelo Estado e seus agentes.

A nova redação contida nas normas concernentes aos poderes instrutórios do juiz veio confirmar o caráter publicista do processo penal, coadunando com a função social do juiz de buscar a pacificação dos conflitos sociais.

Já a Constituição Federal impõe severas restrições ao exercício desses poderes, garantindo, com isso, uma atividade jurisdicional que respeita a dignidade da pessoa humana. Princípios como o da publicidade dos atos judiciais, da motivação das decisões judiciais, do contraditório e da ampla defesa, abonam uma participação imparcial do juiz na busca pela verdade processual. Além disso, garantem ainda a exercício isonômico dos direitos pelas partes.

Portanto, a atuação do juiz sempre será pautada pelo respeito aos direitos e garantias individuais. No entanto, o juiz penal nunca deve esquecer que uma de suas precípuas funções é garantir a paz social e o *jus puniendi* estatal, confirmando,

com isso, que, mesmo em um processo pautado pelo garantismo, não há incompatibilidade entre os poderes instrutórios do juiz e os princípios da imparcialidade e da igualdade entre as partes.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BARROS, Marcos Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Sítio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2009.

_____. **Código de Processo Civil Brasileiro**. Sítio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2009.

_____. **Código de Processo Penal Brasileiro**. Sítio do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 10 dez. 2009.

BUENO, Francisco da Silveira. **Minidicionário da língua portuguesa**. 1. ed. São Paulo: FTD, 1996.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2005.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do código de processo penal**. 1. ed. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.