

**O ATIVISMO JUDICIAL PROBATÓRIO NO  
PROCESSO PENAL E SUA APLICABILIDADE  
AO SISTEMA DE PERSECUÇÃO ACUSATÓRIO :  
ASPECTOS RELATIVOS À LEI 11.690/2008 E AOS  
PROJETOS DE LEI 8.045/2010 E 7.987/2010**

*Maria Veronica Amorim de Brito*

Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal  
pela Escola de Magistratura de Pernambuco.  
Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.  
Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

**RESUMO:** No âmbito do Direito Processual Penal, contextualizado dentro de um sistema de persecução Acusatório, ressurgiu uma antiga discussão acerca da possibilidade de intervenção direta do juiz nas fases de instrução probatória (ativismo judicial probatório). Com o advento da Lei 11.690/2008, que promoveu uma alteração no artigo 156, caput e de seus incisos, este debate se tornou mais contextualizado, tendo em vista que houve abertura legislativa para a determinação de ofício da produção de provas, com fins da busca pela verdade real em contrapartida à verdade processual (com o objetivo de formação da motivação fundamentada). O Projeto de Lei nº 8.045/2010 trouxe a proposta do Juizado de Garantias, como também o Projeto de Lei nº 7.987/2010, que, embora não trabalhe sobre o contexto do Juizado de Garantias, procura impedir que a mistura dos papéis de instrutor e julgador interfira na imparcialidade dos julgamentos.

**SUMÁRIO:** Introdução: o poder de instrução do Juiz no Processo Penal e os conflitos com o sistema acusatório. 1. Dos sistemas de persecução penal, suas características e compatibilidade à legislação brasileira. 1.1 O sistema inquisitório e sua aplicação ao inquérito penal brasileiro. 1.2 O sistema acusatório, sua aplicabilidade à ação penal e o sistema misto, de origem napoleônica. 2. A atuação jurisdicional na busca pela melhor aproximação dos fatos: o juspuniendi estatal e o processo penal como instrumentos

do poder-dever punitivo. 2.1. A formação do convencimento do julgador como elemento baseado nos diversos tipos de prova: o direito à prova. 2.2. A verdade real (ou material) no Direito Processual Penal em confronto com a verdade processual. 3. A argumentação favorável à possibilidade de concessão de maiores poderes de instrução ao juiz, fundamentada na eficácia da função jurisdicional e na garantia de equilíbrio entre as partes. 3.1. O judiciário como elemento equalizador de forças no litígio penal, priorizando o devido processo legal e a justa tutela, justificando sua atuação instrutória. 3.2. A possibilidade de compatibilização entre o sistema acusatório e o poder de instrução judicial. 4. Obstáculos evidenciados para o ativismo probatório com base no critério de imparcialidade judicial. 4.1. A definição de papéis dos sujeitos processuais sob a garantia democrática do Estado de Direito Constitucional. 4.2. A confusão gerada entre as atividades de julgador e acusador e a formação da motivação fundamentada diante dos elementos subjetivos e objetivos, afetando a imparcialidade judicial. Considerações finais: o equilíbrio entre a prestação da tutela eficiente e a ampliação regulada do poder de instrução judicial do processo. Referências.

**Palavras-chave:** Sistema de persecução Acusatório; ativismo judicial probatório; imparcialidade; verdade real; formação da motivação fundamentada

## **INTRODUÇÃO: O PODER DE INSTRUÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL E OS CONFLITOS COM O SISTEMA ACUSATÓRIO**

Objetiva-se, com esta pesquisa, analisar, no contexto do sistema adotado pela legislação brasileira, a flexibilização das características do sistema acusatório, principalmente com o advento da Lei 11.690, de 10 de junho de 2008, que alterou o artigo 156, *caput* e seus incisos, do Diploma Processual Penal Brasileiro, possibilitando ao juiz, de ofício, determinar a produção de provas mesmo antes de iniciada a ação penal, ou seja, ainda na fase de inquérito policial, quando entendidas como urgentes e relevantes e, no curso da instrução, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes, introduzindo o chamado “ativismo judicial probatório”.

Com o intuito de proporcionar maiores garantias às partes envolvidas, evitando a fusão dos papéis de instrutor do processo e julgador, o Projeto de Lei nº 8.045/2010 procura estabelecer a figura do Juiz das Garantias, responsável “pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais”, explicitado no artigo 14 do referido Projeto. Com proposta semelhante, porém evitando a criação de um novo órgão (o Juizado das Garantias), o Projeto de Lei nº 7.987/2010, em

seu artigo 15, determina que o juiz que, na fase de investigação, praticar determinados atos especificados (incisos I a XIII) ficará impedido de funcionar no processo.

Em que pese o nosso ordenamento jurídico esteja estabelecido sobre os alicerces de um Estado Democrático de Direito, surgem e se ampliam discussões temáticas importantes no âmbito processual penal, com maior evidência a partir da mudança das relações sociais que surgiram com a atuação do fácil acesso à informação e tecnologia, influenciando nas transformações das características de delitos penais, tornando-os complexos, desafiando os métodos simplistas de persecução penal.

A difícil tarefa dos legisladores deste ramo do Direito é buscar alternativas procedimentais, adaptando os sistemas e conceitos tradicionais para que acompanhem as mudanças subjetivas e objetivas, no âmbito da criminalidade e da insegurança geradas, evitando que sejam expostas ou mesmo minimizadas as garantias democráticas conquistadas e reforçadas, no Brasil, a partir da Constituição de 1988.

Uma das discussões extraídas deste escopo é o poder de instrução processual do juiz, que também é matéria debatida no âmbito civil e, ao que parece, a tendência atual (nesse último ramo) é de se ampliar, gradativamente, a referida atuação judicial, flexibilizando o princípio do dispositivo, numa tentativa de maior publicização do direito privado, uma vez que permite uma intervenção direta do juiz na fase instrutória do processo de conhecimento.

Em relação ao direito processual penal, os questionamentos se tornam mais difíceis, pois o nosso sistema legal, na fase da ação, é acusatório, adotando um papel claro para cada sujeito, sejam as partes envolvidas, o Ministério Público e o órgão julgador (que preside a relação e dirige a manutenção das garantias), não se misturando as atividades de acusação, defesa e julgamento, com ênfase aos princípios da ampla defesa e do contraditório constitucionais. O modelo que se pretende, no sistema acusatório, procura limitar a invasão de competências de cada um desses agentes, bem como preservar o critério da imparcialidade judicial.

Justifica-se a abordagem temática do trabalho pela sua relevância, tendo em vista que os debates têm-se intensificado nos meios doutrinários e jurisprudenciais a partir da reforma de 2008, em que se questiona, primordialmente, a afetação da imparcialidade judicial, de modo que

haveria um envolvimento pessoal do juiz da causa, o que poderia impactar na prestação jurisdicional.

Um ponto relevante, nessa seara, é a discussão, no contexto penal, sobre o fim da ação: a busca pela chamada verdade real ou pela verdade formal e ainda se esta verdade buscada se estabeleceria dentro de critérios absolutos ou relativos.

A discussão sobre o tema apresenta importância para a condução dos processos e provimentos judiciais, principalmente dentro do judiciário brasileiro, a fim de evitar possíveis nulidades processuais futuras bem como estabelecer os limites que preservem as garantias constitucionais conquistadas.

A problematização é enfatizada quando o juiz, investido da capacidade de determinar a produção de provas (de ofício) durante o trâmite persecutório (seja na fase investigativa ou na fase da ação penal propriamente dita) deve manter a imparcialidade para prover uma tutela adequada e justa em sua sentença, tendo em vista a adoção do sistema de persecução acusatório pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Há uma ampla divergência doutrinária sobre a possibilidade de se conceder maiores poderes instrutórios ao juiz, com base na necessidade de se promover um equilíbrio entre as partes e de se buscar o máximo possível a verdade dos fatos; por outro lado, o princípio da separação das atividades de juiz e de acusador, característica intrínseca de nossa legislação, poderá ter seus limites comprometidos, entre os papéis do Ministério Público e do Juiz. Discute-se, em um terceiro plano, a possível convivência entre o ativismo judicial probatório e as bases estabelecidas pelo sistema acusatório.

O presente trabalho se inicia dentro de uma abordagem conceitual dos sistemas persecutórios, procurando dissertar acerca das características e aplicação dos sistemas inquisitivo e acusatório bem como da proposição do sistema misto, de origem francesa.

O capítulo seguinte procura dar ênfase ao poder-dever estatal, na busca pela melhor aproximação dos fatos, orientando o julgador na formação de seu convencimento, seja pela verdade factual (que, ao longo do tempo, tem suas bases de absolutismo e relativismo questionadas), procurando prover àquele que busca a justiça a prestação da tutela mais equilibrada possível, seja ela real, como defendem alguns, ou processual, como alegam outros.

No terceiro momento, são apresentadas as teorias em prol da possibilidade de concessão de poderes instrutórios ao juiz como opção para se manter, principalmente, o equilíbrio processual entre as partes.

Em seguida, são elencadas as opiniões que discordam da concessão de uma maior extensividade à intervenção judicial tanto na fase investigatória quanto na instrutória, fundamentadas na tese de manutenção da imparcialidade.

Por fim, procedem-se conclusões com base nas assertivas tratadas anteriormente.

No desenvolvimento do presente estudo, utilizou-se o método de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, incluindo-se artigos jurídicos específicos e legislação para definir a existência do problema.

## **1 DOS SISTEMAS DE PERSECUÇÃO PENAL, SUAS CARACTERÍSTICAS E COMPATIBILIDADE À LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

### **1.1 O SISTEMA INQUISITÓRIO E SUA APLICAÇÃO AO INQUÉRITO PENAL BRASILEIRO**

Fortemente marcado pelo procedimento escrito, secreto, o sistema inquisitório estabelece sua mais expressa característica na ausência do contraditório entre as partes. A figura do julgador exerce um papel fundamental dentro de todo o procedimento, com amplos poderes para agir, inclusive de ofício, concentrando as funções de acusação, defesa e julgamento.

Em sua procura pela verdade real, pela absoluta materialidade dos fatos, admite vários tipos de provas, inclusive, em suas raízes mais antigas, a modalidade da tortura, utilizada amplamente nos tribunais católicos durante a perseguição aos hereges e infiéis. Nesta relação hierárquica entre o julgador e as partes processuais, de verticalização, permite-se, com frequência, o encarceramento preventivo do acusado, sob o fundamento da facilitação da investigação, denotando a presença do princípio da culpabilidade mesmo antes do julgamento definitivo.

Cabendo ao juiz a colheita das provas no processo com base no princípio da verdade real, de forma a admitir o sistema das provas tarifadas, atribuem-se valores à confissão, ao testemunho, aos indícios e até mesmo

ao mais remoto “ouviu-se dizer na comunidade”, de maneira que, com o somatório de alguns rumores, mesmo infundados, podia-se compor uma prova completa suficiente para condenar um acusado.

O direito de defesa se apresentou, sob este arcabouço sistêmico, de maneira exígua ou mesmo inexistente: em alguns momentos históricos, chegou-se a considerar que a defesa do réu seria um óbice à apuração da verdade absoluta. O sistema inquisitivo mantém tanto o réu como a vítima do processo em um papel secundário: ambos são considerados objetos e não como sujeitos dentro do procedimento.

No Brasil da atualidade, o inquérito policial mantém características inquisitoriais, pois é escrito, sigiloso, instaurado de ofício pela autoridade policial (realizada tão somente por integrantes dos quadros públicos), sempre que tiver conhecimento da prática de um delito, independentemente de provocação, não se aplicando, para boa parte da doutrina, o princípio do contraditório e da ampla defesa. Entrementes, o Código de Processo Penal Brasileiro, em seu artigo 185, aplicável à fase de persecução policial, exige, para o interrogatório do acusado, a presença do seu defensor, constituído ou nomeado, em respeito à Constituição.

Ada Pellegrini Grinover (2005, p.15), ressalta, em sua opinião, as consequências desse sistema aplicado à fase policial, na nossa legislação, destacando a importância das provas colhidas na fase investigativa em relação à ação penal:

(...) a) os elementos probatórios colhidos na fase investigatória, prévia ao processo, servem exclusivamente para a formação do convencimento do acusador, não podendo ingressar no processo e ser valorados como provas (salvo se se tratar de prova antecipada, submetida ao contraditório judicial, ou de prova cautelar, de urgência, sujeita a contraditório posterior); b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz (o que corresponde ao aforisma latino *nemo in iudicio tradetur sine accusatione*); c) todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural.

O princípio da discricionariedade norteia o inquérito policial, cabendo à polícia judiciária (representada pela sua autoridade), determinar as diligências necessárias para a sua consecução. Ainda em relação à sua característica inquisitorial, Norberto Avena assevera:

(...) salvo na hipótese do inquérito instaurado pela polícia federal visando à expulsão de estrangeiro, não são inerentes à sindicância policial as garantias do contraditório e da ampla defesa. Traduz-se assim, como um procedimento inquisitivo, voltado à obtenção de elementos que sirvam de suporte à acusação a ser formalizada por meio de denúncia ou queixa-crime. (...) (AVENA, 2009, p. 108).

A estrutura inquisitorial foi mantida, que se perfaz pela ação da Polícia Judiciária, agente público responsável pelo procedimento das investigações, embora o inquérito seja dispensável, nos termos o artigo 39, §5º e artigo 46, § 1º, ambos do Código de Processo Penal.

### **1.2. O SISTEMA ACUSATÓRIO, SUA APLICABILIDADE À AÇÃO PENAL E O SISTEMA MISTO, DE ORIGEM NAPOLEÔNICA**

Nos países de cultura anglo-saxônica, predomina o conhecido *adversarial system*, um sistema de litigância caracterizado pela quase exclusiva condução das partes durante o decorrer do procedimento e da instrução do processo.

A natureza do sistema acusatório mantém uma separação clara nas funções de acusador, defensor e julgador (*actum trium personarum*): a doutrina a classifica como um processo de partes, em que o juiz deverá atuar de forma neutra, sem interferir diretamente para a prova dos fatos. É claramente marcado pelos princípios da oralidade, publicidade e presunção da inocência do investigado (até o trânsito em julgado da sentença), o que torna discutível, dentro da doutrina e jurisprudência pátrias, as questões e os requisitos necessários à manutenção das prisões cautelares.

Outro aspecto intrínseco é a necessidade de imparcialidade do órgão julgador, criando a possível necessidade de que o juiz se mantenha

completamente neutro ao longo de todo procedimento, permeando a lisura do resultado final.

É importante, dentro do presente contexto, destacar a linha de pensamento da professora Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 16). Observa, em seu trabalho, que há uma certa confusão de idéias na doutrina em relação ao sistema acusatório quando se trata de delimitar os poderes instrutórios do juiz, de forma que o sistema acusatório pode se caracterizar tanto como *adversarial* (em que a atividade probatória é de competência das partes de forma exclusiva, cabendo ao juiz preservar uma posição passiva e de forma que sairá vitoriosa a parte que melhor se apresentar diante do litígio e não necessariamente a verdade factual) ou *inquisitorial* (na qual o juiz passa a ter um maior desempenho, no sentido de que lhe compete a condução do processo e a determinação da instrução de ofício, mas os papéis de acusador, defensor e julgador continuam distintos).

O objetivo do órgão jurisdicional é o equilíbrio entre as partes, evitando a vitória daquela de melhores condições em detrimento à verdade buscada. Nesse sentido, o *inquisitorial system*, dentro do processo acusatório, não poderia se confundir com o processo inquisitório utilizado largamente no sistema eclesiástico e nos regimes autoritários.

**O termo processo inquisitório, em oposição 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*, expressão que se poderia traduzir por processo de desenvolvimento oficial. Ou seja, firme restando o princípio da demanda, pelo qual incumbe à parte a propositura da ação, o processo se desenvolve por impulso oficial. (GRINOVER, 2005, p. 16, grifo nosso).**

Em sentido mais exato, a doutrinadora diferencia os sistemas penais processuais (acusatório ou inquisitório) dos sistemas de impulsão e desenvolvimento do processo (*adversarial* ou *inquisitorial*, termos na língua inglesa), esses últimos determinariam, tanto no processo penal como no cível, a maneira pela qual é instaurada a demanda e como prosseguirão os

demais atos processuais, i.e. se por iniciativa exclusivamente das partes ou com atuação de ofício.

O sistema misto é oriundo do Código Napoleônico e foi resultado das lutas pela liberdade individual durante a Revolução Francesa, tendo sido marcado por um forte conteúdo liberal. É composto por duas fases: a inquisitória (dirigida a um magistrado de instrução para apuração de fatos, sem direito ao contraditório) e a acusatória (de caráter pública, caracterizada pelo princípio da oralidade e de julgamento por um júri).

(...) A acusação passou a ser exercida pelo Ministério Público (cuja origem remonta aos fins do século XIV – *lès procureurs du roi*). Tal sistema construiu dogmas que se propagaram por muitos países, especialmente no que tange à separação de funções que caracterizam a instrução, a acusação e o julgamento. Constitui a base dos ordenamentos afetos à tradição continental. (SILVA, 2005, p. 51).

As principais características do modelo de ideal revolucionário, segundo Marcos Alexandre Coelho Zilli (2003, p. 93), se refletem na “persecução penal pública, na afirmação da averiguação objetiva da verdade histórica, na afirmação dos direitos individuais referentes à dignidade do homem, equilíbrio entre a necessidade de perseguir os autores de delitos e os direitos inalienáveis do homem.”

Há, na doutrina brasileira, quem se contraponha a concordar que o sistema adotado pelo ordenamento pátrio é o sistema acusatório puro. Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 100-101) representa um destes doutrinadores. Para este autor, o sistema adotado é o misto, tendo em vista que, embora a Constituição reflita o sistema acusatório, o atual código de Processo Penal ainda abarca dispositivos que foram elaborados sob a ótica legislativa de 1941, de prática inquisitiva. Esta, entretanto, não é a posição da doutrina majoritária, que se baseia na necessidade de interpretação dos dispositivos infraconstitucionais à luz da Magna Carta, considerando o sistema brasileiro, no que atine à fase da ação penal propriamente dita, como sistema acusatório.

## **2. A ATUAÇÃO JURISDICIONAL NA BUSCA PELA MELHOR APROXIMAÇÃO DOS FATOS: O JUSPUNIENDI ESTATAL E O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTOS DO PODER-DEVER PUNITIVO**

### **2.1. A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR COMO ELEMENTO BASEADO NOS DIVERSOS TIPOS DE PROVA: O DIREITO À PROVA**

Toda busca pelo conhecimento acerca de determinado objeto coloca seu observador com o problema da verdade. Assim acontece com as ciências naturais, assim o é também com as ciências humanas e sociais, nas quais a doutrina permite que se insira o Direito.

A filosofia costuma preocupar-se em distinguir dois conceitos importantes: verdade e realidade que são frequentemente confundidos, influenciando nas questões que se levantam:

Na linguagem cotidiana geralmente os dois conceitos são confundidos. Se nos referimos a um colar, a um quadro, a um dente, só podemos afirmar que **são reais e não verdadeiros ou falsos**. Se dissermos que **o colar ou o dente são falsos, devemos reconhecer que o “falso” colar é uma verdadeira bijuteria e o dente um verdadeiro dente postiço**. (ARANHA, MARTINS, 2005, p. 24, grifo nosso)<sup>1</sup>.

Não é simples, para qualquer linha do saber, o critério para se definir a verdade, pois tanto a razão pode tentar obtê-la, como também pode ser intuída pelo sentimento, pelo juízo de valor ou mesmo a partir do produto das experiências anteriores de cada indivíduo. Dessa forma, não só o puro racionalismo, mas elementos pessoais subjetivos, como a intuição ou mesmo a vivência passa a influir no contexto da verdade buscada: este é o critério mais aceito na atualidade acerca da verdade na teoria do conhecimento.

<sup>1</sup> As autoras, na obra citada, tentam fazer uma distinção entre esses dois conceitos, a verdade ou a falsidade não são caracteres da coisa, do objeto em si, mas juízo que o sujeito faz a respeito do mesmo. Haveria ou não verdade de acordo como a coisa aparece ao sujeito.

No processo judicial, seja cível ou penal, o meio pelo qual se busca colacionar elementos suficientes para formar a convicção do julgador acerca da verdade é por meio da prova. A constituição desses elementos e sua colação ao processo têm seu respaldo nos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, e é muito amplo: abrange o direito de requerer sua produção, de participar da sua realização, de se manifestar sobre os resultados. O direito à prova é assim interpretado por boa parte da doutrina, como Fred Didier (2009, p. 19), que defende o direito à formação das provas pelas partes como um direito previsto também em tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

No escopo do processo penal, objetiva-se formar o convencimento do juiz acerca dos fatos, na busca da veracidade das informações que são prestadas em juízo. Portanto:

Provar, destarte, significa estabelecer um estado de convicção e certeza. Consiste, pois, em elucidar, esclarecer, demonstrar a veracidade de um fato, episódio ou relação jurídica, tornando-os sobranceiros e idenes a qualquer dúvida fazendo-os certos e determinados quanto à sua existência. (PEDROSO, 2005, p. 21).

Necessário que se ressalte que a liberdade probatória não é princípio absoluto. Embora sejam admitidos meios de prova além daqueles expressos na legislação penal, acata a doutrina dominante que outros meios não explícitos possam ser admitidos, as quais Mirabete classifica como “provas inominadas” (MIRABETE, 2004, p. 278), ressalvando-se, porém, as provas obtidas por meio ilícito (que contrariam as normas de Direito Penal) ou as ilegítimas (aquelas que vão de encontro ao Direito processual Penal).

É oportuno destacar, diante de tal consideração sobre a relativização do princípio da liberdade das provas, a seguinte observação: se a juntada de provas não é inteiramente livre às partes que litigam, há um relativo comprometimento da verdade real, o que corrobora a afirmação de que a formação da verdade depende de todo um contexto interpretativo e possível entre os sujeitos envolvidos.

Vários são os sistemas que se estabeleceram ao longo do tempo para apreciação da prova pelo juiz: sistema étnico, um sistema empírico, ao critério do juiz e das suas impressões; sistema das ordálias, cujo critério de inocência ou culpa tinha como base a justiça divina e a intervenção de

Deus no julgamento; sistema tarifado, em que cada tipo de prova tinha sua valoração, sendo considerada a confissão a “rainha das provas”, a avaliação era feita por critérios objetivos; sistema do livre convencimento, em que o juiz tem liberdade para apreciação das provas, embora o julgador tenha necessidade de fundamentar seu entendimento; e o sistema da íntima convicção, cuja decisão é baseada na inteira liberdade do agente julgador, independente de fundamentação.

O Ordenamento Jurídico Brasileiro adota, para o juiz, o sistema do livre convencimento motivado (artigo 93, IX da Carta Constitucional e artigo 155, *caput* do Código de Processo Penal), devendo aquele convencimento se basear nas provas trazidas aos autos e jamais aos elementos estranhos ao processo; ressalvas ao Tribunal do Júri, no qual o réu é julgado por seus pares no sistema da íntima convicção do Conselho de Sentença, o qual não se vincula obrigatoriamente às provas apresentadas nos autos.

Dessa forma, a doutrina ressalta que, para a acusação, cabe instruir a ação com os “fatos constitutivos da pretensão punitiva (tipicidade, autoria, materialidade, dolo ou culpa, etc)” e para a defesa reserva-se o papel de especificar os “fatos extintivos, impeditivos ou modificativos da pretensão punitiva (inexistência material do fato, atipicidade, excludentes da ilicitude, causas da diminuição da pena, privilégio, desclassificação, causas extintivas de punibilidade, etc)” (AVENA, 2009, p. 384).

## **2.2. A VERDADE REAL (OU MATERIAL) NO DIREITO PROCESSUAL PENAL EM CONFRONTO COM A VERDADE PROCESSUAL**

Em relação à verdade real, busca o julgador se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos ocorridos, também denominado princípio da verdade material ou substancial. Seria, a *priori*, a verdade real considerada como o fim do processo, permitindo ao juiz, inclusive, basear-se em elementos extraprocessuais. Há, entretanto, na Legislação pátria, sob o arcabouço principiológico constitucional, delimitações à utilização de determinados tipos de prova ou à maneira de se obtê-las, que funcionam como um freio à sua produção: princípios como o da dignidade da pessoa humana, o *in dubio pro reo*, presunção de inocência, proibição de provas ilícitas, todos esses constituem exemplos dessas barreiras constitucionais.

A própria questão da limitação da liberdade probatória amplifica o questionamento que a doutrina e jurisprudência discute: a persecução criminal pode chegar a certeza dos fatos? Hoje, se admite, nos meios jurídicos, uma verdade não “real”, mas “possível”, permitindo que o juiz obtenha as ferramentas necessárias para a fundamentação de seu convencimento. Não se pode esperar que o processo penal chegue à verdade real a qualquer preço, configurando um retorno ao processo inquisitivo da Idade Média.

Em que pese considerações modernas da doutrina, a jurisprudência ainda assim se posiciona :

A revisão criminal retrata o compromisso do nosso Direito Processual Penal com a **verdade material** das decisões judiciais e permite ao Poder Judiciário reparar erros ou insuficiência cognitiva de seus julgados (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008, grifo nosso).

E ainda :

PROCESSUAL PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DO JUIZ POR TER REINTERROGADO OS ACUSADOS.

I. - O reinterrogatório do réu, no processo penal militar, não é ofensivo ao devido processo legal, mas perfeitamente admissível, na forma do disposto no art. 196 do C.P.P., aplicável, no processo penal militar, “ex vi” do disposto na letra “a” do art. 3., C.P.P.M..

II. - O ato processual do interrogatório não esta sujeito a prazo determinado. O fato de o reinterrogatório ter sido longo, mais longo do que o normal, não e indicativo da suspeição do Juiz, que, **no caso, buscava apurar a verdade real, objetivo final do processo.**

III. - Recurso improvido. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1993, grifo nosso).

Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INTIMAÇÃO DO REPRESENTANTE DO ACUSADO. ART. 121 CPC. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ART. 212 CPP. NOVA REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.690/2008. PRODUÇÃO DE PROVA. DESRESPEITO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. ÀS PARTES LITIGANTES EM PROCESSO JUDICIAL, IMPÕE-SE A OBRIGAÇÃO DE COLABORAR COM A JUSTIÇA **PARA A DESCOBERTA DA VERDADE REAL**, BEM COMO PARA A CELERIDADE PROCESSUAL, A FIM DE QUE O JUDICIÁRIO POSSA DAR A RESPOSTA REQUERIDA PELA SOCIEDADE, GARANTINDO-SE UMA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL ÁGIL E MAIS JUSTA. (...) (TRF 5ª REGIÃO, 2009, grifo nosso)

Por outro lado, os que defendem a teoria da verdade formal (oriunda do processo civil, comum ao sistema *adversarial system*) cingem-se no contexto da crença de que o que não está nos autos não está no mundo, ou seja, procura exercer sobre o juiz a limitação sobre aquilo que ele estabelecerá como fundamento para basear sua decisão: define o que pode ser utilizável, exigindo que a fonte probatória seja aquela contida unicamente nos autos. O “discurso da verdade real” satisfaria o “desejo de segurança jurídica da sociedade”, dissimulando, portanto, práticas judiciais arbitrárias. (MATTOS, 2009, p. 10)

Uma terceira corrente pondera se há, seguramente, uma relação de oposição entre a verdade formal e a verdade real. Eduardo Cambi (2001, p. 72) põe em cheque a relação de oposição criada entre a verdade real e formal, argumentando que não se podem estabelecer critérios em que se afirme a total discrepância entre os dois conceitos:

A distinção entre verdade material e verdade processual não tem razão de ser, seja porque não se pode afirmar que a verdade do processo seja ontologicamente diversa da verdade histórica ou do mundo real, seja porque não se pode sustentar que a verdade material (ou pertencente ao mundo externo) está excluída do âmbito da fenomenologia processual. A verdade processual e a verdade de fora do processo são sempre uma; o que difere são as técnicas e os métodos para o seu conhecimento [...].

Dessa opinião comunga Euler Paulo de Moura Jansen (2008, p.1), quando afirma que “os princípios da verdade formal e real atuam em campos diferentes, não sendo um oposto ao outro, divergindo também em seus momentos de aplicação”, pois enquanto a “verdade real é utilizada nos momentos instrutórios do processo, a verdade formal é utilizada nos momentos decisórios”.

Fred Didier Jr, Paula Sarno e Rafael Oliveira (2009, p. 69), compreendem a verdade como algo inatingível, utópico, sendo, portanto, inimaginável que se possa, com o processo, atingir a absoluta realidade dos acontecimentos, reforçando a idéia de que não se pode confundir verdade e realidade, pois ambas estão em campos distintos. A realidade estaria no campo do ser e a verdade ou falsidade no campo da valoração.

Baseada no postulado anglo-saxão, a doutrina vem afirmando que não é a verdade absoluta que deve ser alcançada no processo penal, mas um “desiderato em que a equação propugnada seja por uma verdade livre ou imune da manipulação ou influência por parte da acusação ou defesa” (SOUZA, 2008, p. 445).

Não se pode, dentro dessa amplitude, trabalhar de forma categórica com os conceitos de verdade real ou formal. A tendência no campo processual, que tem se firmado tanto na legislação penal como na jurisprudência, é de admitir uma relação harmônica na busca da verdade “possível”, dentro do contexto probatório trazido aos autos, para que se procure, dentro desse universo instrutório, tanto material/objetivo como subjetivo/intuitivo a melhor apreciação valorativa dos fatos pretéritos, com limites aos princípios e garantias constitucionais, de forma a buscar o resultado mais satisfatório possível.

### **3. A ARGUMENTAÇÃO FAVORÁVEL À POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE MAIORES PODERES DE INSTRUÇÃO AO JUIZ, FUNDAMENTADA NA EFICÁCIA DA FUNÇÃO JURISDICIONAL E NA GARANTIA DE EQUILÍBRIO ENTRE AS PARTES**

#### **3.1. O JUDICIÁRIO COMO ELEMENTO EQUALIZADOR DE FORÇAS NO LITÍGIO PENAL, PRIORIZANDO O DEVIDO PROCESSO LEGAL E A JUSTA TUTELA, JUSTIFICANDO A SUA ATUAÇÃO INSTRUTÓRIA**

A base doutrinária que apresenta simpatia à instrução processual de ofício pelo juiz evidencia que há uma grande confusão tanto na jurisprudência como na doutrina quanto à atividade judicial probatória: o julgador não pode ter iniciativa em relação ao objeto do processo, alterando sua delimitação sobre os fatos da peça inicial, pois pertencem, sem dúvida, à acusação, sob o risco de se tornar um juiz inquisidor, ferindo a imparcialidade. O que se espera, para a prestação jurisdicional adequada pelo Estado é que, dentro de certos limites, possa atuar de ofício no processo em si, garantindo que esse se transforme num instrumento que atue nos interesses do conflito.

... Se as partes não conseguem levar as provas dos fatos para o processo e se estão nas mãos do juiz, ao seu alcance fazê-lo, não se vê as razões, por mais contundentes e escolásticas que sejam, de não o fazer ou capazes de impedir o magistrado de conduzi-las no processo... Diga-se não só a suplementação, mas a própria iniciativa, basicamente, ao alcance do juiz, relativo a essas provas.

Ao término de numerosos processos pode-se verificar a profunda diferença entre a realidade que nele figura com a prova dos fatos. O juiz poderá diminuir essa distância se lhe derem ferramentas necessárias e a obrigatoriedade de agir de ofício toda vez que puder fazê-lo. (CHIMENTI, 1995, p. 40-41).

Nos dias atuais, há uma tendência crescente em se considerar o processo, acima de tudo, como o direito à prestação jurisdicional sobre o direito material, passando a adquirir, mesmo na óptica do processo civil, uma feição pública, que, de acordo com Guillermo Frederico Ramos (2005, p. 67), considera a lide não apenas de mero interesse entre as partes, mas de toda coletividade, sendo essa última “financiadora do aparelho judiciário, através dos tributos pagos e do próprio Estado, representado pelo Poder Judiciário, enquanto agente eleito pelos cidadãos como responsável pela composição das lides”.

O ativismo judicial, de uma forma geral, representaria um caminho para se chegar a um modelo ideal de magistratura, independente e transparente, em benefício da população, que adquiriria a certeza de que a justiça estaria sendo feita. (ROCHA, 2002, p.13). Há, atualmente, um clima favorável ao ativismo judicial, pois são evidentes as expectativas dos cidadãos em relação ao Estado e principalmente ao Poder Judiciário, exigindo uma atuação no sentido da “efetivação das promessas constitucionais”. (DANTAS, 2008, p.143).

Nesse diapasão, a prova pertenceria tanto às partes (diante da defesa de seus interesses) como ao juiz (para alcançar a finalidade do processo), incluindo-se, neste caso, não somente a determinação da prova necessária para formar seu convencimento, como, inclusive, a interferência na sua produção, aproximando o processo civil do processo penal. Dessa forma, é de interesse da coletividade que a busca pela verdade real norteie a posição do magistrado, que não deve confundir a imparcialidade com passividade ou mesmo neutralidade.

Ainda que alguma das partes não tenha participado ativamente na instrução processual, requerendo a produção de certa prova, ou requisitando certa diligência, poderá o juiz fazê-lo de ofício. (RAMOS, 2005, p. 70).

Espera-se que a atividade jurisdicional garanta um processo justo e equânime, sem mácula ao princípio acusatório ou à imparcialidade judicial (SOUZA, 2008, p. 438). Esse exercício jurisdicional deve tutelar o direito à liberdade em face do *jus puniendi* estatal, zelando, da mesma forma, pela igualdade entre as partes envolvidas. O exercício probatório, ao contrário

do que asseguram aqueles que se opõe ao ativismo instrutório judicial, tanto pode auxiliar a acusação, como a defesa.

### **3.2. A POSSIBILIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O SISTEMA ACUSATÓRIO E O PODER DE INSTRUÇÃO JUDICIAL**

Boa parte da doutrina contemporânea defende a possibilidade do juiz interferir, de ofício, na instrução processual, mesmo antes de instaurada a ação penal. Forte corrente assegura que não há contraponto entre o sistema acusatório, adotado em nosso ordenamento jurídico e a função instrutória judicial.

Este ramo doutrinário combate o remodelamento do processo acusatório, oriundo do Código Napoleônico e de cunho liberal, que determina para o juiz um papel de neutralidade, o que faria desaparecer a figura do órgão jurisdicional como sujeito ativo na instrução do processo; essa postura absoluta afirmaria que não há mais discussão acerca da participação desse órgão na questão da produção da prova.

César de Souza (2008, p. 434) afirma que o sistema acusatório, *per si* não é fundamento suficiente para justificar a inércia probatória do órgão judicial, nem mesmo o princípio da imparcialidade, caso contrário, a maioria dos atos instrutórios praticados pelo Ministério Público, no processo penal, seriam invalidados pois não se pode conceber um órgão do *parquet*, hoje, que não seja imparcial, embora essa imparcialidade seja subjetiva, que não pode ser perdida, mesmo dentro da atividade jurídica processual penal. Seria, então, necessário utilizar-se da natureza dos princípios que regem o processo civil ou penal para postular tratamento diferenciado na fase probatória.

Não existiria, portanto, um modelo *adversarial* puro, nem mesmo o norte-americano ou qualquer outro derivado do modelo anglo-saxão, sendo necessária a libertação do passado refletido na República Romana (SOUZA, 2008, p. 432-433).

O juiz poderia, sim, realizar atividades probatórias, mas com limites. Esse limite estaria vinculado ao objeto do processo, que não poderia ser, por ele, alterado. Não poderia o órgão jurisdicional introduzir, na relação jurídico-processual outros fatos que não aqueles delimitados pela acusação.

Avena (2009, p. 391), de sua parte, combate a tese de que a instrução levada pelo juiz representaria uma contradição à imparcialidade judicial, levantando a seguinte questão: se o juiz é imparcial, “porque seriam inconstitucionais as medidas destinadas a suprir dúvidas sobre a tese acusatória e não o seriam as providências voltadas a sanar dúvidas sobre a tese de defesa?” A idéia de imparcialidade deve atingir as duas partes litigantes: acusação ou defesa; portanto, instruir o processo favorecendo a defesa não pareceria, também, no primeiro momento, constitucional.

A proposta do juizado de instrução, que permeou as discussões no Brasil, principalmente em 2003, questionou o estabelecimento da prática de atos de instrução prévia pelo juiz, em casos de urgência e mesmo a realização pessoal de diligências no mais “rigoroso segredo de justiça” (TUCCI, 2003, p. 33), o que denota a característica de uma fase inquisitória, cujo objetivo é buscar, “até a exaustão, a verdade material ou a atingível”, vedando ao juiz que realizou pessoalmente a colheita de provas o envolvimento direto com o processo e julgamento a causa penal.

Outra corrente se utiliza da mesma linha de racionalização e propõe um argumento favorável à função probatória judicial, no sentido de promover o equilíbrio entre as partes: o juiz deve dirigir o processo procurando estabilizar a relação; deparando-se com um desequilíbrio, sua função é zelar pela paridade de armas. Como não se tem certeza sobre o resultado do meio de prova, qualquer das partes poderá ser beneficiada, inclusive o réu.

#### **4. OS OBSTÁCULOS EVIDENCIADOS PARA O ATIVISMO PROBATÓRIO COM BASE NO CRITÉRIO DA IMPARCIALIDADE JUDICIAL**

##### **4.1. A DEFINIÇÃO DE PAPÉIS DOS SUJEITOS PROCESSUAIS SOB A GARANTIA DEMOCRÁTICA DO ESTADO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**

O Estado surgiu, para muitos estudiosos, com função de efetivo controle social, caracterizando-se, na lide jurisdicional, como órgão capaz de substituir a vontade do indivíduo, tomar a decisão e obrigar todos a cumpri-la. Nesse sentido, os contratualistas afirmam que os cidadãos cederam partes de sua liberdade, submetendo-a nas mãos do Estado com um fim maior: a tolerância da vida em sociedade.

Estabelece-se uma revisão dentro da doutrina acerca da tripartição absoluta dos poderes estatais. O Estado, contemporaneamente, é considerado uno, havendo a criação de órgãos autônomos para desempenho de suas funções executiva, legislativa e jurisdicional. Em relação à função jurisdicional, assim a define Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 76):

(...) a função jurisdicional permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas que o Estado edita, nas situações concretas da vida social em que essas normas são descumpridas.

No processo penal, configura-se, da mesma forma que no processo cível, um conflito de interesses, embora a característica marcadamente publicista do Direito Penal exaspere o papel dos órgãos estatais na demanda.

Norberto Avena (2009, p. 63) classifica os sujeitos envolvidos no processo penal como principais (juiz, acusador – que pode ser o Ministério Público ou querelante, e acusado/defensor) e secundários (podem intervir no processo – assistente de acusação e terceiro interessado).<sup>2</sup>

Ao juiz, no processo penal, cabem os poderes de polícia (ou administrativos) e os chamados poderes jurisdicionais. No que tange ao aspecto dos poderes de polícia visam garantir a disciplina e o decoro, evitando a prática de atos perturbadores da sua regular tramitação”. (AVENA, 2009, p. 64).

Em relação aos poderes jurisdicionais, estariam inscritos os que se referem à condução regular do processo e de seus procedimentos, “colheita de provas, tomada de decisões, execução do comando sentencial” (AVENA, 2009, p. 64). Ainda se incluem neste rol os chamados poderes anômalos, casos em que o juiz requisita a instauração de inquérito policial (crimes de Ação Penal Pública de que toma conhecimento), recebe representação de ofendido, preside auto de prisão em flagrante.

Ao Ministério Público (representado pelos seus promotores e procuradores, nos crimes de ação penal pública) cabe a ação necessária para persecução penal. Esse órgão representa o Estado, que passa a ser, no

<sup>2</sup> Dentro da discussão deste trabalho, o foco se estabelece nos sujeitos essenciais, sem os quais a relação jurídica não será efetivamente instaurada.

contexto de tais crimes, o sujeito passivo. Importante ressaltar o duplo papel do Ministério Público na Ação Penal, como órgão acusador, mas, também, como fiscal da lei, de forma que, convencido da inocência do réu, poderá opinar pela sua absolvição, ao que o juiz não estará vinculado. (artigo 385 do Código de Processo Penal). Cabe a este órgão o *onus probandi* nos crimes de ação penal pública.

O acusado, ou réu, figura como polo passivo da relação jurídico-penal, a quem é imputado o cometimento do ilícito e que deve se defender, em juízo, das provas colacionadas pela acusação (seja Ministério Público ou querelante), em que pese que a Constituição Federal garanta o direito ao silêncio e a não auto-incriminação, como também ao direito de defesa, conforme artigo 5º, inciso LXIII, da Magna Carta. Assegura-se, da mesma forma, a garantia do contraditório, estabelecida no artigo 5º, inciso LV, que, juntamente com o papel do defensor, torna-se indispensável à administração da justiça.

Na Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, bem como no Código de Processo Penal brasileiro, artigo 155, *caput*, está previsto o sistema utilizado no nosso ordenamento jurídico para proferimento da decisão por parte de um juiz: o livre convencimento motivado.<sup>3</sup>

Em relação à instrução processual, a doutrina passa a concluir alguns requisitos básicos: a ausência de limitação quanto aos meios obtidos (desde que lícitas e legítimas), a ausência de hierarquia entre as provas, a necessidade de motivação judicial nas suas decisões, a necessidade de que as provas constem dos autos do processo judicial (as provas devem estar nos autos, o que limita a teoria da verdade real) e a necessidade de sua produção sob contraditório (o que limita a utilização das provas colhidas no inquérito, sem participação da outra parte).

Intui-se, diante do sistema acusatório adotado pela legislação brasileira na fase da Ação Penal, que os papéis atribuídos a cada sujeito processual estejam claramente delimitados, cabendo o *onus probante* às partes litigantes (acusação e defesa). O *onus* é um encargo atribuído às partes, não é uma obrigação. São encargos que, se não cumpridos, colocam o sujeito

<sup>3</sup> O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

em desvantagem na lide, de forma que provar não é um dever, mas um direito na persecução da tutela jurisdicional favorável.

A lei 11.690, de 10 de junho de 2008, deu nova redação ao antigo dispositivo, facultando ao juiz, de ofício: “I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida”. Tiago Neiva Santos (2007, p. 281) refere-se à proporcionalidade em sentido estrito, como a “expressão da carga valorativa presente na interpretação do magistrado ao optar pela prevalência de um princípio sobre os outros”; e no inciso “II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

Este último inciso manteve, em seu conteúdo básico, a previsão anterior, do artigo 156. Não é novidade, pois outros artigos, que podem ser exemplificados, como o 196 do mesmo Diploma, facultam ao juiz proceder a novo interrogatório do acusado, de ofício ou a requerimento das partes; assim como o artigo 209 do mesmo Diploma também se refere à possibilidade do juiz ouvir testemunhas não arroladas pelas partes litigantes.

Considerou-se que “se a prova dirige-se ao juiz, visando à formação de seu convencimento quanto aos fatos alegados pelas partes, não seria razoável exigir do magistrado uma posição absolutamente inerte na fase instrutória do processo criminal, vinculando-se apenas, às provas produzidas pelas partes”. (AVENA, 2009, p.390). Essa leitura doutrinária do artigo se coaduna com a posição que delega ao magistrado a possibilidade, ainda que regulada, de determinar de ofício, a instrução processual, mesmo limitada à minimização de dúvidas sobre as provas que munem os autos.

#### **4.2. A CONFUSÃO GERADA ENTRE AS ATIVIDADES DE ACUSADOR E JULGADORE A FORMAÇÃO DA MOTIVAÇÃO FUNDAMENTADA DIANTE DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS, AFETANDO A IMPARCIALIDADE JUDICIAL**

Há dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: o sentido objetivo, como instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato (documentos, testemunhas, perícia) e subjetivo,

que é a certeza (o estado psíquico) originada sobre o fato em virtude da produção do instrumento probatório; a convicção pelo julgador acerca do fato demonstrado (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 456).

A posição doutrinária discordante da possibilidade do juiz estabelecer, de ofício, a produção de provas detém, como argumento mais forte, o critério da imparcialidade judicial, que procura afastar o juiz da sentença, o máximo possível, do envolvimento com a produção de provas, acreditando que haveria uma contaminação de sua neutralidade, ancorados no princípio da identidade física do juiz, que foi inserida no processo penal pela reforma e que assegura ao julgador que acompanha a fase instrutória prolatar a decisão final.

Há um grupo de doutrinadores que defende o afastamento da atividade instrutória, não admitindo que, utilizando-se do argumento da busca pela verdade real “o juiz saia da sua posição de *supra partes* a fim de auxiliar, por exemplo, o Ministério Público a provar a imputação posta na peça acusatória”, no máximo, continua o autor (THEODORO JÚNIOR, 2005, p.456), “poderá o juiz que se determine diligências destinadas a provar a inocência do acusado, em respeito ao princípio *favor rei*.”

Nesse mesmo sentido, Álvaro Mayrink da Costa afirma (2006, p. 51): “Teríamos a figura do super juiz dentro do processo. O réu teria de enfrentar no processo não só o promotor, como também o juiz travestido de acusador público, na fase da instrução criminal”, o que concorda Maria Elizabeth Lopes (2007, p.224), quando afirma: “embora se deva aplaudir a orientação no sentido de que o juiz deva atuar dinamicamente, tal não significa conceder-lhe a titularidade exclusiva do processo”.

Outro ponto que se levanta é que, sendo a verdade real, hoje, considerada de caráter relativo, não envolve só as provas objetivas, mas o caráter subjetivo que se desenrola ao longo da instrução: as impressões do juiz diante do interrogatório do réu, suas experiências vividas, a intuição, todo esse cenário irá compor a motivação da decisão judicial, e, portanto, se houver participação do julgador diretamente na formação das provas, inerentemente às suas observações, poderá haver um reflexo direto na sua imparcialidade. Afinal, os papéis de cada sujeito que compõe a relação processual penal são bem determinados dentro do nosso sistema acusatório.

Marcelo Flores (2008, p. 53) criticando as alterações da Lei 11.690/2008, ressalta que, pela interpretação literal do inciso II, que altera o artigo 156 do Código de Processo Penal, o juiz determinará a produção de provas quando não estiver suficientemente convencido, o que, caberia, em verdade, solução *in dubio pro reo*. Haveria, portanto, um descumprimento a um princípio importante no direito processual penal.

O que se vê é a atividade judicial em favor da acusação, comprometendo a igualdade, o contraditório e a “estrutura dialética do processo”. E ainda afirma que “a maneira de se (tentar) garantir a imparcialidade do juiz é através da consagração do princípio acusatório” e que essa (posição de imparcialidade) “deve resignar-se com as conseqüências de uma atividade incompleta das partes”. (FLORES, 2008, p.55)

Para Marta Saad e Diogo Malan (2005, p.434), a figura do magistrado que se perfaz como instrutor do processo se afigura como inquisidor, o que afrontaria o sistema acusatório, restringindo a participação do acusado, que poderia se reduzir à condição de mero expectador e acarretando “cerceamento de defesa” e “violação à dimensão substancial do devido processo legal”.

Tentando impedir esse enquadramento de fusão de papéis (inquisidor e sentenciante), que afrontaria o sistema acusatório, surge a proposta da criação dos Juizados das Garantias. Sob a forte responsabilidade do resguardo Constitucional dos direitos individuais, o principal papel do juiz da instrução é a determinação das medidas urgentes, cautelares, como recebimento de comunicação imediata de prisão e auto de prisão em flagrante, decidir sobre a necessidade ou não dos pedidos de prisão provisória, quebra de sigilo fiscal, bancário e telefônico, produção antecipada de provas, interferir diretamente sobre o prolongamento dos prazos do inquérito, entre outras.

Na mesma linha de pensamento, a juíza federal Danielle Souza de Andrade e Silva (2005, p. 107) observa que há equívocos na história do Direito Processual (iniciados no sistema acusatório romano que atribuiu poderes inquisitórios ao juiz); tais erros teriam desembocado nos diversos sistemas contemporâneos, pois, em seu julgamento: “sempre que se destinam poderes ao juiz destoados daquela função por ele exercida, destrói-se a estrutura dialética do processo, aniquila-se o contraditório, sepulta-se de vez qualquer esperança de imparcialidade (enquanto *terzietà*

= alheamento)”.<sup>4</sup>

Tal posição mencionada reflete que, ao se concederem poderes instrutórios ao juiz, o fato de reunir material, ter contato com as fontes investigativas, adotar medidas cautelares, busca e apreensão, etc, já faria com que o juiz estabelecesse diversos “pré-julgamentos no curso da fase preliminar”, pois é difícil considerar que um indivíduo não se influencie pelo contato direto com a formação das provas que instruirão o processo, de forma que formará “pré-juízos sobre condutas e pessoas”.

#### **CONSIDERAÇÕES FINAIS: O EQUILÍBRIO ENTRE A PRESTAÇÃO DA TUTELA EFICIENTE E A AMPLIAÇÃO REGULADA DO PODER DE INSTRUÇÃO JUDICIAL DO PROCESSO**

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema de persecução acusatório, na fase da ação penal, em contrapartida com o momento anterior, de investigação policial com raízes no sistema inquisitório.

Há uma forte tendência, na doutrina atual, em admitir ao juiz um papel ativo no momento da instrução processual, sob a alegação do resguardo de equilíbrio entre as partes e que tal poder probatório de ofício poderia conviver tranquilamente com o sistema acusatório. Inseridos em uma crise de uma sociedade que muitos estudiosos definem como “sociedade de risco”, abrigados sob a bandeira da insegurança jurídica, espera-se que esse ativismo venha trazer as respostas adequadas que a sociedade espera, sobretudo, na busca da justiça.

Por outro lado, percebe-se a necessidade em se admitir que não há mais possibilidade de se esperar a existência de uma verdade real de forma pura, material, pois a realidade dependerá não somente das provas materiais com as quais se munam os autos, tanto na fase investigativa como durante processo propriamente dito, mas também da sensibilidade e subjetividade das testemunhas, da condução do interrogatório tanto do réu como do ofendido e do grau de envolvimento e vivência do juiz da instrução, que formará seu juízo valorativo.

<sup>4</sup> A autora, aludindo ao artigo 5º, II do Código de processo penal, expõe que a legitimação do juiz para iniciar as investigações na fase pré-processual já é, por si só, um paradoxo ao sistema acusatório, que tem como um dos requisitos o afastamento do juiz da possibilidade de iniciar o processo penal.

O órgão jurisdicional deve, em seu papel de presidente de todos os atos processuais, direcionar para que haja equilíbrio da relação processual e regular para que as dúvidas oriundas das provas trazidas aos autos pelas partes possam ser esclarecidas, daí ressaltar o que estabelece o inciso II da Lei 11.690/2008, que permite a realização de diligências cujo objetivo possível, numa interpretação razoável, é evitar uma sentença injusta baseada em um convencimento temerário e não conceder poderes ao órgão julgador, de forma a conflitar com o princípio *in dubio pro reo*.

Em relação ao inciso I, a Lei procurou preservar os limites conferidos ao juiz da instrução, que poderá intervir, mesmo de ofício, e ainda quando não iniciada a ação penal, ou seja, na fase investigativa, desde que a produção dessas provas seja considerada, urgente e relevante, observados os critérios da necessidade, adequação e a proporcionalidade da medida (este último apreende-se como proporcionalidade no sentido estrito, que indicará a prevalência entre dois interesses principiologicos distintos).

Observa-se que houve, por parte do legislador, uma preocupação em estabelecer os limites para o órgão julgador. Ressalva-se que tais critérios definidos (necessidade, adequação, proporcionalidade) são abstratos e sujeitos à discricionariedade do órgão Estatal, daí a importância da limitação constitucional.

Não há, decerto, na jurisprudência ou doutrina brasileiras, uma definição absoluta acerca do que se poderá considerar necessário, adequado, proporcional ou urgente, de forma que a nova redação do artigo 156 do Código de Processo Penal permite uma interpretação ampla, do que requer uma hermenêutica não apenas no sentido literal da norma, mas de cunho teleológico, buscando o fim a que se destina, aquilo que deve tutelar.

Estendendo esta interpretação ao Juizado das Garantias (ou a simples separação do juiz instrutor em relação ao juiz sentenciante), percebe-se uma preocupação diante da confusão de idéias gerada a partir da interpretação do artigo 156 do Código de Processo Penal, reforçada pela ideia de que a reforma pretendida em 2008 trouxe à tona, para o Processo Penal, o Princípio da Identidade Física do Juiz. Há, sem dúvida, no caso concreto, dificuldades na criação do Juizado de Garantias, tendo em vista o excesso de demanda do Judiciário Brasileiro em contrapartida com o número de Juizes em atividade.

Inseridos no Estado Democrático de Direito, marcado profundamente por uma Constituição Federal de cunho democrático que buscou abolir (ou pelo menos minimizar) as práticas processuais inquisitoriais por meio da adoção do sistema acusatório, como também fundamentados numa sociedade em que proliferam, no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, as idéias garantistas (que colocam em xeque a eficiência dos modelos autoritários e procuram por seu lado estabelecer critérios ao poder punitivo do Estado, impedindo que, em nome da segurança jurídica, sejam desconsiderados os direitos civis dos indivíduos submetidos ao *jus puniendi*), procura-se deter uma atenção especial do magistrado, que ocupa papel determinante.

O ativismo probatório judicial pode ser suportado em nosso âmbito com fins de uma prestação jurisdicional mais justa possível, estabelecido o limite para que não haja uma ofensa à imparcialidade no proferimento da sentença, nem prejuízo aos litigantes.

A verdade absoluta dos fatos, como anseiam alguns doutrinadores, não pode ser restabelecida, tendo em vista que não se poderão restaurar, com exatidão, o tempo, o lugar e o modo pelo qual se verificou o acontecimento, pois também envolverá critérios e provas de caráter subjetivo, irreconstituíveis, em sua essência.

Da mesma forma, o processo penal suporta, em seu bojo, interesses públicos importantes, que refletirão não apenas para as partes envolvidas em juízo (como na maioria dos litígios cíveis), mas para toda a sociedade, representada pela persecução Estatal, de forma que uma tutela adequada não poderá apenas se basear nas provas juntadas aos autos, seja em prol da justiça para o autor ou para o réu: daí o critério adotado pelo nosso ordenamento, da livre convicção motivada, que permite ao julgador exprimir o seu convencimento, mas limitado à fundamentação legal e probatória adotada pela ordem legal, cujo topo é ocupado pela Constituição Federal.

É de se buscar um ponto de equilíbrio, sem confundir a imparcialidade judicial com a sua neutralidade. Nosso sistema acusatório não se configura como uma mera litigância de particulares, como se pressupões na instância cível; há de se buscar o melhor interesse público. O judiciário guarda um importante papel na prestação da melhor tutela, buscando ofertar ao cidadão um serviço que corresponda aos anseios resguardados pela Constituição.

É mister destacar que a reforma reforçou, no Direito Processual Penal, o princípio da identidade física do juiz; daí a preocupação decorrente de se manter a imparcialidade em resguardo aos princípios democráticos.

## REFERÊNCIAS

ARANHA, Maria Lúcia de A.; MARTINS, Maria Helena P. *Filosofando: introdução à filosofia*, 2 ed. São Paulo: Moderna, 2005, p. 21-26.

AVENA, Norberto. *Processo Penal esquematizado*, 1 ed., São Paulo: Método, 2009, p. 62-148, 369-412.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 41 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal, Legislação penal e processual penal**, Constituição Federal. Org. Flávio Gomes, 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 71/75.

CHIMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material: teoria da prova**, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 36-55.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Limitações de atuação do juiz no sistema acusatório. *Revista do Ministério Público*, n. 24 jul./ dez. 2006, p. 47-53.

DANTAS, Frederico Wildson da Silva. O papel do juiz na sociedade contemporânea: uma reflexão sobre o ativismo judicial no Brasil. *Revista da Seção Judiciária de Alagoas* - v. 03 n. 03 set. 2008, p. 139-155.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Responsabilidade civil do Estado no Direito Brasileiro. *Revista síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 5, n. 9, mai./jun. 2004.

DIDIER JÚNIOR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, 4 ed., vol. 2, Salvador: Juspodivm, 2009, p. 17-102.

FLORES, Marcelo Marcante. Apontamentos sobre os sistemas processuais e a incompatibilidade (lógica) da nova redação do artigo 156 do Código de Processo Penal com o sistema acusatório, Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, v. 9 n. 53 dez./ jan. 2008, p. 42-56.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, v. 1, n. 18 jan./jul. 2005, p. 15-26.

JANSEN, Euler Paulo de Moura. A verdade formal e a real têm relacionamento harmônico. **Revista Consultor Jurídico**, 5 jun. 2008. Disponível em <[http://www.conjur.com.br/2008-jun-05/verdade\\_formal\\_real\\_relacionamento\\_harmonico](http://www.conjur.com.br/2008-jun-05/verdade_formal_real_relacionamento_harmonico)> Acesso em 13 jul. 2009.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Ativismo judicial e ônus da prova no processo civil. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 10 n. 19 jan./ jun. 2007, p. 221-229.

MATTOS, Sérgio Murilo de Oliveira. Desmistificando a busca da verdade no processo penal. **Juspodium**, Disponível em: <[http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos\\_1487.html](http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1487.html)> Acesso em 20 jul. 2009, p. 1-16.

MIRABETE, Julio Fabrinni. Processo penal, 17 ed., São Paulo: Atlas, 2004, p.78-279.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 100-101.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência, São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 15-32.

RAMOS, Guillermo Federico. Brevíssimos comentários acerca da busca da verdade real, sob o enfoque publicista do processo civil contemporâneo. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22 jan. 2005, p. 65-72.

ROCHA, Geiza. Ativismo judicial : uma nova postura para um novo tempo. *Forum : debates sobre justiça e cidadania. Amaerj*, v. 1 n. 3 jun./ jul. 2002, p. 10-13.

SAAD, Marta; MALAN, Diogo. Origens históricas dos sistemas acusatórios e inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, v. 94 n. 842 dez. 2005, p. 413-436 .

SANTOS, Tiago Neiva. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de informação legislativa*, v. 44 n. 173 jan./ mar. 2007, p. 271-284.

SILVA, Danielle Souza de Andrade A atuação do Juiz no Processo Penal Acusatório: Incongruências no sistema brasileiro em decorrência do modelo constitucional de 1988, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

SOUZA, Artur César de. O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz. **Revista dos Tribunais**: Fascículo Penal, ano 97, v. 868, fev. 2008, p. 429-452.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Habeas corpus nº 92.435. Relator: Carlos Britto. Ordem concedida. Brasília, 25.03.2008. DJ de 17.12..2008. Disponível em : <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=92435&classe= HC&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 15 set. 2009.

\_\_\_\_\_. 2ª Turma. Recurso em Habeas Corpus nº 70.030. Relator: Ministro Carlos Veloso. Recurso improvido. Brasília 06.04.1993, DJ de 14.05.1993. Disponível em : <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(70030.NUME.%20OU%2070030.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(70030.NUME.%20OU%2070030.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 15 set. 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 43 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 455-456.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL, 2ª Turma. Habeas Corpus nº 3600-PE. Relator: Desembargador Federal Convocado Leonardo Resende Martins. Ordem Indeferida. In limine. Recife 02.06.2009, DJ de 10.06.2009, nº 109, p. 209.

TUCCI, Rogério Lauria. Considerações e Sugestões acerca de anteprojeto de lei referente à instituição de “Juizado de Instrução”. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, ano 4, n. 2, jul./dez. 2003, p. 27-52.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.