

A GESTÃO DA PROVA PELO JUIZ: UMA ANÁLISE À LUZ DO SISTEMA ACUSATÓRIO

Leonardo Gonçalves dos Santos¹

Antônio Alcebíades Vieira Batista da Silva²

RESUMO: O presente artigo tem como escopo verificar a possibilidade, ou não, de atribuição de poderes probatórios ao magistrado a luz do sistema acusatório. Para tanto, será examinado o conceito de sistema processual penal e suas principais espécies históricas, descrevendo, posteriormente qual o sistema processual adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, se observará como se dá a gestão probatória no processo penal, analisando o objeto da prova e como se dá a busca da verdade no processo. Por fim, adentrado no tema central do presente estudo, será analisado se o juiz, ao exercer a prerrogativa de determinar a produção de prova ex officio, durante a atividade processual, estará violando o princípio da imparcialidade, e, por consequência o sistema acusatório.

PALAVRAS CHAVE: Sistemas Processuais Penais. Prova. Instrução Probatória. Iniciativa probatória. Magistrado. Imparcialidade.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo verificar la posibilidad, o no, de atribución de poderes probatorios al magistrado a la luz del sistema acusatorio. Para ello, se examinará el concepto de sistema procesal penal y sus principales especies históricas, describiendo posteriormente el sistema procesal adoptado por el ordenamiento jurídico brasileño. En seguida, se observará cómo se da la gestión probatoria en el proceso penal, analizando el objeto de la prueba y cómo se da la búsqueda de la verdad en el proceso. Por último, adentrado en el tema central del presente estudio, se analizará si el juez, al ejercer la prerrogativa de determinar la producción de prueba ex officio, durante la actividad procesal, estará violando el principio de la imparcialidad, y, por consiguiente, el sistema acusatorio.

PALABRAS CLAVE: Sistemas Procesales Penales. Prueba. Instrucción Probatoria. Iniciativa probatoria. Juez. Imparcialidad.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Sistemas Processuais Penais. 1.1. Considerações Iniciais. 1.2. Sistema acusatório. 1.3. Sistema inquisitório. 1.4. Sistema misto. 1.5. O Sistema processual brasileiro. 2. A gestão probatória no processo penal. 2.1. Conceito, finalidade e objeto da prova. 2.2. A busca da verdade no processo penal. 2.3. O ônus da prova no processo penal. 3. A iniciativa instrutória do juiz e seus limites. Conclusão. Referências.

¹ Graduando em direito pela Universidade Católica do Salvador.

² Artigo elaborado sobre a orientação do Professor Antônio Alcebíades Vieira Batista da Silva, mestre em Máster en Razonamiento Probatorio pela Universitat de Girona.

INTRODUÇÃO

De acordo com a doutrina predominante na explicação do fenômeno processual, o processo se constitui em uma relação jurídica triangular, formada por três sujeitos: autor, réu e juiz com jurisdição. Os dois primeiros sujeitos revestidos de parcialidade e o último imparcial. O juiz, enquanto integrante da relação processual, se submete aos preceitos do direito, mas o faz enquanto figura central, principalmente porque é ele que detém o poder jurisdicional. Assim, aplica o direito ao caso concreto, para alguns solucionando a lide ou, mais precisamente, acertando o caso penal, tudo de forma imparcial³.

O nosso sistema processual exige a iniciativa das partes para a instauração da relação processual penal, cabendo a estes produzir as provas para comprovar a veracidade dos fatos por si alegados. Em que pese a regra geral, permitiu-se ao 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.

Considerando o modelo de processo criminal acusatório definido pela Constituição, no qual redefiniu o papel das partes e do juiz, cabendo a este último uma posição de imparcialidade, a fim de evitar que a sua intervenção pudesse provocar desequilíbrio na posição de igualdade das partes, se faz necessário verificar a quem caberia à carga probatória, em um processo penal democrático, que respeite os direitos e garantias das partes, sobretudo do acusado.

Diante desta problemática, o presente artigo tem como fim analisar se a atuação do juiz, ao requisitar provas que considere relevantes para o julgamento da lide, está de acordo com os preceitos estabelecidos no sistema acusatório.

Inicialmente, no primeiro capítulo examinar-se-á as principais características dos modelos acusatório, inquisitório e misto, perpassando, necessariamente, por uma breve análise histórica de alguns modelos processuais que influenciaram, ainda que indiretamente, a realidade processual penal atual. Posteriormente, no segundo capítulo, será analisado como se dá a gestão probatória no processo penal; neste ponto se examinará o conceito, a finalidade e objeto da prova, bem como a polêmica questão da busca da verdade no âmbito processual penal. Por fim, no capítulo três, o presente aprofundará o tema principal, com estudo da iniciativa instrutória do juiz a luz do princípio da imparcialidade e do sistema acusatório, identificando os limites inerentes a tal atividade judicial, tendo em vista que dito sistema processual estabelece a

³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. 2015. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

separação das funções de cada personagem processual, bem como a garantia de um julgamento justo.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

1.1. Considerações Iniciais

A expressão sistema apresenta várias concepções, não caracterizando uma noção exclusiva da ciência jurídica; tendo na filosofia, na biologia, nas ciências sociais e nas ciências exatas, muitas concepções, e mais, seu conceito é dinâmico, podendo sofrer variações de acordo com cenário histórico de determinada sociedade, bem como da posição doutrinária adotada.

Conforme ensinamentos de JACINTO COUTINHO, sistema conceitua-se como um “conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim”⁴. Sob o ponto de vista do processo penal, os sistemas podem ser compreendidos como complexos de princípios e regras constitucionais, definidos conforme o momento político de cada sociedade, que orientam a aplicação das normas penais ao caso concreto⁵.

Historicamente, vários foram os sistemas penais adotados pelo direito. Neste sentido, ao analisarmos os fenômenos históricos que serviram para inspirar a evolução histórica das estruturas processuais utilizadas pela humanidade para resolução dos conflitos de interesses de natureza criminal, encontraremos a estrutura processual penal dominante.

1.2. Sistema Acusatório

O sistema acusatório tem origem no processo penal grego, mais precisamente o ateniense. Entre os atenienses, o processo penal se caracterizava pela participação direta dos cidadãos no exercício da acusação, tendo como característica marcante a oralidade e publicidade dos debates⁶.

Posteriormente, mais precisamente na época do Império Romano, o sistema acusatório se mostrou falho para as novas necessidades de repressão de crimes, além de possibilitar, com relevante frequência, os inconvenientes de uma persecução inspirada por ânimos e intenções de vingança, causando a insatisfação com o sistema vigente. Diante de tal quadro, os magistrados

⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al (Coordenador.). **Crítica à Teoria Geral do direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 16.

⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 46.

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. Ed., rev. e atual. São Paulo, SP. Saraiva, 2013, p. 101.

passaram a invadir as atribuições dos acusadores privados, acumulando para si as funções de acusar e julgar⁷. Nesse sentido, LOPES JR. afirma que “é nesse momento surgem as primeiras características do que viria a ser considerado como um sistema: o inquisitório”⁸.

No sistema acusatório as funções de acusação e julgamento estão reservadas a pessoas ou órgãos diferentes. Esta separação compõe a espinha dorsal deste modelo processual.

Diferentemente do sistema acusatório clássico acima analisado, na contemporaneidade o sistema acusatório é moldado com a presença preponderante de um acusador público, o Ministério Público, salvo as hipóteses em que a lei expressamente prevê a faculdade do ofendido iniciar a ação penal.

Nesse sentido, conforme ensinamentos de LUIGI FERRAJOLI, no processo acusatório clássico, era ônus da parte ofendida ou de qualquer cidadão, a iniciativa da acusação, ou seja, esta tinha uma forte carga discricionária, reforçada pelo caráter privado do direito penal. Com uma mudança de paradigma, o Direito Penal passou de um viés meramente retributivo para um caráter público, a acusação também perdeu sua natureza originária privada e passou a ter incumbência pública com a instituição de um acusador ou Ministério Público⁹.

No que concerne ao papel de cada uma das partes, no sistema processual acusatório contemporâneo, PAULO RANGEL afirma:

O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição, todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim, no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu.¹⁰

No sistema acusatório é de suma importância entender qual é o papel do magistrado no que se refere a gestão probatória. Nesse sentido, parte doutrina¹¹ entende que o que o sistema acusatório se funda no princípio dispositivo, em que a gestão da prova está nas mãos das partes, e o magistrado, à vista disso, é mero espectador. A respeito do tema, LOPES JR. defende que quando um sistema afasta do juiz a atividade probatória, aproximando-a das partes, existe um

⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 160.

⁸ *Ibidem*.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2014, p. 522 e ss.

¹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 49.

¹¹ Filiam-se a essa tese: LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 355. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al (Coordenador.). **Crítica à Teoria Geral do direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

fortalecimento da estrutura dialética, ampliando a imparcialidade do juiz diante das provas, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito¹².

Em que pese esse entendimento, parte da doutrina entende não ser esse o princípio unificador a caracterizar o sistema acusatório. Nesse sentido, PACHELLI afirma que “não será fato de se atribuir uma reduzida margem de iniciativa probatória ao juiz na fase processual, isto é, no curso da ação, que apontará o modelo processual penal adotado”¹³.

Assim, em linhas gerais pode-se destacar como principais características do sistema acusatório contemporâneo a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento¹⁴.

1.3. Sistema Inquisitivo

O sistema inquisitivo, ou inquisitorial, surgiu no fim do Império Romano, entre os séculos XII ao XIV, durando até o final do século XVIII. Segundo PAULO RANGEL o sistema inquisitorial “tem sua origem nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII”¹⁵. Este sistema teve grandes influências do Direito Canônico, que tinha como finalidade combater as heresias em terras europeias.

Nesse sentido JACINTO COUTINHO afirma que o sistema inquisitivo:

Nasce, (...) no seio da Igreja Católica, como uma resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo se convencionou chamar de “doutrinas heréticas”. Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos –, mantém-se hígido¹⁶.

Conforme lições de TOURINHO FILHO, no começo da Monarquia em Roma não existia limitação ao poder de julgar. Na fase inquisitorial, a notícia do crime – *notitia criminis* – era suficiente para que o juiz pudesse dar início às investigações, que posteriormente

¹² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43.

¹³ PACHELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 12.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2014, p. 522.

¹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Op.cit.*, 2015, p. 46 et seq.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al (Coordenador.). **Crítica à Teoria Geral do direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18.

serviriam como fundamento para imputação da pena. Assim não era necessário a existência de acusação, sendo ilimitado o poder dos Juízes¹⁷.

No sistema inquisitivo não é possível se falar em imparcialidade do Juiz. Muito pelo contrário; o julgador, previamente estabelece o discurso, um juízo de valor, e busca nas provas apenas o respaldo para o seu convencimento. Assim, conforme leciona PAULO RANGEL, é possível citar como características marcantes do sistema processual inquisitivo: *i*) a concentração das funções de acusar, julgar e defender nas mãos de apenas uma pessoa, iniciando o juiz, de ofício, a acusação sem qualquer imparcialidade; *ii*) o processo é sigiloso, instaurado e instruído de forma secreta, sem o conhecimento do povo; *iii*) não há possibilidade de contraditório e ampla defesa, uma vez que o acusado não é visto como um sujeito de direitos, mas sim como objeto do processo; *iv*) adota-se o sistema de provas tarifadas ou prova legal, sendo a confissão considerada uma prova irrefutável¹⁸.

Discorrendo sobre o tema JACINTO COUTINHO aponta que:

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que 'a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na “a acusação” – dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases.

O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, sai em seu encaixo guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato¹⁹.

Outra característica marcante do sistema processual inquisitorial é a busca verdade absoluta (verdade real) dos fatos. Essa verdade era alcançada, muitas vezes, por meio de tortura ou manejo da prova, sempre com o fim de obter a confissão do acusado. Uma vez obtida a confissão, considerada a rainha das provas no sistema de prova tarifada, o inquisidor já poderia condenar o acusado²⁰.

As premissas deste sistema processual começaram, mesmo que lentamente, a derrocar com a construção de um novo cenário político e social vivenciado pela Europa após da Revolução Francesa dando lugar ao surgimento do sistema misto. Nesse sentido TOURINHO FILHO:

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. Ed., rev. e atual. São Paulo, SP. Saraiva, 2013. p. 109.

¹⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 47.

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al (Coordenador). **O papel do novo juiz no processo penal**. In: Crítica à teoria geral do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.24.

²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 381.

[...] o processo misto [...] surgiu após a Revolução Francesa. A luta dos enciclopedistas contra o processo inquisitivo, até então vigorante, não cessava, e, logo, após a maior revolução de que se tem memória, ele desapareceu, e o *Code d'Instruction Criminelle* de 1808 introduziu na França o denominado processo misto, seguindo-lhe as pegadas todas ou quase todas as legislações da Europa continental.²¹

1.4. Sistema Misto

O sistema misto, também denominado de napoleônico, tem sua origem após a Revolução Francesa, trazendo como principal característica a sua divisão em duas fases procedimentais distintas. Conforme ensinamentos de LOPES JR. “o primeiro ordenamento jurídico que adotou esse sistema misto foi o francês, no *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, pois foi pioneiro na cisão das fases de investigação e juízo. Posteriormente, difundiu-se por todo o mundo e na atualidade é o mais utilizado.”²²

Neste sentido, segundo a lição de GERALDO PRADO:

Na primeira delas, denominada instrução, procedia-se secretamente, sob o comando de um juiz, designado juiz-instrutor, tendo por objetivo pesquisar a perpetração das infrações penais, com todas as circunstâncias que influem na sua qualificação jurídica, além dos aspectos atinentes à culpabilidade dos autores, de maneira a preparar o caminho para o exercício da ação penal; na segunda fase, chamada de juízo, todas as atuações realizavam-se publicamente, perante um tribunal colegiado ou júri, com a controversa e o debate entre as partes, no maior nível possível de igualdade.²³

LOPES JR. afirma que o sistema misto por se tratar de um sistema híbrido, oriundo da união dos sistemas inquisitório e acusatório, carece de um princípio informador próprio, de forma que sempre será ou essencialmente inquisitório, com alguns traços do sistema acusatório, ou essencialmente acusatório, com algumas características do sistema inquisitório²⁴. Nesse sentido afirma:

Considerando que os sistemas realmente puros são tipos históricos, sem correspondência com os atuais, a classificação de “sistema misto” não enfrenta o ponto nevrálgico da questão: a identificação do núcleo fundante. A separação (inicial) das atividades de acusar e julgar não é o núcleo fundante dos sistemas e, por si só, é insuficiente para sua caracterização.

Não se pode desconsiderar a complexa fenomenologia do processo, de modo que a separação das funções impõe, como decorrência lógica, que a gestão/iniciativa probatória seja atribuída às partes (e não ao juiz, por elementar, pois isso romperia com a separação de funções). Mais do que isso, somente com essa separação de papéis mantém-se o juiz afastado da arena das partes e, portanto, é a clara delimitação das

²¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. Ed., rev. e atual. São Paulo, SP. Saraiva, 2013. p. 117.

²² LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 174.

²³ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 91.

²⁴ LOPES JÚNIOR, *Op.cit.*, p. 174 *et seq.*

esferas de atuação que cria as condições de possibilidade para termos um juiz imparcial.²⁵

Destarte, em que pese a denominação de misto, alguns autores entendem que o dito sistema, assim como outros sistemas que também adotaram a modelagem híbrida, possuem uma fase acusatória meramente formal, uma vez que, apesar das características acusatórias na segunda fase, toda a carga probatória produzida na fase inquisitorial era repetida.

Pois bem, traçadas essas breves considerações sobre os modelos históricos de processo penal passa-se agora à análise da sistemática processual penal do adotada no Brasil.

1.5. O sistema processual brasileiro

O tema relativo ao sistema processual penal adotado no Brasil é controvertido, não havendo posição uniforme a respeito. Assim, parcela da doutrina²⁶ define o processo penal brasileiro como misto, uma vez que se caracteriza por duas fases; uma de feição inquisitória e outra acusatória. Alegam que a fase pré-processual brasileira é inquisitorial (inquérito) e a fase processual, por seu turno, acusatória, já que é marcada pelo contraditório e pela ampla publicidade dos atos processuais.

Em que pese esse entendimento, há quem entenda que o fato de haver duas fases, uma em que as garantias fundamentais são suprimidas em benefício da investigação, e outra na qual as garantias fundamentais são, em tese, respeitadas, não é critério suficiente para rotular o sistema processual brasileiro como misto. Nesse contexto, LOPES JR. afirma que para que se possa classificar um sistema é necessário que se analise o seu princípio informador. E explica, na continuação, que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, uma vez que seu princípio informador é o inquisitivo, uma vez que a gestão da prova encontra-se nas mãos do juiz²⁷.

Ao analisar o ordenamento jurídico brasileiro percebe-se uma dicotomia a respeito do tema, uma vez que o Código de Processo Penal de 1941 evidencia sua forte tendência inquisitorial contrapondo-se a Constituição Federal de 1988 que introduziu um amplo sistema de garantias individuais e de direitos fundamentais.

²⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 175.

²⁶ Nessa linha: NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.112. RAMIDOFF, Mario Luiz. **Elementos de processo penal**. Curitiba: Intersaberes, 2017, p. 49.

²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 47.

Segundo os ensinamentos de LOPES JR., dispositivos que concedem ao juiz poderes instrutórios, a exemplo do art. 156, incisos I e II do Código de Processo Penal, evidenciam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, representando uma quebra da igualdade, do contraditório e da própria dialética do processo²⁸.

Já a Constituição Federal, embora não tenha previsto expressamente a adoção ao princípio acusatório, entende-se que essa foi sua opção, em virtude de prever a instauração de um processo penal garantidor. Nesse sentido, GERALDO PRADO afirma:

Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatidade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção da inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou²⁹.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 4693/BA, reconheceu a escolha inegável do texto constitucional pelo sistema acusatório. Confira-se, a propósito, trecho do voto do ministro ALEXANDRE DE MORAES:

A Constituição Brasileira de 1988 consagrou, em matéria de processo penal, o sistema acusatório, atribuindo a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e julgamento. O sistema acusatório opõe-se, doutrinariamente, ao sistema inquisitório, no qual o Poder Judiciário atua ativamente na fase de investigação. No sistema acusatório, diversamente, o juiz não atua como investigador e acusador.

É necessário que se compreenda que a Constituição de 1988 definiu um processo penal acusatório incompatível com os traços inquisitórios do Código de Processo Penal brasileiro, sendo necessário, desse modo, ser realizado uma filtragem constitucional dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório, pois são substancialmente inconstitucionais³⁰.

Portanto, diante do quanto exposto, conclui-se que da análise sistemática da Constituição de 1988 o modelo processual penal brasileiro adotado constitucionalmente é o acusatório.

2. A GESTÃO PROBATÓRIA NO PROCESSO PENAL

²⁸ *Ibidem*, p. 48.

²⁹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 195.

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 49.

2.1. Conceito, finalidade e objeto da prova

O processo penal é um instrumento de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico (a apuração do fato criminoso e sua autoria). Neste contexto, é a prova o meio através do qual se fará a reconstrução do fato criminoso.

A doutrina majoritária, conceitua prova como sendo o meio pelo qual se demonstra em juízo a “verdade” dos fatos alegados pelas partes, com o propósito de formar o convencimento do juiz. Nesse sentido, PACELLI afirma que a prova tem como principal 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”³¹.

Para NOBERTO AVENA, “prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias”³². Prossegue o mencionado autor, afirmando que o principal objetivo da prova é a formação do convencimento do juiz quanto à veracidade dos fatos alegados pelas partes em juízo. Assim, a prova não se destina apenas às partes que a produziram ou requereram, mas, principalmente, ao magistrado.

GUILHERME NUCCI afirma que a prova teria o objetivo de produção do convencimento do juiz quanto à verdade processual, ou seja, aquela verdade que pode ser alcançada no processo. Nesse sentido, seria indispensável o esforço das partes na apresentação de elementos viáveis para o convencimento dos órgãos do Poder Judiciário³³.

Observe-se que noção de prova é frequentemente vinculada à de verdade, diante do papel do julgador de reconstrução do fato, com o propósito de aplicar o direito ao caso concreto. Seguindo essa linha de raciocínio, a atividade probatória encarrega-se de atestar a veracidade da reconstituição fática de um fato histórico.

2.2. A busca da verdade no processo penal

³¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas. 2018, p. 331.

³² AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo, 2015.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 370.

A multiplicidade de significações que perpassam a definição de prova costuma ocasionar a associação direta do tema da prova ao da verdade, cuja conceituação também é problemática.

No campo doutrinário, por exemplo, há diferenciação entre verdade real (absoluta) e verdade processual (relativa).

A primeira seria a aquela que corresponde perfeitamente com o acontecido no plano real³⁴. A busca da verdade real, durante muito tempo, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, até mesmo sem previsão legal, autorizadas unicamente pelo seu propósito maior: a verdade. Por sua vez, a verdade processual poderia ser entendida como a uma verdade provável, dependente do grau de contribuição das partes e, por vezes do juiz, quanto à determinação de sua certeza³⁵.

Vale ressaltar que a busca da verdade real no processo constitui um erro, pois a reconstituição de um crime, como fato passado e histórico, será realizada através da memória e, portanto, nunca corresponderá à realidade, que só existe no momento presente. Nesse sentido LOPES JR afirma que:

Existe uma insuperável incompatibilidade entre verdade e o paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário, em que um juiz no presente julga um fato do passado, gerando efeitos para o futuro. O crime sempre é passado, logo, história, fantasia, imaginação. Depende, acima de tudo, da memória. Logo, existe um obstáculo temporal insuperável para a tal verdade: o fato de o crime ser sempre passado e depender, a presentificação dos signos do passado, da memória, da fantasia e da imaginação.³⁶

Atualmente, não há que se galar em verdade absoluta no processo penal, somente se fala em verdade absoluta na esfera de algumas religiões, enquanto todas as outras verdades só podem ser relativas. Consequentemente, a verdade que se obtém no processo, é também relativa, dependente do contexto e das provas na qual se baseia³⁷.

Em que pese a superação da ideia de uma verdade absoluta, a verdade material continua sendo um princípio processual relevantíssimo em tema de prova³⁸.

FERRER BETRÁN, considerando que uma das principais funções do direito é a implementação de políticas através da regulação do comportamento e que o cumprimento desta

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 55.

³⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 177.

³⁶ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal** | Aury Lopes Jr., Ricardo Jacobsen Gloeckner. — 6. ed. rev., atual. e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2014, p. 311.

³⁷ TARUFFO, Michele. **Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [s.l.], n. 29, p.249-271, 2006. Universidad de Alicante Servicio de Publicaciones. <http://dx.doi.org/10.14198/doxa2006.29.13>

³⁸ PACELLI, Eugênio. *Op. cit.*

função requer que no processo se apliquem as consequências previstas na norma se, e somente se, se tenham produzido efetivamente os fatos condicionantes dessas consequências, afirma que a prova tem a função de comprovar a produção desses fatos condicionantes, ou seja, de determinar o valor de verdade das declarações que descrevem sua ocorrência. Assim, completa o mencionado autor, o sucesso da instituição da prova legal ocorre quando as declarações sobre os fatos que são declarados provados, ou seja, são verdadeiras, concluindo que a função da prova é a determinação da verdade sobre os fatos³⁹.

Assim, o sentido conferido à locução, verdade material, neste contexto, não é no sentido de pretender a busca de uma verdade absoluta ou ontológica, e sim com vistas a explicitar a limitação de disponibilidade probatória das partes no processo penal.

2.3. O ônus da prova

Por ônus da prova devemos entender encargo. Nesse sentido, quando uma das partes alega determinado fato, ela terá o encargo de apresentar alguma prova, caso não apresente, não poderá se beneficiar do alegado. Ensina CARNELUTTI que a noção de ônus é utilizada quando o exercício de uma faculdade é posto como condição para se obter uma vantagem⁴⁰. Assim, o ônus da prova serviria como um incentivo às partes a produzirem provas acerca de suas afirmações, pois sabedoras das consequências em caso de inércia nessa atividade.

A distribuição do ônus da prova revela-se como uma norma jurídica com dupla finalidade: serve para indicar às partes do processo quem deve provar quais alegações – o chamado ônus subjetivo – e, encerrada a atividade probatória, serve ao magistrado como forma de julgar o processo caso permaneça em dúvida – o chamado ônus objetivo⁴¹.

No processo penal o ônus da prova compete sempre àquele que alega o fato em juízo, segundo o brocardo latino, *probatio incumbit asserenti*. Nesse sentido o art. 156 do CPP dispõe que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Com base na regra inserta no mencionado artigo, à acusação incumbirá fazer prova da ocorrência do fato típico e de quem seja seu autor;

³⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso** | Evidential Powers of the Judges and the Procedural Models. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 36, p. 88-108, dic. 2017. ISSN 1138-9877. Disponible en: <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/10632>>. Fecha de acceso: 11 dic. 2018 doi:<http://dx.doi.org/10.7203/CEFD.36.10632>.

⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: VidaLivros, 2012.

⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 423 e ss.

à defesa, de outra parte, se o alegar, poderá demonstrar seu álibi ou eventual causa excludente da ilicitude de sua conduta (legítima defesa, estado de necessidade etc.).

Diante dessa regra, se faz necessário entender qual o papel do juiz na gestão probatória. Deverá este agir passivamente, aguardando acusação e defesa apresentarem as provas que respaldam as suas receptivas teses, e, só assim julgar o feito? Ou deverá atuar ativamente, buscando as provas que entenda pertinente com o fito de dirimir dúvidas sobre pontos que entenda relevantes?

Conforme leciona MACHADO, os poderes do juiz, na gestão probatória, devem restringir apenas na apreciação das provas propostas pelas partes, devendo analisar a sua licitude, a fim de coibir a produção de provas ilícitas, bem como, garantir às partes o direito e a liberdade de produzi-las, e, por fim, deve tomar as medidas necessárias à conservação das provas já produzidas. Para o autor, o “poder de gestão não pode ir ao ponto de facultar a produção de prova pelo juiz, sob pena de grave violação ao princípio do processo acusatório”⁴².

Neste sentido, LOPES JR., tecendo críticas aos poderes probatórios conferidos ao magistrado no art. 156 do CPP, afirma que tal regra possui característica inquisitória, uma vez que possibilita ao juiz (re)construção da “história do crime da forma como lhe aprouver para justificar a decisão já tomada (o já tratado “primado das hipóteses sobre os fatos”)⁴³.

Em sentido contrário, TARUFFO, tecendo críticas as confusões conceituais e ideológicas a respeito do tema, afirma que um juiz ativo, que exerça a atividade probatória de forma complementar e supletiva não pode ser considerado um juiz inquisidor, tendo em vista que este coleta as provas de ofício e por conta própria, expropriando das partes os direitos e garantias⁴⁴.

Ainda nessa discussão, FERRER BELTRÁN defende que o juiz não deve se portar como um mero espectador passivo, pouco se importando com quem vença a batalha processual, pelo contrário, afirma que o juiz deverá se importar que no processo vença quem deva vencê-lo de acordo com o regulamento vigente e os eventos que ocorreram no mundo, afirmando que *“la imparcialidade exige indiferencia entre las partes, pero no neutralidad entre la verdad y la falsedad: exige que se busque la verdad con independencia de a qué parte beneficie”*⁴⁵.

⁴² MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 474.

⁴³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 419.

⁴⁴ TARUFFO, Michele. **Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [s.l.], n. 29, p.249-271, 2006. Universidad de Alicante Servicio de Publicaciones. <http://dx.doi.org/10.14198/doxa2006.29.13>.

⁴⁵ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso** | Evidential Powers of the Judges and the Procedural Models. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 36, p. 88-108,

Feita essas considerações, e admitida a possibilidade de intervenção do juiz na gestão probatória, é necessário se perguntar como se dará tal prerrogativa e quais os seus limites para o seu exercício.

3. A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ E SEUS LIMITES

Partindo da premissa de que uma das funções do processo penal é a busca da verdade dos fatos, e, que a prova é o meio através do qual se fará a reconstrução desta verdade, necessário se faz, em primeiro plano, analisar se o juiz ao participar da instrução probatória estaria atentando contra o princípio da imparcialidade⁴⁶.

Neste ponto, o que se questiona é se a imparcialidade exige a absoluta passividade do juiz no desenvolvimento do contraditório; isto é, se a sua intervenção neste debate, a fim de esclarecer os fatos, questionar a veracidade das declarações ou avaliar a credibilidade das testemunhas, implica não apenas um colapso da concepção do modelo acusatório, mas também da própria garantia de imparcialidade.

Antes de abordamos a questão mencionada, se faz necessário apresentar uma breve consideração sobre o que se entende por imparcialidade.

A primeira aproximação ao conceito de imparcialidade se concentra na exigência de que o juiz não seja parte no processo, e sim um terceiro fora da disputa: um terceiro que não é parte no conflito e ocupa uma posição transcendente com relação às partes. Junto com isso, ressalta-se que a imparcialidade exige que o juiz, em sua decisão, não tome partido em favor de nenhuma das partes. Isto significa que não tenha relações com nenhuma das partes e que não realize atos que revelem uma posição prévia em relação ao assunto chamado a decidir. Em outras palavras: se trata de uma atitude de neutralidade⁴⁷. Nesse ponto, pode-se observar que o conceito imparcialidade equipara-se com o de ausência parcialidade. Mas o que se entende por parcialidade?

dic. 2017. ISSN 1138-9877. Disponible en: <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/10632>>. Fecha de acceso: 11 dic. 2018 doi:<http://dx.doi.org/10.7203/CEFD.36.10632>.

⁴⁶ Para valorar a imparcialidade do juiz em concreto, o legislador pode agir de duas formas; por um lado, identifica determinadas circunstâncias objetivamente determinadas, que considera causas de abstenção ou recusa do juiz porque representam um risco a imparcialidade ou a sua aparência, neste caso, pode-se citar como exemplo desta forma de agir, as causas de impedimento previstas no art. 252 do CPP. Por outro lado, regula o próprio modelo e a estrutura do processo penal de uma maneira que preveja, evite, minimize ou exclua que as funções atribuídas ao juiz prejudiquem sua posição de terceiro imparcial. Neste tópico, dar-se-á como prioridade o segundo modo de agir do legislador.

⁴⁷ BACHMAIER WINTER, Lorena. **Editorial dossier “Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez”:** **Imparcialidad y prueba en el proceso penal – reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez.** Revista brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 501-532, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.169>

Entende-se que há parcialidade quando o juiz, no desenvolvimento do processo ou na sua decisão, favorece ou tende a favorecer uma das partes com base em argumentos alheios ao processo e de modo diverso da aplicação do direito objetivo, tentando assim contra o princípio da igualdade. Ou seja, quando toma partido a favor ou contra uma das partes devido à influência de circunstâncias subjetivas. Por outro lado, a imparcialidade afirma que a decisão judicial se baseie exclusivamente nas circunstâncias objetivas do caso, de acordo com a lei, sem interferência alheias, com base nas ações realizadas no processo⁴⁸.

LORENA WINTER, discorrendo sobre o tema ensina que “los tres elementos característicos de una actuación parcial son: el ánimo interno del juez, la incidencia de elementos ajenos al proceso, y la consecuencia de tender a favorecer a los intereses de alguna de las partes”⁴⁹. Assim, para autora, só se pode falar em um juiz parcial se, no caso concreto, houver a incidência dos elementos caracterizadores da parcialidade. Completando seu raciocínio a autora afirma que “el hecho de que el juez sea consciente o no de su tendencia o predisposición a favorecer a una de las partes no es decisivo para que se aprecie una actuación parcial”⁵⁰.

Há que se destacar que a imparcialidade judicial não deve ser entendida como equivalente à absoluta passividade do juiz. E isso também tem aplicação no campo probatório. Independentemente das opções legislativas adotadas em cada sistema jurídico, a garantia de imparcialidade não implica, como consequência necessária, a imposição de um juiz absolutamente passivo, desprovido de qualquer poder probatório ou de poderes de intervenção durante a prática do teste no julgamento oral, submetido exclusivamente ao pedido prévio das partes⁵¹.

Em sentido contrário, parte da doutrina⁵² costuma afirmar que, na medida em que o juiz possa atuar ex officio, estaria abrindo mão de sua imparcialidade, pois, para estes, o juiz estaria privilegiando uma parte em detrimento da outra. E mais, afirmam também que ao se atribuir a gestão ou iniciativa probatória ao juiz, estaremos diante de um sistema de características essencialmente inquisitivo. Nesse sentido, AURY LOPES JR. afirma que iniciativa “probatória nas mãos do juiz conduz à figura do juiz-ator (e não espectador), núcleo do sistema inquisitório”⁵³.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 510.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 511.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ ESTRAMPES, Manuel Miranda. **Iniciativa probatoria ex officio del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?)**. 2013. Disponível em: <<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=3145>>. Acesso em: 05 set. 2018.

⁵² Nesse sentido: LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 63. MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 474.

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 82.

JACINTO COUTINHO, adotando a mesma linha de raciocínio, afirma que:

O juiz, senhor da prova, sai em seu encaixo guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato, privilegiando-se o mecanismo “natural” do pensamento da civilização ocidental que é a lógica dedutiva, a qual deixa ao inquisidor a escolha da *premissa maior*, razão por que *pode decidir antes e, depois buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão.*⁵⁴

Assim, aqueles que são contrários aos poderes instrutórios do juiz, afirmam que este não deve figurar como um “juiz-ator” na instrução probatória, uma vez que, agindo dessa maneira, estaria a comprometer o princípio da imparcialidade.

FERRER BELTRÁN tecendo críticas a respeito da insuficiência dos argumentos habituais contrários aos poderes probatórios do juiz⁵⁵, chama a atenção para a necessidade de uma análise mais aprofundada a respeito do tema. Aqui, o autor propõe uma análise que tome como ponto de partida um debate sobre os modelos de processo. Para tanto, o processualista citando Mirjan Damaška, levanta uma dicotomia entre dois grandes modelos de processos: *i)* aquele dirigido à resolução de conflitos; *ii)* e um voltado para a implementação de políticas públicas por meio da aplicação da lei previamente estabelecida pelo legislador. Para o autor, o primeiro modelo tende a um ideal de justiça processual, no qual o juiz desempenha um papel de árbitro em uma disputa do qual ele é necessariamente um espectador passivo, em que as partes governam o processo, determinando seu objeto, estabelecendo os fatos em disputa, os que estão fora do litígio, delimitando as provas sobre as quais será tomada a decisão e, por fim, determinando o resultado do processo através de sua ação processual, especialmente na prática probatória⁵⁶.

Por outro lado, o segundo modelo de processo, ou seja, aquele regido pelo objetivo da correta aplicação das consequências jurídicas previstas na legislação substantiva, exige que a instituição probatória seja direcionada para a investigação da verdade. Assim, para o autor, o processo só cumprirá sua função quando a consequência jurídica prevista para aquele que causar dano a um terceiro for aplicada a quem realmente tenha causado o dano e não a aquele que

⁵⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Reformas parciais do CPP e gestão da prova: segue o princípio inquisitivo.** In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. Parte 2. p. 261-270. Organizadores: Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula.

⁵⁵ Dentre esses argumentos, o autor destaca: *i)* confusão ideológica grosseira e até histórica, assimilando os sistemas processuais que concedem poderes probatórios aos sistemas políticos autoritários; *ii)* um tratamento unitário dos poderes probatórios do juiz, geralmente reduzido à capacidade de solicitar provas de ofício, e em qualquer caso, digno de uma rejeição geral; *iii)* o recurso da perda de imparcialidade como um argumento contra os poderes evidência; e *iv)* a negação da busca por verdade como meta para o teste no processo judicial.

⁵⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso** | Evidential Powers of the Judges and the Procedural Models. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 36, p. 88-108, dic. 2017. ISSN 1138-9877. Disponible en: <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/10632>>. Fecha de acceso: 11 dic. 2018 doi:<http://dx.doi.org/10.7203/CEFD.36.10632>.

não causou o dano. Conclui, o autor, que só desta forma o Estado implementará as políticas públicas que busca alcançar por meio do direito⁵⁷. Assim, com base nessa tese, o autor afirma que:

Pero entonces el juez ya no puede ser un espectador pasivo de una competición entre las partes respecto de la que le es indiferente quien gane. Al juez le tiene que importar que gane el proceso quien deba ganarlo de acuerdo con la regulación vigente y con los hechos acaecidos en el mundo. En otros términos, la imparcialidad exige indiferencia entre las partes, pero no neutralidad entre la verdad y la falsedad: exige que se busque la verdad con independencia de a qué parte beneficie.⁵⁸

FERRER BELTRÁN também destaca que é necessário se evitar: *i*) a assimilação entre um modelo de processo que visa o processo de averiguação da verdade e o processo centrado inteiramente no juiz (o processo inquisitivo); *ii*) o reducionismo do debate a respeito dos “poderes probatórios do juiz” que geralmente se concentra unicamente no poder de ordenar ex officio a prática de provas não solicitado pelas partes. Assim, conforme entendimento do autor, uma vez rechaçadas essas duas simplificações mencionadas, será possível estudar a distribuição de poderes probatórios entre as partes e o juiz que é mais adequada ao objetivo da apuração da verdade. Nesse contexto, o autor propõe uma distribuição de poderes probatórios entre as partes e o juiz que é mais adequada ao objetivo da apuração da verdade. Para tanto, propõe o distanciamento de um processo que conceda todos os poderes probatórios ao juiz, bem como de um que os atribua completamente às partes. Deste modo, o autor propõe um modelo de processo em que a participação das partes é essencial, porém seus interesses não precisam coincidir com a investigação da verdade ou com a implementação de políticas públicas por meio do processo, sendo necessário então equilibrar a balança com os poderes probatórios do juiz a fim de maximizar as probabilidades de descobrir a verdade sobre os fatos no processo⁵⁹.

Nesse mesmo sentido, TARUFFO afirma que é simplista a tese de que a presença de um juiz dotado de poderes de instrução autônomos seria um dos indicadores seguros de em um juiz inquisidor. Assim, para o autor, em um processo em que o juiz disponha de poderes de instrução não implica um “autoritarismo” processual, sendo possível configurar tais poderes como puramente supletórios e complementários em relação ao das partes, e podendo o juiz desempenhar um papel secundário, ou marginal, na coleta das provas. Afirma, ainda, que a diferença entre um juiz “ativo” e um juiz “autoritário” é verificada pelo fato de que a função

⁵⁷ *Ibidem*, p. 90.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 91.

⁵⁹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso** | Evidential Powers of the Judges and the Procedural Models. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 36, p. 88-108, dic. 2017. ISSN 1138-9877. Disponible en: <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/10632>>. Fecha de acceso: 11 dic. 2018 doi:<http://dx.doi.org/10.7203/CEFD.36.10632>.

"ativa" do juiz com relação à aquisição da prova é claramente configurada como complementar e suplementar com relação à atividade probatória das partes, de modo que, quando exercerem plenamente seu direito de propor todas as provas disponíveis e, portanto, fornecerem ao juiz elementos suficientes para a determinação dos fatos não haverá nenhuma necessidade do juiz exercer seus poderes⁶⁰.

Em vista de como o conceito de parcialidade foi definido acima – incidência de elementos subjetivos alheios a lei e do processo em favor de uma das partes na decisão judicial – não parece que se possa concluir que uma posição mais ativa do juiz afete a sua imparcialidade. Assim, se este vier a exercer estes poderes de forma moderada, pode-se afirmar que não se converte em parte, não abandona sua posição transcendente, não indica necessariamente interesse no resultado do processo, não expressa um estado de espírito ou é levado por emoções alheias à aplicação da lei, tampouco deixa de ser alheio à disputa ou conflito que é resolvido no processo penal.

Diante do quanto exposto, surge um novo questionamento. O juiz, ao exercer os poderes instrutórios, terá um poder absoluto, ou poderá exercer tais poderes de forma restrita?

PICO I. JUNOY, discorrendo sobre o tema, argumenta que a atribuição de certa iniciativa probatória ao juiz deve ser legalmente limitada às fontes probatórias que já se encontram nos autos, caso contrário, estaria o juiz agindo de maneira inquisitiva, colocando em risco sua imparcialidade judicial e afirma que “lo relevante no es si el juez debe tener iniciativa probatoria o no, o si debe velar por el respeto a la buena fe procesal de los intervinientes en el juicio, sino cuáles deben ser los límites de tales iniciativas”⁶¹.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, ESTRAMPES defende a tese de devemos abandonar posições maximalistas ou radicais a respeito dos poderes instrutório do juiz e optar pela busca de um ponto de equilíbrio, que fixe precisamente os limites aos quais todas as provas ex officio devem ser submetidas. Para o autor, embora o exercício do poder probatório ex officio não gere em si mesmo uma perda de imparcialidade, o seu exercício pode estar sujeito a abusos ou desvios, através do seu uso em favor de uma das partes e em detrimento da outra. Assim,

⁶⁰ TARUFFO, Michele. **Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [s.l.], n. 29, p.249-271, 2006. Universidad de Alicante Servicio de Publicaciones. <http://dx.doi.org/10.14198/doxa2006.29.13>.

⁶¹ JUNOY, Joan Picó i. **El juez y la prueba**: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual. Barcelona. España: Bosch editor, 2007. p. 129-159.

conclui que, este exercício não é um argumento suficiente para excluir completamente a prova ex officio, devendo, deste modo, se sujeitar a limites que devem reger à sua adoção e prática⁶².

Para tanto, os autores acima mencionados, propõem quais devem ser os limites para o reconhecimento e a prática probatória ex officio no âmbito de um processo criminal acusatório⁶³. São eles:

1) **O Juiz, no exercício da iniciativa probatória, só poderá requisitar prova que tratar exclusivamente de fatos (proposições fáticas) alegados pelas partes e que constituam a base factual de suas respectivas reivindicações.** Assim, o juiz não poderá fazer afirmações factuais além daquelas feitas pelas partes e, portanto, determinar o *thema probandum*. Os fatos suscetíveis de prova devem se restringir àqueles introduzidos pelas partes. Nesse sentido, o juiz não pode, por iniciativa própria, alterar o substrato factual, reconstruindo ou reformulando os fatos ou complementando-o⁶⁴. Logo, agindo dessa maneira, afirma PICO i JUNOY “este [...] limite tiene por objeto salvaguardar la vigencia del principio acusatorio”⁶⁵.

2) **O juiz não poderá requisitar provas ex officio em casos de total ausência e / ou insuficiência manifesta das provas praticadas.** Neste caso, defende ESTRAMPES que a natureza complementar da iniciativa ex officio pressupõe que um mínimo de provas tenham sido realizadas a pedido de uma das partes. Assim, quando o juiz, com sua ação ex officio, pretende compensar as deficiências, fraquezas, erros, negligências, inatividades ou insuficiências da acusação ou da própria defesa, ele rompe seu status de imparcialidade objetiva. Logo, conclui o autor, a prova ex officio deve obedecer a uma atividade integrativa ou complementar do juiz, nunca a um ato de substituição ou substituição das partes⁶⁶.

3) **A prova ex officio deve limitar-se às fontes probatórias que surjam ex novo durante os debates do julgamento oral.** De acordo com este limite, o juiz não pode realizar qualquer trabalho de pesquisa com o objetivo de encontrar fontes probatórias. Logo, a prova ex officio deve ser limitada às fontes que surgirem no processo oral, durante a prática das provas propostas pelas partes. Aqui, ESTRAMPES afirma que existem duas razões que justificam o

⁶² ESTRAMPES, Manuel Miranda. **Iniciativa probatoria ex officio del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?)**. 2013. Disponível em: <<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=3145>>. Acesso em: 05 set. 2018.

⁶³ A título de esclarecimento: o primeiro limite é proposto por ambos os autores, já os limites “dois”, “três” e “quatro” são propostas de Manoel Estrampes e o último apenas por Joan Picó i Junoy.

⁶⁴ ESTRAMPES, Manuel Miranda. “Iniciativa probatoria ex officio ...” *op. cit.*, p. 52; também em JUNOY, Joan Picó I. La iniciativa probatoria del juez penal. In: JUNOY, Joan Picó i. **El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual**. Barcelona. España: Bosch editor, 2007. p. 129-159.

⁶⁵ JUNOY, Joan Picó i. “El derecho a la prueba...”, *op. cit.*, p. 156.

⁶⁶ ESTRAMPES, Manuel Miranda. *Op.cit.*, p. 52 *et seq.*

dito limite. A primeira é que isso evita que prova ex officio acabe sendo utilizado como um mecanismo para suprir as omissões, erros e deficiências das partes. A segunda é que em um processo acusatório, o juiz não deve ter à sua disposição o procedimento investigativo (inquérito), de tal maneira que isso o impediria de prosseguir com o procedimento em busca de fontes probatórias que não as fornecidas pelas partes. Caso contrário, existe o risco de que provas ex officio possam ser o resultado do exame do juiz das medidas de investigação e não do debate que surgiu durante as sessões de julgamento. Portanto, de acordo com o mencionado limite, o juiz deverá limitar-se a determinar a introdução daquelas fontes probatórias que surgiram durante os debates do julgamento oral⁶⁷.

4) **A prova ex officio só poderia ser determinada uma vez terminada a prática das provas fornecidas pelas partes.** Este limite está relacionado ao momento processual no qual as provas ex officio podem ser determinadas. Assim, ESTRAMPES ensina que a prova ex officio só poderia ser determinada pelo juiz no final da instrução. Logo, sua prática não deve ser dar no início do julgamento oral ou durante a prática probatória proposta pelas partes. Assim, afirma, o mencionado autor, que sua utilidade para o melhor esclarecimento dos fatos requer a prática de todas as provas propostas pelas partes. Concluindo que esse limite é imposto pelo caráter marcadamente subsidiário e complementar que toda prova de officio deve ter. Se admitido antes deste momento, existe o risco de que a prova ex officio acabe se tornando uma atividade substituta para a atividade probatória das partes⁶⁸.

Outra relevante observação feita por ESTRAMPES é de que, ao fim da instrução, não é admissível a determinação de provas de officio na fase de deliberação, isso por que, se o juiz ou tribunal considerar que a prova de acusação é insuficiente, deve ser aplicada a regra do *in dubio pro reo*, que impõe a absolvição em caso de dúvida. Assim, repita-se, se o juiz avalia o conjunto de provas disponível, de tal forma que considere que as provas da acusação são insuficientes para provar sua hipótese fática, ele deve absolver o réu. Se, por outro lado, o juiz estivesse autorizado a determinar provas ex officio na época da deliberação, elas acabariam se tornando provas para condenar, o que é inaceitável⁶⁹.

5) **A necessidade de observância do princípio do contraditório e do direito de defesa frente as provas praticadas de officio pelo juiz.** Nesse sentido, se o juiz vier a requisitar qualquer prova de officio, este deverá possibilitar as partes a direito de intervir em sua realização,

⁶⁷ ESTRAMPES, Manuel Miranda. *Op.cit.*, p. 54.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 54 et seq.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 55.

ou lhes o direito de contraprova a fim de contradizer os resultados das provas ordenada ex officio⁷⁰.

Assim, em um processo, pautado sobre o sistema acusatório, o que é relevante é que acusação se mantenha sob a batuta de um órgão distinto do juiz, pois o que se pretende proteger-se é a imparcialidade do juiz⁷¹. Assim, não se pode recorrer ao sistema acusatório, como fundamento nuclear sobre a qual repousa a proibição da prova ex officio, uma vez que acaba elevando essa proibição à categoria de elemento essencial e intrínseco do modelo⁷². Em outras palavras, a proibição absoluta de dispor de poderes instrutórios, no que diz respeito a produção de provas de ofício, desde que estejam relacionadas aos fatos alegados pelas partes, não faz parte do conteúdo⁷³ do sistema acusatório. Assim, conforme ensinamentos de PICO I JUNOY, apoiar a proibição da prova ex officio no princípio acusatório supõe uma exacerbação deste último princípio. O reconhecimento de um poder limitado e excepcional de iniciativa de probatória não faz do juiz o dominador das provas, como fez no sistema inquisitorial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, buscou-se mostrar se a atuação do juiz, ao requisitar provas que considere relevantes para o julgamento da lide, estaria de acordo com os preceitos estabelecido no sistema acusatório.

Para tanto, fez-se uma breve análise de como se dá a relação processual das partes no referido modelo de processo, constatando-se que no sistema acusatório deve existir uma separação entre as funções de julgar e acusar e a paridade de armas entre acusação e defesa, sendo esta uma das principais características do dito sistema.

Posteriormente, verificou-se como se dá a distribuição probatória no processo penal, constando-se que o ônus da prova cabe às partes que a produziram ou requereram, e, em certos casos, cabendo ao juiz a possibilidade de requisitar provas que tratem exclusivamente de fatos alegados pelas partes e que constituam a base factual de suas respectivas reivindicações, sem que com isso perca a sua imparcialidade, pois, agindo desta forma o mesmo não se converte em parte, não abandona sua posição transcendente, não indica necessariamente interesse no

⁷⁰ JUNOY, Joan Picó i. *Op. cit.*, p. 157.

⁷¹ JUNOY, Joan Picó i. *Op. cit.*, p. 158.

⁷² ESTRAMPES, Manuel Miranda. *Op.cit.*, p. 54.

⁷³ Conforme Luigi Ferrajoli (2014), “são características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento”.

resultado do processo, não expressa um estado de espírito ou é levado por emoções alheias à aplicação da lei, tampouco deixa de ser alheio à disputa ou conflito que é resolvido no processo penal.

Desta forma, conclui-se que ao se conferir poderes probatórios ao juiz, de forma complementar e supletória a atividade probatória das partes, não violaria o princípio da imparcialidade, tampouco os preceitos estabelecidos pelo sistema acusatório. No entanto, é de suma importância que tais poderes sejam exercidos observando limites, que poderão ser impostos pela norma, ou, analisados a luz do caso concreto, sempre observando os direitos e garantias das partes, estabelecidos pelo modelo processual acusatório.

Assim, privar o juiz de exercer uma gama de poderes probatórios sob o argumento de que o mesmo poderá perder sua imparcialidade e, na pior das hipóteses, agir de forma inquisitória é, com todo respeito aos que defendem a tese, simplista e carece de dados concretos. Qualquer excesso na execução de tais prerrogativas não pode ser imputado ao permissivo legal, e sim, ao sujeito que extrapola as suas prerrogativas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Porto Alegre; Juruá, 2013.

AVENA, Norberto. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense; São Paulo, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Editorial dossier “**Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez**”: **Imparcialidad y prueba en el proceso penal – reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez**. Revista brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 501-532, mai./ago. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.169>

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. São Paulo: Vida Livros, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al (Coordenador.). **Crítica à Teoria Geral do direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Reformas parciais do CPP e gestão da prova: segue o princípio inquisitivo**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Observações sobre os sistemas processuais penais. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. Parte 2. p. 261-270. Organizadores: Marco Aurélio Nunes da Silveira e Leonardo Costa de Paula.

CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord). **Estudos do processo penal: o mundo à revelia**. Campinas: Agá Juris, 2000.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. **Iniciativa probatoria ex officio del juez en los procesos penales acusatorios (Prueba de oficio, imparcialidad judicial y principio acusatorio: ¿una mezcla imposible?)**. 2013. Disponível em: <<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=3145>>. Acesso em: 05 set. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER BELTRÁN, Jordi. **Los poderes probatorios del juez y el modelo de proceso**. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 36, p. 88-108, dic. 2017. ISSN 1138-9877. Disponible en: <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/10632>>. Fecha de acceso: 11 dic. 2018 doi:<http://dx.doi.org/10.7203/CEFD.36.10632>

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 27 2000. São Paulo: Revista dos Tribunais.

JUNOY, Joan Picó i. **El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual**. Barcelona. España: Bosch editor, 2007. p. 129-159.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAMIDOFF, Mario Luiz. **Elementos de processo penal**. Curitiba: Intersaberes, 2017.

TARUFFO, Michele. **Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [s.l.], n. 29, p.249-271, 2006. Universidad de Alicante Servicio de Publicaciones. <http://dx.doi.org/10.14198/doxa2006.29.13>

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 16. Ed., rev. e atual. São Paulo, SP. Saraiva, 2013.