

A REFORMA E O “PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ” SERÁ QUE SOMOS MEDIEVAIS?

CHARLES EMIL MACHADO MARTINS

Promotor de Justiça, Mestre em Direito pela UNISC, Professor da UNISINOS e da FESMP

Advocaci nascuntur, judices fiunt

1. Considerações Iniciais

No âmbito da doutrina brasileira, há uma severa divergência sobre qual o sistema processual penal é adotado em nosso País. Muitos doutrinadores sustentam que, conquanto não de forma expressa, como ocorre em Portugal, é o acusatório o sistema que pode ser vislumbrado a partir do belvedere da Carta Constitucional de 1988. Esses estudiosos fundamentam seu entendimento no artigo 129, inciso I, da CF/88, que estabelece como exclusiva função do Ministério Público a promoção da ação penal pública. Ademais, afirmam que referido sistema extrai-se, igualmente, do art. 5º do Diploma Constitucional, no qual são asseguradas várias garantias e previstos vários princípios inerentes ao acusatório, tais como a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência, etc. Dentre os renomados autores defensores de que o sistema brasileiro é o acusatório, destacam-se Tourinho Filho¹ e Afrânio Jardim,² bem como Geraldo Prado, que a respeito diz:

“Se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do princípio do acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República adotou-o.”³

Por outro lado, outros tantos doutrinadores são defensores de que no Brasil vigora o sistema processual misto. Dentre eles, destacam-se Frederico Marques⁴, Rogério Lauria Tucci,⁵ sendo que, nessa linha, Guilherme de Souza Nucci sustenta:

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, V. 1, p. 92.

² JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 196.

³ PRADO, Geraldo. Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 171.

⁴ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual. São Paulo: Millennium, 2001, p. 25.

⁵ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 163.

“O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas, etc.) é regido por Código Específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, como veremos a seguir). Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje.”⁶

Sem embargo dessa divergência *conceitual* entre o nosso sistema ser acusatório ou misto, a maioria dos nossos doutrinadores concorda que, embora a Constituição indique a adoção de um sistema acusatório, na *realidade prática* o nosso sistema processual incorpora “resquícios tipicamente inquisitoriais”, dentre os quais eles destacam, quase que à unanimidade, a possibilidade de o juiz “agir de ofício” após a demanda penal ser proposta, o que amiúde é considerado nocivo e ultrapassado.

O objetivo desse artigo é demonstrar - a partir de uma breve visita à história dos sistemas processuais e ao direito comparado, bem como de uma interpretação mais sistemática da nossa constituição - que esse entendimento, conquanto majoritário, está equivocado, na medida em que o denominado “ativismo judicial” em matéria processual não é incompatível com a Constituição Federal, tampouco com o sistema acusatório que ela propõe.

Entretanto, em virtude dos estreitos limites dessa quadra, bem como do objetivo específico dessa obra coletiva, o presente trabalho ficará restrito à abordagem do denominado “poder instrutório do juiz”, que foi reafirmado pela nova dicção legal do art. 156 do CPP, levada a efeito pela reforma de 2008.

2. O significado de sistema processual penal e dos seus tipos ideais

O estudo etimológico indica que o termo *systema* tem origem grega e deriva de *syn-istemi*, que significa o composto, o construído, sendo que, no decorrer da história da humanidade, seu uso continuado configurou uma acepção mais restrita, que faz referência à noção de “ordem”, “organização” e “modelo”.⁷

Para Geraldo Prado,⁸ sistema processual penal é o modelo político-jurídico de resolução dos conflitos de interesses na esfera penal. Nesse mesmo diapasão, Paulo Rangel⁹ afir-

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 104-105.

⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Conceito de Sistema no Direito. São Paulo: RT, 1976, p. 9.

⁸ Ob. cit. p. 171.

ma que sistema processual penal é o “conjunto de princípios e regras” de um determinado ordenamento jurídico, de um determinado Estado, que em um determinado momento histórico “estabelece as diretrizes para a aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

Conforme se pode ler em quase todos os doutrinadores de processo penal, no decorrer da história da humanidade tem-se verificado a existência de três tipos de sistemas processuais penais: o acusatório, o inquisitivo e misto. Cada um desses sistemas pode apresentar modelos variantes em determinados países ou momentos históricos, porém eles possuem algumas características *fundamentais* que os distinguem, visto que traçam os *princípios* que necessariamente devem ser observados no processo penal que os adota.

Mauro Fonseca Andrade¹⁰ leciona que ao lado desses elementos fundamentais, os sistemas processuais penais possuem outros elementos *secundários* ou *não-essenciais*, destinados somente a permitir mobilidade e funcionamento dos sistemas processuais penais, não participando do *núcleo duro*, ou da *identidade* dos sistemas, de tal sorte que poderão estar presentes nos três sistemas, sem que isso os descaracterize.

Para distinguir as características fundamentais das secundárias é imprescindível o estudo das suas origens e evolução histórica, pois elas que permitirão a conformação *teórica* de cada um dos três sistemas. Todavia, compreensivelmente, os limites dessa quadra impedem uma análise desse desenvolvimento histórico, tampouco o aprofundamento na distinção das características essenciais das secundárias dentro de cada sistema. Portanto, em que pese as procedentes críticas feitas à utilização dos *tipos ideais*,¹¹ pois geralmente conduz à simplificação de situações complexas, no presente texto trabalhar-se-á com essa metodologia para apresentar os *tipos* de sistemas processuais penais tal como expostos, de um modo geral, na doutrina processualista penal brasileira.

Portanto, em apertada síntese feita a partir da comparação dos conceitos e descrições expostos nas obras dos doutrinadores consultados, é possível afirmar que o elemento principal que diferencia o sistema acusatório é a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar. Sobre o assunto, assevera Frederico Marques: “O juiz é assim o órgão exclusi-

⁹ Nesse sentido, por todos: RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 45.

¹⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios reitores. Curitiba: Juruá, 2008, p. 35.

¹¹ O método foi criado por Max Weber e representa a utilização de conceitos genéricos e abstratos, que não representam necessariamente uma realidade histórica que tenha existido ou exista. São, portanto, meras hipóteses teóricas, elaboradas a partir daquelas características mais enfatizadas, cuja finalidade é servir de padrão de comparação com as realidades investigadas, daí que o valor histórico dos tipos ideais é muito discutível, como salienta Machado Neto (Sociologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 37).

vamente encarregado da aplicação da lei penal. Não lhe cabe assumir a titularidade da pretensão punitiva ou do direito de liberdade do réu, pois, com isso, quebraria o equilíbrio que no processo deve existir.”¹²

Outras características apontadas como sendo essenciais ao sistema acusatório são a existência e a fiel observância dos princípios da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, que no Brasil ganharam status de Direito Fundamental, porquanto consagrados no artigo 5º da CF/88.

Por outro lado, a grande característica do sistema inquisitivo, precisamente ao contrário do que ocorre no sistema acusatório, é o poder de concentração das funções processuais apenas no juiz, que é uma autoridade pública (com a conseqüente ausência da influência popular nos julgamentos, característica secundária do sistema acusatório) com atividade multiforme, visto que, podendo acusar e julgar, torna prescindível as figuras do acusador e do defensor.

Secundariamente, o procedimento inquisitorial, a par de sigiloso, é escrito, ampliando a possibilidade de se recorrer, pois a coleta da prova é registrada (ao contrário do sistema acusatório, em que predomina a forma oral), permitindo que seja reapreciada por órgão recursal. As provas são valoradas de acordo com regras previamente estabelecidas pelo legislador (“sistema da prova tarifada ou prova legal”), visando eliminar as arbitrariedades do sistema da “livre convicção íntima”, característico do processo acusatório. Ele desprestigia o direito ao contraditório e à ampla defesa, na lógica perversa de que “se o acusado é inocente ele não precisa de defensor, se ele é culpado é indigno de defensor.”¹³

Por fim, o sistema misto (também conhecido como sistema francês, pois engendrado após a Revolução Francesa) pretendeu estabelecer uma solução intermediária entre os sistemas inquisitivo e acusatório, mediante a junção da eficácia inquisitiva na apuração dos delitos e o modelo acusatório, percebido pelos iluministas como mais compatível com a defesa dos direitos humanos. Desse modo, tem como característica fundamental a existência de duas fases, a primeira investigatória, em que predominam as práticas admissíveis do sistema inquisitivo - resguardando-se, todavia, a dignidade da pessoa perseguida - tais como o procedimento sigiloso, escrito, sem possibilidade de contraditório ou ampla defesa. Já

¹² Ob. cit, p. 359.

¹³ Ob. cit., p. 92.

na segunda fase, de julgamento propriamente dito, vigoram todos os princípios do sistema acusatório adrede mencionados, como a separação nítida das figuras do acusador, julgador e defensor, as oportunidades de ampla defesa, contraditório, etc.¹⁴

A partir desse contexto tipológico, a seguir procurar-se-á demonstrar que o “poder instrutório do juiz” previsto no Código de Processo Penal brasileiro não é uma característica anacrônica, “tipicamente inquisitiva”, ao reverso, é uma característica secundária, modernamente compatível com os sistemas acusatório e misto.

3. Em defesa do poder instrutório do juiz no sistema processual penal brasileiro

No processo penal brasileiro o juiz tem o poder de iniciativa probatória para a apuração dos fatos postos pelas partes, não ficando vinculado a julgar *secundum allegata et probata a partibus*, podendo livremente buscar provas ou indagar sobre a verdade dos fatos colocados pelos litigantes, toda vez que se defrontar com inércia intolerável ao seu sentimento de justiça. Esse é o comando da parte final do caput do art. 156 CPP, bem como dos seus incisos.

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

Essa segunda alternativa é severamente criticada pela doutrina garantista capitaneada por Luigi Ferrajoli, o qual afirma que o juiz deve ser um “*espectador pasivo y desinteresado*” do processo, sustentando que o princípio do *ne procedat iudex ex officio* constitui pressuposto estrutural e lógico de todas as demais características, senão a própria identidade do processo acusatório, concluindo que a principal “*característica del poder judicial es la de no poder actuar más que cuando se recurre a él...Por naturaleza el poder judicial carece de acción. Es preciso ponerlo en movimiento para que se mueva...*”¹⁵

¹⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 142.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Ed. Trotta, 1995, pp. 564 e 581.

Nessa mesma linha doutrinária, em *terra brasilis* muitos dizem que a passividade judicial é precisamente o elemento diferenciador do sistema acusatório e inquisitivo, afirmando-se que a imparcialidade do julgador ficaria maculada se ele pudesse buscar outros elementos de prova ou argumentos para julgar.¹⁶

Em defesa da inércia judicial em matéria probatória, alguns doutrinadores vão buscar no direito romano (histórico exemplo de sistema acusatório) a figura do *non liquet* (“não está claro”), decisão proferida pelos julgadores da *accusatio* romana (que formavam um colegiado), quando não tinham a certeza necessária para condenar ou absolver, e que foi equiparada por Gilberto Thums à atual absolvição por insuficiência de provas.¹⁷

Mauro Fonseca, entretanto, desfaz esse equívoco histórico, ao lembrar que o resultado da decisão pelo *non liquet* era a ampliação do julgamento para que as partes pudessem convencer os julgadores com a apresentação de melhores provas ou argumentos, instituto denominado de *ampliatio*. Portanto:

“Em termos práticos, a prevalência de votos *non liquet* nada mais era do que a exteriorização do sentimento de que a maioria dos juízes não estava satisfeita com o desempenho das partes na produção probatória. E aqui aparece o principal motivo de o *non liquet* jamais poder servir de cobertura histórica para a figura do juiz passivo: os julgadores romanos não estavam obrigados a *resignar-se*...”¹⁸

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

Porém, colocar na iniciativa probatória dos magistrados a pecha de “ranço inquisitorial” é o argumento mais recorrente na doutrina que combate a iniciativa instrutória dos juizes. Jacinto Coutinho, por exemplo, sustenta que o sistema inquisitivo, “regido pelo *princípio inquisitivo*, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a *gestão da prova*. Aqui, o acusado é mero objeto

¹⁶ Por todos: GOMES, André Luís Callegaro. Uma herança inquisitiva no sistema processual penal acusatório. Boletim IBCCRIM - v. 14 n. 164 jul. 2006.

¹⁷ THUMS, Gilberto. O mito sobre a verdade e os sistemas processuais. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Porto Alegre, ^a 4, n.º 8, 2003, p. 99.

de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao julgador.”¹⁹

Os adeptos dessa linha de raciocínio entendem que ao juiz não cabe a missão de procurar a verdade dos fatos alegados pelas partes, pois, se assim o fizer, comprometerá a sua “imparcialidade”, agindo como um “juiz acusador”, uma vez que, havendo dúvida sobre os fatos, diante do material probatório produzido pelas partes, o juiz deve absolver, seguindo o princípio *in dubio pro reo*.

Entretanto, José Carlos Barbosa Moreira,²⁰ ao abordar a alegação de que a iniciativa probatória do juiz compromete sua imparcialidade, pois beneficiaria o acusador, obtempera que o magistrado não é dotado de poderes sobrenaturais de providência, portanto não pode prever o resultado da prova que será produzida nem a quem ela beneficiará, no exato momento em determina a sua produção. Mas a não produção da prova também beneficia um dos litigantes. Diante das duas hipóteses, o mestre sustenta que é preferível que o juiz seja parcial atuando do que se omitindo, porque ao menos estaria tentando aproximar-se da verdade real.²¹

Nesse comenos, é interessante observar que os defensores do absentismo judicial, paradoxalmente, defendem a idéia de que o juiz pode – e deve – “agir” em favor do acusado no campo probatório. A propósito, Geraldo Prado assevera que:

“Entre os poderes do juiz, por isso, segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial, permitindo-se, quando muito, pela coordenação dos princípios constitucionais da justiça material e presunção da inocência, que moderadamente intervenha, durante a instrução, para, na implementação de poderes de assistência ao acusado, pesquisar de maneira supletiva provas da inocência, conforme a(s) tese(s) esposada(s) pela defesa”.²²

Ora, apenas para ilustrar, imagine-se a seguinte situação hipotética: o acusado “X” afirma que não é o executor de um determinado crime porque estava em outro local muito distante da consumação do fato delituoso, alegando que a testemunha “Y” pode confirmar esse seu álibi. O defensor, por qualquer motivo, não pede a oitiva dessa testemunha referi-

¹⁸ Ob. cit. p. 194.

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. In: Revista da Faculdade de Direito. Curitiba: UFPR, ano 30, n. 30, p. 196, 1998.

²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a Prova. In: Revista de Processo, n.º 35. São Paulo: RT, 1984. p. 180.

²¹ Em outras palavras, o mesmo foi dito pelo TJ-RS: “...as regras processuais referentes à distribuição do ônus da prova destinam-se apenas a possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual, mas não podem prevalecer sobre o poder-dever do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o tanto quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça (HC n.º 70004678249, Câmara Especial Criminal do TJRS, Rel. Des. Maria da Graça Carvalho Mottin. j. em 08/10/2002).

da. Diante dessa inércia, visando pesquisar a possível prova de inocência, o juiz determina, de ofício, a oitiva “Y”, o qual comparece em juízo e nega peremptoriamente o álibi invocado por “X”. Diante dessa situação, questiona-se: teria sentido o desentranhamento dessa prova produzida de ofício pelo juiz, pelo só fato dela ser prejudicial à defesa? A resposta, como imperativo de justiça, somente pode ser não, o que bastaria para colocar por terra a proposta dessa esdrúxula figura que pode ser epitetada de “juiz defensor”.

Em verdade, a atividade probatória cabe, primordialmente, às partes. Entretanto, se o juiz vislumbrar alguma prova relevante, por elas não explorada - *maxime* na ação penal pública, que é obrigatória e indisponível ao Estado - deve ter a possibilidade de, modo supletivo e fundamentado, trazê-la ao processo para que seja submetida ao contraditório e valorada em sentença, visto que a sua missão no processo penal é, na medida do possível, dentro legalidade, absolver o inculpaado e condenar o culpado, pois, como pondera Barbosa Moreira: “Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão”.²³

Note-se, por outro lado, mas na mesma senda, que Mauro Fonseca,²⁴ em seu acurado estudo sobre os sistemas processuais penais, manuseou documentos históricos pelos quais apurou que no sistema inquisitivo mais feroz que humanidade conheceu - a Inquisição Espanhola regulamentada por Tomás de Torquemada - havia a absoluta ausência de autorização para que os juízes pudessem buscar novas provas condenatórias, para além daquelas propostas pelas partes. Até mesmo a odiosa tortura somente poderia ser utilizada se requerida pelo acusador, jamais podendo ser procedida de ofício. E mais, os juízes somente poderiam ter iniciativa probatória supletiva se fosse para buscar pessoas que demonstrassem que as testemunhas trazidas pela acusação tinham prestado depoimento com ânimo de prejudicar o réu. Vale dizer, na “maldita” inquisição a iniciativa probatória somente poderia existir se fosse pró-réu, exatamente como aquele que sustentam a figura do “juiz defensor”...

Portanto, a vinculação da iniciativa probatória do juiz a um sistema inquisitivo perverso não é precisa, não passando de uma manobra retórica, fortemente influenciada por

²² Ob. Cit. pp. 158-159.

²³ Idem, p.181.

²⁴ Ob. cit. p. 194.

valores ideológicos, que visa fixar um termo pejorativo – inquisição – ao julgador comprometido com o esclarecimento da verdade e que visa a prolatação de um julgamento justo!

Outro argumento comumente utilizado para combater o poder instrutório do magistrado é a utilização do direito comparado. Entre os autores que utilizam dessa metodologia destaca-se Aury Lopes Júnior, como se pode ler na sua instigante obra crítica ao processo penal contemporâneo, onde menciona, dentre outras, as reformas levada a efeito em Portugal, Itália e Espanha.²⁵

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

Inicia-se por Portugal, que expressamente adotou o sistema processual penal acusatório em sua Constituição de 1976 (art. 32, 5. *O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio contraditório*). O atual CPP português, promulgado em 1987, em seu artigo 340 - que estabelece os princípios gerais na produção da prova - prevê expressamente o poder instrutório dos juízes, assim dispondo:

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

Nesse toar, recentemente, em 07/01/2009, o Tribunal da Relação do Porto, no Recurso Penal nº 200901070816766, com fundamento na lições de Figueiredo Dias,²⁶ estadeou:

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

²⁵

LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal. Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 184.

²⁶

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito Processual Penal (lições coligidas por Maria João Antunes), Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-89, p. 51.

Já na Itália, o *Codice di Procedura Penale*, em vigor desde 1988, também autoriza a produção da prova de ofício em alguns casos, confira-se:

“Art.190 Diritto alla prova.

1. *Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza (495) escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue (190-bis, 4954) o irrilevanti (468).*

2. *La legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio (70, 195, 224, 237, 507, 508, 511, 603)”*.²⁷

O art. 507 do CPP, italiano, por sua vez, dispõe o seguinte: “*Terminata l’acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche d’ufficio l’assunzione di nuovi mezzi di prova*”.

A legitimidade desse poder instrutório supletivo dos julgadores foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional Italiano, que, pela via incidental (*n. 111 sentenza 24 - 26 marzo 1993*), considerou constitucional o art. 507, estabelecendo que a expressão “concluída a aquisição de provas”, indica o ponto de partida e não um pré-requisito para o exercício do poder instrutório do julgador. Portanto, o Tribunal concluiu que a produção probatória de ofício é possível mesmo quando não existam provas previamente adquiridas, em virtude da inércia das partes, sendo que “novas provas” são entendidas como quaisquer provas não previamente produzidas.

Inclusive, após a reforma de 1988, na doutrina, Franco Cordero afirmou: “*Il potete istruttorio dele giudice sopravvive inlcumni contesti (...). Sono um residuo necessario questi poteri d’intervento diretto, coordinati al sistema pena italiano*”,²⁸ dando, dessa forma, razão à clássica lição de Manzini quando dizia que o julgador também “*deve tutelare l’interesse repressivo della società, e quindi può convincersi liberamente sia valutando le risultanze delle prove fornite dall’acusa, sia indagando di sua iniziativa, d’ufficio, e non solo nel período istruttorio, ma altresì in quello del dibattimento, e persino in grado d’appello*”.²⁹

Por fim, na Espanha, o art. 728 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LECrím) afirma: “*No podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas*”. Porém, o

²⁷

Adotar-se-á a técnica de transcrição literal dos idiomas estrangeiros, na medida em que, a par de serem facilmente compreensíveis, evita distorções involuntárias ou voluntárias...

²⁸

Apud ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit. p. 209

²⁹

MANZINI, Vincenzo. *Trattato di Procedura Penale Italiana*, Torino: Fratelli Bocca, 1914 V. II, p. 82.

art. 729 da mesma lei prevê exceções aos ônus probatório conferido às partes no artigo anterior: “1º) *Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.* 2º) *Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.*”(sem grifo no original)

É certo que o Tribunal Superior espanhol (SSTS de 1 de diciembre de 1993 y de 23 de septiembre de 1995) chegou considerar que a faculdade prevista no do art. 729.2º. da LECrim poderia confrontar o princípio acusatório porque, supostamente, seu exercício “*convierte al Tribunal en acusador o defensor según que la prueba acordada sea de cargo o de descargo*”, perdendo sua “*imparcialidad objetiva*” e portanto somente seria admissível a utilização “*para contrastar, verificar otras pruebas aportadas por las partes*”.

Entretanto, mais recentemente, na sentença 188/00, proferida em 10 de julho, o Tribunal Constitucional espanhol voltou a se ocupar do art. 729.2º. da LECrim, havendo declarado que “*la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2.º LECr, no puede considerarse per se lesiva de los derechos constitucionales alegados...*”. Em consequência, “*para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto*”.

Nessa linha, a jurisprudência Tribunal Supremo espanhol passou a distinguir “*entre carga de la prueba e impulso probatorio*”, afirmando que “*la iniciativa que al Tribunal atribuye el art. 729.2.º puede ser considerada como ‘prueba sobre la prueba’, que no tiene por finalidad probar hechos favorables o desfavorables sino verificar su existencia en el proceso, ‘por lo que puede considerarse neutral y respetuosa con el principio acusatorio, que impone la carga de la prueba a la acusación’...*” (STS de 6 de marzo de 2001)”.

Portanto, a conclusão da doutrina espanhola é que, em matéria probatória, o processo penal espanhol é regido pelo princípio da “aportação da parte”, mas a iniciativa jurisdiccional é admitida de modo expressional, quando absolutamente necessária.³⁰

30

CABIALE, José António Díaz. *Principio de Aportación de Parte e Acusatorio: la imparcialidad del juez*. Granada: Comares, p. 323.

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

Impedidos de seguir pela via do direito continental, alguns doutrinadores que combatem a iniciativa probatória optam por buscar comparação no sistema *common law* para corroborar suas proposições, não raro incidindo em equívoco, ao confundir o sistema acusatório moderno com o *adversarial system* dos países anglo-saxônicos, conforme bem explicitado por Ada Pellegrini Grinover, a qual diz que “o conceito de processo acusatório” “nada tem a ver com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal”,³² o qual está relacionado com o denominado *adversarial system*, próprio do direito inglês, em contraposição ao *inquisitorial system*, da Europa continental e dos países por ela influenciados.³³

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

E mais, conforme a ilustrada professora do Largo de São Francisco, na Inglaterra:

“O caráter *adversarial* do sistema vai cedendo espaço ao desenvolvimento oficial e a distinção entre os dois processos parece tender a uma atenuação cada vez mais perceptível (Barbosa Moreira, loc. cit., página 99, com bibliografia). Além dos sinais de mudanças, é também oportuno salientar as críticas que se levantam contra o sistema até agora dominante no processo civil inglês: várias propostas legis-

³¹ Aliás, note-se que a legislação processual alemã também confere iniciativa probatória ao magistrado: StPO § 244 (coma 1) - *Die Staatsanwaltschaft bewirkt die Herbeischaffung der als Beweismittel dienenden Gegenstände. Diese kann auch vom Gericht bewirkt werden.* (tradução livre: O Ministério Público requisita o fornecimento dos objetos que deverão servir de meio probatório. Essa requisição também pode ser feita pelo Tribunal). Por tal motivo, “...el Juez no es en el proceso penal alemán, por consiguiente, un árbitro neutral, sino que procura él mismo activamente la investigación de la verdad de oficio” (CABIALE, José Antônio Diaz. Princípio de Aportación de Parte e Acusatorio: la imparcialidad del juez. Granada: Comares, p. 329)

³² GRINOVER, Ada Pellegrini. Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. Revista Forense, v. 347. Rio de Janeiro, 1999, p. 5.

³³ Gustavo Henrique Badaró também considera que os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a essência do sistema acusatório (Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 116 e ss.). René Ariel Dotti vai mais adiante ao afirmar que “O princípio da investigação [judicial] constitui elemento integrante da estrutura basicamente acusatória do processo penal. (...) A sua característica essencial está na autonomia do juiz ou tribunal para apurar os fatos, acima e além da vontade das partes. (Princípios do Processo Penal. Revista de Processo n.º 67. São Paulo: RT, 1992, p. 79).

lativas propugnam no sentido de a condução do feito anterior ao *trial* não ser mais deixado quase exclusivamente ao cuidado das partes, devendo submeter-se ao controle do órgão judicial, até para atenuar os problemas de procrastinações indesejáveis que incidem sobre o custo e a duração do processo.”

A mesma indicação de mudanças pode ser lida na obra J. A. Jolowicz, o qual afirma que “é cada vez maior a inconformidade dos juízes ingleses de primeiro grau em relação à necessária passividade, em âmbito probatório, que devem assumir no processo.”³⁴

Ou seja, os detratores do poder instrutório dos julgadores pretendem trazer para o nosso país uma passividade judicial que, além de não estar de acordo com a nossa tradição, está sendo posta em crítica no país que é o seu berço!

Por fim, no âmbito internacional, o próprio Código Modelo de Processo Penal para Ibero - América, de 1988 - por alguns lembrado somente quando interessa - também prevê a possibilidade de o juiz determinar de ofício a produção de determinadas provas:

“Art. 147. Objetividade, investigação judicial autônoma. 1- Salvo quando a lei penal dispuser o contrário, o Ministério Público e os tribunais têm o dever de averiguar a verdade mediante os meios de prova permitidos e de cumprir estritamente com os preceitos dos arts. 232, 250, e 272, § 1º. 2 – Durante o julgamento, os tribunais só poderão proceder de ofício à produção de prova não oferecida pelos intervenientes nas oportunidades e sob as condições estabelecidas nos arts. 285, 289, 316, 317 e 320.”

Mas retornemos ao Brasil: o art. 129 estabelece: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Aqueles que criticam o poder instrutório dos juízes afirmam que o processo não pode iniciar, tampouco continuar sem a iniciativa do Ministério Público. “Não inicia em virtude do disposto no artigo 129, I, da Constituição Federal. Não continua por conta do teor desse mesmo artigo (só uma interpretação obtusa e ultrapassada da mencionada disposição pode levar à conclusão de que o "promover" se adstringe à propositura da ação, e que, uma vez realizado esse ato processual, o juiz de direito está livre para exercer a inquisição)...”³⁵

Sem embargo dessa linha de pensamento, que evidentemente contém elastério não contida na referida regra constitucional, Antonio Scarance Fernandes, com supedâneo na lição de Vicente Greco Filho, esclarece os verdadeiros limites impostos pelo art. 129, I, da CF/88, afirmando que ele: “não retira do juiz os poderes inquisitivos referentes à prova e perquirição da verdade...”. “O que se repele é a inquisitividade na formulação da acusação, a qual deve ser privativa do Ministério Público ou do ofendido”. E mais, em sua consagrada

³⁴ Apud ANDRADE, Mauro Fonseca. Ob. cit. p. 204.

obra de “processo penal constitucional”, Scarance diz textualmente: “...tem o juiz importante papel na produção da prova. Para que possa proferir decisão justa e conforme a realidade, deve instruir a causa mediante efetiva participação na realização do material probatório, seja no garantir às partes a plenitude do direito à prova, seja no determinar, de ofício, a efetivação de prova relevante.”³⁶

Porém, para além da escorregada interpretação do art. 129, I, da CF/88, o poder instrutório dos juízes (como de resto o denominado “ativismo judicial” como um todo) é extraído, acima de tudo, da clara opção feita, pelo sistema constitucional pátrio, por um Estado Democrático e Social de Direito, que tem entre seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade justa e a promoção do bem de todos (art. 3º da CF/88).

Logo, não pode ser acoimada de inconstitucional a opção de política criminal feita pelo legislador reformador, pois somente mantém a concepção publicista do processo e a idônea percepção de sua função social. Essa é a lição de Ada Grinover, para quem:

“O direito processual é ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas. Tem ele fins distintos de seu conteúdo e esses fins se confundem com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma de suas funções. Os objetivos da jurisdição e do seu instrumento, o processo, não se colocam com vistas à parte, a seus interesses e a seus direitos subjetivos, mas em função do Estado e dos objetivos deste. A observância das normas jurídicas postas pelo direito material interessa à sociedade. Por via de consequência, o Estado tem que zelar por seu cumprimento, uma vez que a paz social somente se alcança pela correta atuação das regras imprescindíveis à convivência das pessoas. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social.” (...) Nessa visão, que é eminentemente política, é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário. (...) **A visão do Estado social não admite a posição passiva e conformista do juiz, pautada por princípios essencialmente individualistas.** O processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito. A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte.”³⁷ (sem grifo no original)

Em verdade, do ponto de vista ideológico, a corrente doutrinária que prega o absentismo judicial é manifestação de um “garantismo unilateral”, que bem pode ser denominado de “garantismo liberal/individualista”, que, no dizer de Gustavo Badaró,³⁸ pretende projetar, para o campo do processual penal, uma visão minimalista do Estado e do próprio juiz, en-

³⁵ TAYLOR, Daniel Westphal. A decretação antecipada da prescrição e o princípio da proporcionalidade - uma relação necessária. Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v. 5, n. 13 set./dez. 2007, p. 225.

³⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. Rio de Janeiro: ed. RT, 2003. pp. 186 e 72.

³⁷ Ob. cit. pp. 06-07.

quanto seu representante, de tal sorte que considera inaceitável qualquer iniciativa estatal que possa significar uma intromissão ameaçadora para o cidadão acusado, sendo, dentro dessa perspectiva absenteísta, natural o entendimento de que o juiz deve ser um “*espectador pasivo y desinteresado*”, que deve ficar - aproveitando-se a inspiração anglo-saxônica dessa concepção -, como a “Rainha da Inglaterra”, “encastelado” no seu canto, sem palavra ou poder algum.

4. Considerações finais

Evidentemente, esse pequeno ensaio não teve a pretensão de esgotar a discussão que propõe, dada sua extensão e complexidade. Apenas procurou demonstrar que as iniciativas processuais conferidas ao juiz no processo - de um modo específico o poder instrutório - não comprometem sua imparcialidade, e portanto não são incompatíveis com um devido processo legal de índole acusatória, tampouco podem ser cunhadas, fundamentadamente, como anacronismo inquisitorial.

De qualquer sorte, reputa-se que foi suficientemente demonstrado que a reafirmação e ampliação³⁹ do poder instrutório na reforma de 1988 não tem incompatibilidade ou inadequação constitucional, na medida em que a proteção dos direitos individuais do acusado não é a única finalidade do processo penal, pois o restabelecimento da pacificação social, mediante a realização de um julgamento justo, também é objetivo constitucional, que, aliás, se for completamente relegado ao olvido, poderá conduzir a sociedade a um nível de intolerância com a impunidade que certamente comprometerá a estabilidade do nosso regime democrático...

³⁸ Ob. cit. p. 78.

³⁹ Conforme inovação introduzida pelo atual inciso I do art. 156 do CPP, que pela abrangência da sua redação e pela amplitude da faculdade que confere ao juiz, vem sendo considerado inconstitucional por alguns setores da doutrina. Sem ressaibos de dúvida, a previsão legal merece ser vista *cum granis salis*, não podendo ser interpretada literalmente, visto que somente poderá ser considerada válida se se lhe der interpretação compatível com a Constituição. Nesse toar, entende-se que a faculdade prevista no predito inciso I, deve ser interpretada restritivamente, devendo ser submetida às seguintes condicionantes: **a)** prévia existência de uma investigação preliminar, instaurada por autoridade que possua atribuição para tanto (inquérito policial, procedimento de investigação criminal, etc.). Embora o inciso I não faça tal exigência, seria violentar mortalmente o princípio acusatório admitir-se que qualquer juiz, a qualquer momento e segundo seu livre talante, desse início a atos de investigação, a pretexto de produção antecipada de provas. Se assim procedesse, o magistrado estaria abdicando da sua posição processual, arvorando-se em Delegado de Polícia ou Promotor de Justiça, desvirtuado o seu poder instrutório que, como visto em linhas anteriores, é eminentemente supletivo; **b)** Mas não basta a existência de uma investigação preliminar, é preciso que, de algum modo, o procedimento investigatório seja posto à apreciação judicial, pois somente dessa forma poder-se-á auferir a competência do magistrado para a determinação antecipada da prova; **c)** Tratando-se de nítida medida cautelar, a produção antecipada de provas submete-se aos pressupostos probatórios e cautelares insitos à espécie: o *funus comissi delicti* e o *periculum libertatis*; **d)** Por fim, deve-se ter em mente que tal possibilidade está limitada, por lei, aos critérios de adequação e proporcionalidade. A propósito, a legalidade desta iniciativa probatória, de ofício, antes mesmo de iniciada a ação penal, já foi decidida pelo STF em decisão confirmada pelo STF (respectivamente, REsp 582.881/PR, DJ 02.02.2004 e HC 84.051/PR, DJ 02.03.2007).

Portanto, uma correta concepção do sistema processual penal exige uma perspectiva ampla e integradora: da Constituição escrita e da Constituição viva, real, para se usar a expressão consagrada por Konrad Hesse; que leve em conta tanto o ordenamento jurídico como a própria realidade social, enquanto experiência vivida e haurida da comunidade, visando não só evitar o grave inconveniente de um normativismo extremo e desconectado da nossa longa tradição forense e dos anseios da sociedade como um todo, bem como, de outra banda, servindo de necessário anteparo contra aqueles que exprimem ceticismo, senão negação, à efetividade da nossa Constituição, o que sempre importa em seu desprestígio, com graves danos para a proteção dos direitos humanos.

Somente essa compreensão política e jurídica, que leva em consideração a Constituição e a ambiência social em que estamos inseridos, poderá compor de forma mais harmoniosa as expectativas que estão em jogo quando da concreta aplicação da lei penal: a preservação dos princípios e regras que garantem os direitos fundamentais do indivíduo acusado; a situação da vítima, que, proibida pelo Estado de fazer justiça com as próprias mãos, tem a expectativa de ver uma efetiva resposta estatal à agressão sofrida; bem como a própria credibilidade na efetividade do Direito Penal, diante do anseio de todos por uma sociedade mais justa e segura.