Fernando Rabello

PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E O ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

THE JUDGE'S INVESTIGATIVE POWERS AND THE CRIMINAL PROCEDURE CODE DRAFT

Marcus Vinicius Reis Bastos

RESUMO

Sustenta que a iniciativa instrutória do juiz não recebe tratamento uniforme no moderno processo penal, ora concedendo ao magistrado um papel ativo, ora um papel passivo, na formação da prova.

Intenta demonstrar ser, de todo compatível com a Constituição Federal, modelo que assegura ao juiz, subsidiariamente, a iniciativa instrutória.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Penal; juiz – poder instrutório; CPP – anteprojeto; contraditório, ampla defesa – princípio; CF 1988 – art. 5º; *inquisitorial, adversarial* – modelo.

ABSTRACT

The author states that the judge's power to investigate has not been equally considered by current Brazilian Criminal Code regarding the gathering of evidence, considering that magistrates are sometimes given an active role, sometimes a passive one.

He intends to show that the system which enables subsidiary investigative power to be bestowed upon the judge is thoroughly compatible with the Brazilian Constitution.

KEYWORDS

Criminal Procedural Law; judge's – investigative power; Code of Criminal Procedure – draft; adversary, legal defense – principle; Brazilian Federal Constitution – article 5th; inquisitorial, adversarial – system.

A aplicação das normas de processo penal, como de resto de todas as demais espécies de disposições legais, encontra fundamento último na regra constitucional, sendo insubsistente toda e qualquer inteligência que contrarie seus ditames. Dessarte, importa considerar o sentido que a doutrina e a jurisprudência conferem aos postulados constitucionais, de sorte a extrair toda a força normativa assente na Carta Política.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 e, até fevereiro de 2010, emendada 64 vezes, além das seis Emendas Constitucionais de Revisão[1] – contém inúmeras regras que afetam o processo penal[2]. O exame atento dos princípios e das garantias constitucionais de processo justifica-se, por isso que: (a) em nosso ordenamento jurídico a Lei Fundamental é hierarquicamente superior a todos os demais atos normativos, corolário de sua rigidez, e; (b) constituem autênticas limitações ao exercício da pretensão punitiva pelo Estado.

É força afirmar, em consequência, que o entendimento da lei processual penal há de render homenagens às disposições constitucionais, as quais não podem ter seu sentido e alcance limitados pela norma ordinária. Deve o intérprete extrair da norma constitucional tudo o que nela se contém, descabendo restringir sua inteligência com supedâneo na lei ordinária.

A concretização dos direitos e garantias individuais é tarefa a que se deve dedicar com prioridade o aplicador do direito, máxime quando está em jogo a tutela do direito de liberdade, bem jurídico objeto de especial proteção da Carta Política (art. 5º, *caput*).

Convém lembrar, com Norberto Bobbio[3], que o Estado de direito [...] *tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no direito penal*. Segue-se daí a necessidade da crítica permanente do direito posto (i.e., das normas jurídicas), perseguindo-se não só o reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, mas também sua efetiva realização (sua proteção).

A concretização dos direitos e garantias individuais é tarefa a que se deve dedicar com prioridade o aplicador do direito, máxime quando está em jogo a tutela do direito de liberdade, bem jurídico objeto de especial proteção da Carta Política (art. 5º, caput).

Há que se distinguir, nesse sentido, a validade formal das normas jurídicas da sua validade substancial. O aplicador do direito, atento à distinção precedentemente exposta, intenta descrever a diferença observada entre o que o direito é (efetividade) e o que o direito deve ser (normatividade) no interior de um ordenamento jurídico.

Avulta, neste quadro, o exame das garantias, tidas como [...] *vínculos normativos idôneos a assegurar efetividade aos direitos subjetivos e em geral aos princípios axiológicos sancionados pelas leis.* [...] *mecanismos que, porquanto a sua vez normativos, são direcionadas a assegurar a máxima correspondência entre normatividade e efetividade da tutela dos direitos*. (FERRAJOLI, 2006, p. 21).

No âmbito do Direito Penal, no qual intenta-se tutelar a liberdade do cidadão contra as proibições indeterminadas e as condenações arbitrárias, as garantias apontam para a estrita legalidade dos crimes e contravenções e para a verdade formal de sua investigação processual.

É com base nestes pressupostos que se passará em revista, ao longo deste trabalho, às questões que envolvem a definição dos poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro, cotejando-se os modelos adotados em Direito comparado. Pretende-se fornecer, sempre que possível, informações sobre como a Corte Constitucional (Supremo Tribunal Federal) e o Superior Tribunal de Justiça têm enfrentado os tópicos examinados no texto.

Os poderes instrutórios do juiz, na forma como concebidos no Código de Processo Penal brasileiro (arts. 155 a 157), exercem-se sob a tutela dos princípios do devido processo legal (CF art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º, LV), da vedação da prova ilícita (CF art. 5º, LVI), da busca da verdade real e da livre convicção (ou persuasão racional).

A cláusula do devido processo legal (*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*) (CF art. 5º, LIV) significa que a prestação jurisdicional (pela via do processo) far-se-á, necessariamente, em estrita observância da lei (processual), assegurando-se o contraditório, a plenitude do direito de defesa e a isonomia processual.

Configura autêntica "garantia inominada", permitindo que doutrina e jurisprudência deem assento constitucional a salvaguardas não expressas[4].

O princípio da ampla defesa e do contraditório (CF art. 5°, LV: *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes*) exige que o processo penal se desenvolva de forma a permitir que as partes possam livremente deduzir suas alegações, apresentar as provas que dispuserem e criticar as atividades exercidas pelos outros atores nele envolvidos (juiz e partes).

O conceito de contraditório liga-se ao princípio da paridade de armas, garantindo-se que as partes estejam municiadas de forças similares, vale dizer, que tenham prerrogativas semelhantes para atuar no processo e que possam efetivá-las mediante meios idôneos[5].

A proclamação da igualdade entre as partes não pode ser meramente formal. Há de ser materializada com a efetiva equiparação dos atores no processo, no que diz respeito às prerrogativas e oportunidades para a prática dos mais variados atos processuais. Assim, ambos os litigantes (Ministério Público e acusado), *exempli gratia*, devem dispor do mesmo prazo para a realização dos atos processuais. A contagem do prazo para um e outro, ainda que diversa a forma de intimação, há de ser amparada pelo mesmo critério[6, 7].

A garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa perderia toda a sua utilidade, acaso não se estabelecesse a *publicidade* e a imperiosa *fundamentação* dos provimentos judiciais, tal como expressamente dispõe a Lei Maior: *A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem* (art. 5º, LX, CF); e, *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados,*

ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (art. 93, IX, CF).

Nesse sentido, o livre acesso às decisões judiciais e o efetivo conhecimento de suas razões constituem condições indispensáveis à sua contradita e ao exercício da defesa que acaso couber[8, 9].

A publicidade, por outro lado, constitui uma garantia a mais da regularidade da prestação jurisdicional, na medida em que permite que terceiros (inclusive estranhos à relação processual) possam se assegurar da forma como o processo se desenvolve e das razões pelas quais se decidiu em favor de uma das partes.

É que o ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição de 1988, ao inserir no quadro dos direitos e garantias individuais a regra da publicidade, adotou posição de repúdio a todo e qualquer exercício oculto do poder, consagrando a liberdade de informação. Segue-se daí o reconhecimento seja da prerrogativa do cidadão de receber a informação, seja do direito do profissional de imprensa de buscar e transmitir dita informação[10, 11].

A obrigação de motivar as decisões judiciais, além de constituir salvaguarda dos litigantes, interessa à própria sociedade que, desse modo, constatará o regular exercício da jurisdição (imparcialidade do juiz, justiça e legalidade das decisões)[12, 13]. Cumpre observar, contudo, que da obrigação de motivar não decorre a conclusão de que o juiz se encontra obrigado a examinar (e responder) a todos os argumentos deduzidos pelas partes. Basta que sua decisão revele razões suficientes a demonstrar a solução que abraçou[14].

O princípio que veda a utilização no processo da prova ilícita encontra-se insculpido no art. 5º, LVI, da Lei Maior: *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*.

A preservação da intimidade do indivíduo há de ser sempre perseguida, uma vez que constitui direito da pessoa humana o resguardo das informações de sua vida privada, aí compreendidos seus dados bancários e fiscais, o conteúdo de suas comunicações (por carta, telefone ou qualquer outro meio idôneo). Tanto se extrai do disposto no art. 5º, X, XI, XII, da Lei Maior. Art. 5º, X: *são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*; art. 5º, XI: *a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*; e art. 5º, XII: *é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*[15, 16].

No exercício da persecução penal, o Estado atua em estrita observância da legislação aplicável. O interesse público que aponta para a exata apuração dos ilícitos penais não justifica a violação das regras que vinculam a atividade do Estado, quer em sede de investigação criminal, quer na fase judicial. Nesse sentido, consagrou a Carta Política regra geral que impede o ingresso no processo de provas ilícitas, aí compreendidas as provas ilegítimas (obtidas mediante violação de regra processual) e as provas ilícitas *stricto sensu* (obtidas por meio de inobservância de preceitos de direito material)[17, 18].

A prova ilícita por derivação também é tida por inadmissível, de sorte a se resguardar a dignidade da pessoa humana e a unidade do ordenamento jurídico. Trata-se da hipótese em que uma prova lícita, isoladamente considerada, foi alcançada pela pecha da ilegalidade, porque obtida a partir de uma prova ilícita. Assim sucede, por exemplo, quando alguém tem sua comunicação telefônica interceptada sem prévia ordem judicial, permitindo que a autoridade policial possa identificar o local onde se mantém em depósito substância entorpecente, a qual vem a ser posteriormente arrecadada. A apreensão da droga, medida regular de investigação criminal, é tida por ilícita, em face do meio utilizado para a sua localização[19].

Há, contudo, limitações à regra da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação. Entre elas podemos citar aquelas que permitem a utilização da prova quando a conexão que apresenta com a prova ilícita for tênue, de modo a não se colocar em relação à última numa relação de causa e efeito, ou quando dita prova puder ser obtida de outra maneira[20].

O conceito de contraditório liga-se ao princípio da paridade de armas, garantindo-se que as partes estejam municiadas de forças similares, vale dizer, que tenham prerrogativas semelhantes para atuar no processo e que possam efetivá-las mediante meios idôneos.

Por força do que dispõe a Lei n. 11.690, de 9/6/2008[21], foram incorporadas ao Código de Processo Penal (CPP) disposições que reafirmam a inadmissibilidade seja da prova ilícita, seja da prova ilícita por derivação. A esse respeito, dispõe o art. 157 da Lei Processual Penal: *Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.*

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO)

Incorporou-se ao texto da lei processual penal, destarte, construção jurisprudencial oriunda do direito norte-americano e recebida por nossa Suprema Corte.

Ocorre que, em sede de prova ilícita por derivação, a riqueza oriunda da casuística penal não se apresenta compatível com a cristalização normativa de uma determinada fórmula (ou regra), tal como se vem de realizar. Melhor seria deixar a cargo da jurisprudência traçar os limites da inadmissibilidade da denominada prova ilícita derivada.

De lege lata, a prova ilícita derivada, tal como a prova ilícita propriamente dita, é inadmissível no processo. Admitiu o legislador as escusas baseadas na inexistência de conexão (nexo de causalidade) entre a evidência ilicitamente obtida e aquela que se pretende ver cominada por idêntico vício (escusa da conexão tênue) e a da fonte independente[22].

O princípio da busca da verdade real estipula que, inaugurada a instância penal, deve-se perseguir a verdade material dos fatos. Ao juiz incumbe aferir o exato desenrolar dos fatos, de forma a pronunciar veredicto certo da culpabilidade (ou da inocência) do réu.

Sua adoção se impõe em face da natureza pública do interesse repressivo e tem como corolários a ampla iniciativa de que dispõe o magistrado quanto à instrução do processo e a inexistência (em regra) de presunções, ficções e transações no processo penal[23].

A obtenção da verdade real (material) não se constitui o fim do processo penal. Seu objetivo, como de resto o de qualquer processo criminal, é o de aplicar a lei penal. Ainda que não haja conflito de interesses (lide), pode haver o exercício da função jurisdicional, então justificada como meio de assegurar a observância do direito[24].

O princípio do livre convencimento do juiz em matéria probatória (ou persuasão racional – CPP art. 157) autoriza-o a valorar com ampla liberdade as provas carreadas aos autos, desprezando umas, tendo em relevo outras. Em todo o caso, deve motivar sua decisão.

É que o ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição de 1988, ao inserir no quadro dos direitos e garantias individuais a regra da publicidade, adotou posição de repúdio a todo e qualquer exercício oculto do poder, consagrando a liberdade de informação.

Não há hierarquia entre os diversos meios de provas, podendo o magistrado decidir a causa com base em qualquer uma delas, ainda que contraste com outras. Em todos os casos, deve declinar as razões pelas quais resolveu dar maior proeminência e/ou desqualificar uma prova.

Exceção ao princípio é verificada nos casos de competência do júri, a qual prescinde de motivação, dado o sigilo da votação (CF, art. 5º, XXXVIII, **b**).

É possível afirmar, neste quadro, que a correta inteligência das garantias constitucionais aplicadas ao processo, aliada ao cuidadoso exame dos princípios que norteiam o processo penal brasileiro, revela tratar-se de sistema voltado à *salvaguarda da dignidade da pessoa humana* e ao *reconhecimento da pauta mínima de direitos, assim considerados aqueles expressos na declaração dos direitos do homem*[25].

A *posição do juiz no processo penal* é a de *garante da cláusula do devido processo legal*, assegurando, a um só tempo, a estrita observância dos preceitos constitucionais que tutelam a liberdade e o regular exercício do direito de acusar.

Juiz criminal não se envolve naquilo que se convencionou chamar de "combate ao crime". Juiz criminal não é investigador. Tampouco deve-se arvorar o papel de acusador. A função confiada ao magistrado na persecução penal é a de garante da efetiva realização das normas (constitucionais e legais) limitadoras do exercício da pretensão punitiva do Estado.

Em sede de processo penal, os sistemas adotados, no que diz respeito à produção da prova, dividem-se em *adversarial* e *inquisitorial*[26]. Essas expressões designam os modelos nos quais reconhece-se ao juiz uma posição passiva (*adversarial*) ou ativa (*inquisitorial*) na formação da prova. Não há qualquer identidade de significado entre o *inquisitorial system* e o modelo inquisitivo. Tampouco o sistema acusatório pode ser tido por sinônimo de *adversarial system*.

No *adversarial system* o acusador prepara o caso, deduz a acusação e é responsável por provar o fato que a consubstancia. O procedimento é presidido por um terceiro neutro, cuja função consiste em verificar se as partes estão se portando conforme as regras que disciplinam a instrução probatória. Nele o juiz não toma uma posição ativa em sede probatória, é mero expectador das atividades desenvolvidas pelas partes. Trata-se de solução adotada nos países de *common law* (direitos inglês e norte-americano).

No *inquisitorial system* o juiz (ou tribunal) ocupa um papel central na formação da prova. Decidindo-se o acusador pelo ajuizamento da ação, o órgão judiciário assume a responsabilidade pelo esclarecimento dos fatos, participando da produção da prova, determinando sua realização e valorando-a. O papel das partes neste sistema é subordinado ao cometido à autoridade judiciária, a qual se lança ao esclarecimento da verdade. O processo penal brasileiro, como se demonstrará mais adiante, adotou esse regime (CPP, art. 156).

No âmbito do Direito Comparado, segundo John D. Jackson[27], há pressões internas e externas para a reforma da lei de processo penal em matéria de prova. Internamente, nos diversos países pesquisados[28], os reclamos para a reforma da lei processual penal decorrem (I) do incremento da criminalidade; (II) da crescente preocupação com a vítima; (III) dos custos e da lentidão do procedimento penal. Os fatores externos, por sua vez, dizem respeito à necessidade de serem adotadas, no âmbito da União Europeia, soluções comuns no combate à criminalidade organizada, tráfico de drogas e terrorismo.

O procedimento resultante da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), antes de promover uma convergência entre os modelos *inquisitorial* e *adversarial*, termina por gerar uma terceira via, denominada como participatória (*participatory*). Nela todas as pessoas capazes de trazer aos autos relevantes evidências são admitidas, de sorte que este procedimento se realize da maneira menos coercitiva possível. (JACKSON, 2005, p. 740).

A CEDH desenvolveu sua jurisprudência baseada no princípio da paridade de armas e no direito a um julgamento em que as partes possam influir. Tanto significa transformar, ao invés de misturar ambos os sistemas precedentemente referidos.

Regra fundamental deste entendimento é aquela denominada "contraditório". Rejeita-se a adoção de uma verdade revelada, incontestável, em favor de fatos submetidos à contestação, a partir dos quais se estabelece a verdade.

A CEDH afirmou quatro princípios que devem ser observados pelos sistemas processuais dos diversos países, quais sejam, (I) direito do acusado a não ser constrangido a fazer prova contra si mesmo; (II) direito do acusado a participar do processo sendo informado do que dele consta; (III) direito da defesa de ter a oportunidade de modificar (criticar, contraditar) a prova, e; (IV) imposição às cortes nacionais de fundamentarem suas decisões.

O direito a um julgamento justo (*fair trial*), assim entendido pela CEDH, não obsta (I) a recusa de reconhecer à vítima direitos de participação direta no processo criminal, e; (II) a fundamentação de condenações em depoimentos obtidos com a preservação da identidade do depoente e sem a possibilidade de contradita pela defesa. O último aspecto se justifica para preservação da integridade da testemunha ou da vítima.

A CEDH tem admitido temperamentos à regra do contraditório, condição indispensável à obtenção de um julgamento justo, quando o processo envolve informações cuja divulgação possa causar significativos prejuízos ao Estado. Nestes casos, a restrição à publicidade e ao contraditório somente é admitida se as evidências não interessarem à fundamentação da condenação. Em caso contrário, ao acusado deve ser reconhecido o direito à contradita. (Idem, p. 757-764).

A evolução histórica da disciplina do processo penal brasileiro principiou com a aplicação das normas encontradas nas Ordenações[29], decisivamente influenciadas pelo direito canônico e pelo seu procedimento inquisitorial.

O processo penal daí resultante foi marcadamente inquisitivo, com a adoção da chamada "inquirição-devassa", procedimento destinado à informação (apuração) dos delitos. Admitia a adoção de "tormentos" como meio de prova, o arbítrio do magistrado quando da fixação da pena e a aplicação de penas infamantes e cruéis (*verbi gratia*, infâmia, açoites, marca de ferro quente e tortura). (MARQUES, 1997, p. 92-109).

Sob a égide da Constituição Política do Império (de 25 de março de 1824), editou-se o Código de Processo Criminal (1832), o qual, dentre outras inovações, previu (a) a instauração do procedimento penal mediante queixa do ofendido, seu pai, mãe, tutor, curador ou cônjuge, sem prejuízo de denúncia formulada pelo Ministério Público ou qualquer do povo, e; (b) o julgamento popular em matéria penal, criando o grande e o pequeno júri, o primeiro destinado a decidir sobre o cabimento da acusação e o segundo com atribuição para acertar sua procedência.

Com a Constituição republicana, de 24 de fevereiro de 1891, quebrou-se a unidade da disciplina legal do processo penal, conferindo-se aos Estados competência legislativa no particular. Os diversos códigos então editados, em sua maioria, prestigiaram regras características do modelo acusatório. Por outro lado, restringiram sensivelmente as atribuições do júri.

O advento da Revolução de 1930 e a promulgação da Constituição Federal de 1934 restabeleceram a unidade da disciplina do processo penal. Contudo, um longo período transcorreu até que, após o golpe de estado de 1937, tivesse sido editado o novo Código de Processo Penal (1941), vigente até nossos dias.

Nesse ínterim (entre 1930 e 1941), o Brasil conheceu o "projeto Vicente Ráo" (proposta de Código de Processo Penal que suprimia o inquérito policial, instituindo o juizado de instrução, e simplificava o procedimento penal), trabalho que não veio a se tornar lei por força do citado golpe de estado de 1937. Com a edição do Decreto-lei n. 167, de 5/1/38, foram restringidas uma vez mais as atribuições do júri, instituindo-se o controle de suas decisões pela jurisdição (togada) de segundo grau. (MARQUES, 1997, p. 92-109).

Nosso atual Código (Decreto-lei n. 3.689, de 3/10/41) eliminou quase por completo o procedimento *ex officio* e estabeleceu casos em que era obrigatória a prisão preventiva (atualmente superado neste particular). Conferiu ao réu ausente, outrossim, tratamento penal inadequado, permitindo que a ação penal pudesse tramitar após citação ficta (editalícia – matéria igualmente superada nos dias atuais).

Dentre as normas que se encontram em vigor, diversas preconizam soluções incompatíveis com o modelo acusatório. As disposições que permitem possa o juiz requisitar a instauração de inquérito policial (art. 5º, II), determinar de ofício o sequestro de bens do indiciado (art. 127), a busca e apreensão (art. 242) e a prisão preventiva (art. 311) podem ser apontadas como exemplo de tal realidade.

O princípio da busca da verdade real estipula que, inaugurada a instância penal, deve-se perseguir a verdade material dos fatos. Ao juiz incumbe aferir o exato desenrolar dos fatos, de forma a pronunciar veredicto certo da culpabilidade (ou da inocência) do réu.

Num processo penal que se proclama acusatório, não se admite possa o juiz, ainda antes de decidir a lide, adotar postura que o aproxime de uma das partes, a saber, daquela que sustenta a pretensão punitiva. As medidas constritivas que a Lei Processual Penal permite serem efetivadas pelo magistrado, ausente prévia provocação, afetam significativamente a situação do acusado e seu direito de liberdade, num momento em que se revela imprópria qualquer manifestação judicial sobre a culpa. Manifestação a esse respeito, convém observar, deve-se verificar após o término da instrução criminal, atendida em tudo a cláusula do devido processo legal.

A despeito disso, a prática judiciária frequentemente apoia-se em tais disposições, daí por que deve ser repensada, afirmando-se o modelo acusatório em toda a sua extensão[30].

Acrescente-se, ainda, que há contradições entre o procedimento previsto no CPP e o disciplinado em leis extravagantes, as quais, em última análise, refletem as tensões ainda existentes entre postulados típicos de um processo inquisitivo e aqueles pertinentes ao modelo acusatório.

Um exemplo disso atine ao tratamento dado ao réu ausente. A despeito da nova redação conferida ao art. 366 da Lei Processual Penal – determinando a suspensão do processo do denunciado que, citado por edital, não comparecer ao interrogatório –, a lei que disciplina o crime de *lavagem* de dinheiro (Lei n. 9.613, de 03/03/98), em seu art. 2º, § 2º, expressamente excluiu a aplicação do art. 366 do CPP aos processos em que se cuida de apurar a prática de tal ilícito. Ora, a superação da solução originariamente concebida pelo legislador do Código de Processo Penal, o qual permitia o processo e julgamento à revelia do réu ausente, deu-se por força da garantia constitucional da ampla defesa, uma vez que restaria fragilizado seu exercício na impossibilidade de contato pessoal entre o defensor, as mais das vezes dativo, e o acusado. A solução casuística encontrada para o processo e julgamento do crime de *lavagem* de dinheiro faz tábua rasa de tal consideração, impondo ao exercício da defesa dificuldades, não raro, insuperáveis. É o caso de se reclamar o reconhecimento da inconstitucionalidade do referido artigo, uma vez que viola o postulado da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

Juiz criminal não se envolve naquilo que se convencionou chamar de "combate ao crime". Juiz criminal não é investigador. Tampouco deve-se arvorar o papel de acusador.

Nosso processo penal, como se extrai das garantias constitucionais que o moldam, filia-se ao modelo acusatório. Daí se seguem três consequências principais: (a) os elementos probatórios colhidos na fase investigativa, prévia ao processo, destinam-se exclusivamente à formação da *opinio delicti*; (b) o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão ou pessoa diversa do juiz, e; (c) todo o processo desenvolve-se sob o pálio do contraditório, perante o juiz natural. (GRINOVER, 1993, p. 41).

É da índole do sistema acusatório a observância dos princípios da publicidade (garantindo-se a plenitude do contraditório e o controle popular sobre o exercício da jurisdição, fundamentadas todas as decisões judiciais) e da oralidade (imediação, concentração e identidade física do juiz).

Por outro lado, o traço distintivo deste modelo é observado sem reservas em nosso ordenamento jurídico, a saber, a titularidade da ação penal é atribuída a órgão diverso daquele encarregado de julgar (Ministério Público em sede de ação penal pública, ofendido ou quem legalmente o represente na ação penal privada).

Convém anotar, por outro lado, que nosso processo penal, disciplinando o embate ocorrente entre o direito à liberdade e a pretensão punitiva, afirma, nas situações limites, a prevalência daquele em relação a este. As garantias constitucionais aplicáveis[31] tanto demonstram, conferindo-se ao julgador um papel de garantidor das liberdades individuais diante do exercício da pretensão punitiva pelo poder público, o qual se encontra sujeito à cláusula do devido processo legal. (GRINOVER, 2000)

Intenta-se superar o mito da verdade real, atribuindo-se ampla iniciativa probatória ao julgador (*inquisitorial system*). Busca-se adotar procedimentos simplificados, com algumas concessões ao princípio da discricionariedade regrada em termos de ação penal pública. Atenta-se para a situação jurídica desfrutada pela vítima, procurando meios para efetivar sua imediata reparação[32].

Nosso Código de Processo Penal diz sobre os poderes instrutórios do juiz em seu art. 156[33]. A nova redação conferida a este dispositivo pela Lei n. 11.690, de 9/6/2008, ampliou os poderes instrutórios do juiz. Assim é que pode, de ofício, *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* (inc. I); e, *determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante* (inc. II).

A possibilidade de o magistrado determinar, de ofício, a produção antecipada de provas ainda antes de ajuizada a ação penal deve ser vista com cautela, por isso o órgão judiciário não deve assumir comportamento próprio do investigador. A medida cautelar de produção antecipada de provas há de ser sempre precedida de provocação do autor da ação penal (Ministério Público na ação penal pública e a vítima, ou quem tenha qualidade legal para representá-la em juízo, na ação penal privada). O papel assumido pelo juiz no processo penal de índole acusatória é incompatível com a sua atuação como protagonista da investigação criminal[34].

No curso da ação penal pode o juiz, forte no princípio da busca da verdade real, requisitar a produção das provas que entender relevantes ao deslinde da causa. Há, contudo, limitações ao exercício pelo magistrado de seu poder instrutório, a saber: (I) a decisão judicial, determinando a produção da prova, há de ser fundamentada; (II) a prova deverá ser produzida com observância do contraditório, e; (III) a prova perseguida há de ser lícita.

A observância desses requisitos é indispensável ao resguardo da imparcialidade do magistrado, que não pode antecipar juízo acerca (a) da efetiva utilidade da prova cuja produção determinou, e; (b) de qual das partes será beneficiada com a diligência. (GRINOVER, 1999, p. 71)

Em todos estes aspectos, objetiva-se atingir o *garantismo* (salvaguarda das liberdades individuais e estrito controle da legalidade do exercício do *ius puniendi*) e a *efetividade* (aplicação efetiva da norma penal incriminadora, realizando os fins a que se propõe).

O Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal ora sob apreciação do Senado Federal[35], no que diz respeito à atividade jurisdicional, começa por estabelecer a figura do "juiz de garantias". Em sua Exposição de Motivos, p. 17, é assinalado: *Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da juris-*

dição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

Este "juiz de garantias" distingue-se do juiz do processo, órgão judiciário responsável por deliberar sobre o mérito da acusação, apreciando livremente a prova produzida em juízo, sob o império da cláusula do devido processo legal.

Ao juiz do processo é vedado, no dizer do art. 4º do Anteprojeto, a substituição do órgão de acusação em matéria probatória. Tal vedação é apresentada como decorrência do modelo acusatório de processo penal[36]. Adiante, em relação às provas, estipula as seguintes normas gerais: *Art. 162. As provas serão propostas pelas partes.*

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, esclarecer dúvida sobre a prova produzida, observado o disposto no art. 4°.

Art. 163. O juiz decidirá sobre a admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes ou irrelevantes.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil.

Art. 164. São inadmissíveis as provas obtidas, direta ou indiretamente, por meios ilícitos.

Parágrafo único. A prova declarada inadmissível será desentranhada dos autos e arquivada sigilosamente em cartório.

Art. 165. O juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, indicando na fundamentação os elementos utilizados e os critérios adotados.

§1o A existência de um fato não pode ser inferida de indícios, salvo quando forem graves, precisos e concordantes.

§2o As declarações do co-autor ou partícipe na mesma infração penal só terão valor se confirmadas por outros elementos de prova que atestem sua credibilidade.

O sistema adotado, por conseguinte, preserva a inércia do juiz em sede probatória, estabelecendo ser ônus da parte a apresentação das provas. A ressalva inserta no parágrafo único do art. 162, permitindo ao magistrado "esclarecer dúvida sobre a prova produzida" não traduz uma autorização a que possa, livremente, produzir prova. É que permanece de pé a regra do art. 4º, que impede o juiz de suprir a atuação probatória do acusador. A interpretação sistemática das disposições constantes do Anteprojeto indica que o julgador somente terá iniciativa em sede probatória, desde que surja dúvida fundada sobre alguma prova carreada aos autos pelos litigantes, devendo ter sempre presente de que não pode, sob qualquer pretexto, se substituir ao acusador.

Adotou o Anteprojeto, em sede de poderes instrutórios do juiz, o *adversarial system*. Às partes confere-se a prerrogativa de apresentar provas, não podendo o magistrado remediar eventual omissão dos litigantes. Entendeu-se ser esta posição passiva a única compatível com o processo penal de estrutura acusatória. Intenta-se preservar a imparcialidade do magistrado, evitando sua aproximação com as pretensões deduzidas por quaisquer dos litigantes.

O modelo acusatório, entretanto, convive com ambos os sistemas conhecidos em direito acerca da participação do juiz em matéria de prova (*inquisitorial* e *adversarial system*). Na verdade, conforme se teve ocasião de demonstrar, sequer constitui um pressuposto do modelo acusatório a inércia do magistrado em sede probatória.

Assim, o princípio da busca da verdade real, então entendida como correspondendo à verdade acerca dos fatos indicados na inicial acusatória, justifica a atuação supletiva do magistrado na instrução criminal. Essa sua iniciativa, por outro lado, não pode ser tida, *a priori*, como uma tomada de posição a favor de uma das partes envolvidas no conflito, pela simples circunstância de que o juiz não sabe, de antemão, a quem a prova irá aproveitar.

A solução preconizada pelo Anteprojeto do CPP, velando pela inércia do juiz em matéria de prova, contém o risco de permitir julgamentos baseados em reconstituições imperfeitas (ou equivocadas) dos fatos narrados pela acusação, em situações nas quais se encontram ao alcance do magistrado os meios para sanar a deficiência. É preciso notar que vige, no processo penal, regra idêntica à observada no processo civil, segundo a qual o julgador deve proferir seu veredicto com base nas provas constantes dos autos. *Quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos, não está no mundo). Se a verdade real a que se reporta o processo penal consiste na verdade formal (verdade dos autos), convém à prestação jurisdicional a aplicação de regra que propicie uma maior aproximação entre uma e outra.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema reconhece ao juiz o poder de produzir prova para o fim de esclarecer ponto relevante ao julgamento da causa[37].

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, tem entendido que, no processo penal, as provas cuja produção decorre de iniciativa do juiz somente podem ser aceitas uma vez demonstrada sua necessidade para o esclarecimento de ponto relevante da demanda. Trata-se de atuação excepcional e devidamente motivada por fatos apurados no curso de regular instrução criminal[38].

A solução preconizada no Anteprojeto do Código de Processo Penal se nos afigura inadequada, seja porque ignora o princípio da busca da verdade real, seja porque supõe não ter o magistrado como manter sua imparcialidade, uma vez tendo determinado a produção de provas, ausente pedido das partes.

Adotadas as cautelas mencionadas por Ada Pellegrini Grinover[39], não há como se lançar a pecha de parcial a juiz

Num processo penal que se proclama acusatório, não se admite possa o juiz, ainda antes de decidir a lide, adotar postura que o aproxime de uma das partes, a saber, daquela que sustenta a pretensão punitiva.

que toma iniciativa de produzir prova destinada a esclarecer ponto relevante da demanda.

Tendo em vista a natureza indisponível das pretensões postas em jogo na ação penal de cunho condenatório (direito de punir do Estado *versus* direito de liberdade do acusado), é de todo conveniente municiar o juiz de todos os elementos idôneos ao esclarecimento dos fatos. Nesse sentido, a norma observada no processo civil[40], no qual em regra os direitos em choque são de cunho patrimonial (disponíveis), há de ser aplicada com muito maior razão no processo criminal.

Consulta ao interesse público o alcance, sempre que possível e sem o sacrifício da impessoalidade da jurisdição, do cabal esclarecimento dos fatos tidos por ilícitos. A solução do vigente Código de Processo Penal, com as ressalvas precedentemente expostas, se nos afigura superior à alternativa proposta no Anteprojeto do CPP e merece, por conseguinte, ser prestigiada.

NOTAS

1 O acesso ao texto atualizado da Constituição Federal está disponível *on line* em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao_Compilado.htm> Acesso em 22 fev. 2010.

2 A aplicação dos princípios constitucionais pode-se dar em situações em que mais de um deles interfere, apontando para soluções opostas. A antinomia então verificada deve-se resolver pelo método da ponderação, observada a regra da proporcionalidade. Para uma melhor compreensão sobre o significado da ponderação e sua aplicação em concreto, consulte Barroso (2004).

3 Texto extraído do prefácio à obra de Ferrajoli (2006, p. 7).

4 Sobre a repercussão da cláusula do devido processo legal no processo penal, consulte Fernandes (2002, p. 31-44).

5 Acerca da garantia do contraditório e suas implicações, consulte Grinover (1990, p. 17-44).

6 O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o HC n. 83.255/SP, rel. Min. Marco Aurélio (Tribunal Pleno, maioria, acórdão publicado no DJU I, de 12/03/2004), fixou o entendimento de que o prazo recursal para o Ministério Público tem como termo inicial a data de entrega do processo no setor administrativo e não aquela em que aposto o "ciente" pelo membro do *Parquet*. Ao fixar tal posição, o Excelso Pretório modificou entendimento até então prevalecente, o qual apontava ser a data do "ciente" o momento a partir do qual fluía o prazo para recorrer. O fundamento da decisão reside, precisamente, no tratamento isonômico que se deve dispensar às partes, por conta da regra do devido processo legal, a qual envolve a exigência da paridade de armas.

7 O Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema, assim dispôs: *Em questão de ordem, a Turma decidiu que a intimação pessoal do Ministério Público (MP) por mandado dá-se na data ali registrada. Então, o prazo recursal é contado conforme o art. 800 c/c o 798, § 5º, e o 370, § 4º, todos do CPP. Dessa forma, se houver recusa do MP em receber a intimação, o prazo recursal será contado da certidão do meirinho. Precedentes citados: EDcl no REsp 1.032.034-SP, DJe 7/12/2009; AgRg nos EREsp 310.417-PB, DJe 27/3/2008, e REsp 724.550-GO, DJ 16/6/2005* (QO no REsp n. 761.811/SC, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 04/05/2010 – Notícia de julgamento divulgada no Informativo de Jurisprudência do STJ n. 433).

8 A publicidade dos atos processuais não obriga o juiz a permitir o acesso de câmeras de televisão, gravadores e máquinas fotográficas, máxime quando se faz necessário o resguardo do direito à imagem do réu, o qual tem estatura constitucional. Nesse sentido decidiu o Ministro Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar medida cautelar nos autos do MS n. 24.706-1/DF.

9 O exercício da dialética processual encontra-se alcançado pela garantia da ampla defesa, daí porque é nulo o julgamento do recurso sem contrarrazões do acusado, então recorrido. Neste sentido, confira-se a seguinte notícia de julgamento do Superior Tribunal de Justiça: *A Turma reiterou seu entendimento de que, mesmo que o advogado constituído pelo paciente tenha sido intimado para apresentar contrarrazões, tendo ele permanecido inerte, era imperiosa a intimação do paciente para que constituísse novo causídico. Persistindo a situação, era necessária a nomeação de defensor público para o ato. Inadmissível proceder ao julgamento da apelação sem a cristalização da dialética em segundo grau. Precedentes citados: HC 84.153-RS, DJe 4/8/2008, e HC 29.816-PR, DJ 2/8/2004* (HC n. 118.904/RS, 6ª Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, unânime, julgado em 06/05/2010 – publicado no Informativo de Jurisprudência do STJ n. 433).

10 O Supremo Tribunal Federal adota esse entendimento, conforme se extrai de decisão liminar proferida pelo Ministro Celso de Mello no MS 25.832/DF e transcrita no Informativo STF n. 416

11 Convém anotar que o sigilo das votações observado no júri por expressa disposição constitucional (CF, art. 5º, XXXVIII, b) não ofende a garantia da publicidade, a uma porque contemplado na própria Lei Maior, a duas porque colima preservar a imparcialidade do julgamento, evitando (ou dificultando) que pressões dirigidas aos jurados possam impedir de manifestarem, com liberdade, seu convencimento. Consulte, a esse respeito, a obra de Fernandes (2002, p. 171-172).

12 Malgrado os termos do art. 93, IX, da Constituição Federal e o conteúdo decisório do provimento judicial que recebe a denúncia (em sede de ação penal pública), a jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça (REsp n. 286.246/SC, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, unânime, DJU I de 24/06/2002, RHC n. 7.714, rel. Min. Vicente Leal, DJU I de 28/09/98 e REsp n. 331.029/SC, 6ª Turma, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU I de 24/02/2003) e no Supremo Tribunal Federal (HC n. 82.242/RS, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, DJU I de 11/10/2002; RHC n. 65.471, rel. Min. Moreira Alves; HC n. 72.286, rel. Min. Maurício Correa e HC n. 68.926/MG, 1ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 28/08/92) admite o "recebimento implícito" da inicial acusatória, dispensando sejam declinados seus fundamentos.

13 O STF, forte na garantia constitucional da motivação, declarou nulas as decisões do Superior Tribunal Militar que, apreciando agravos regimentais, dispensaram a lavratura do acórdão, deixando de declinar, por escrito, as razões em que se fundamentou aquela corte para decidir. Entendeu a Suprema Corte que *a decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação*. Nesse sentido, *a lavratura do acórdão dá conseqüência à garantia constitucional da motivação dos julgados* (RE n. 540.995/RJ, 1ª Turma, rel. Min. Menezes Direito, unânime, DJU I de 19/02/2008).

14 Para uma abordagem da motivação em processo penal, especialmente sob a ótica do garantismo, consulte Ferrajoli (2006, p. 37-88).

15 O Superior Tribunal de Justiça, apreciando o REsp n. 707.307/RJ, 5ª Turma, rel. Min. Gilson Dipp, DJU I, de 07/11/2005, entendeu que é lícita gravação de comunicação telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, principalmente quando constitui exercício de defesa. Tal orientação fundamentou-se em precedentes do STF e do próprio STJ (RE 402.035-SP, DJ 6/2/2004, e AI 503.617-PR, DJ 4/3/2005; do STJ: HC 39.415-MG, DJ 30/5/2005). O Plenário do STF reafirma esse entendimento no julgamento do RE n. 583.937/RJ, rel. Min. Cezar Peluso, maioria, DJ 18/12/2009. Notícia desse julgamento disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116314&tip=UN>. Acesso 28 fev. 2010.

16 Julgado do Superior Tribunal de Justiça admitiu a utilização do produto de interceptação telefônica em processo administrativo. Prevaleceu o entendimento de que a Administração pode-se valer das gravações para fins de prova no processo administrativo, desde que tenha (a interceptação) sido requerida para fins de investigação criminal. Admitiu-se, portanto, possa o produto da interceptação ser utilizado como prova emprestada na apuração da responsabilidade administrativa (MS n. 7.024-DF, 3ª Seção, rel. Min. José Arnando da Fonseca, unânime, DJU I de 04/07/2001). A matéria encontra-se pendente de exame no Supremo Tribunal Federal (RMS n. 24.194-DF, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma). Há julgado do STF admitindo a utilização desses elementos de convicção em processo administrativo disciplinar, desde que os fatos apurados em sede administrativa sejam os mesmos vistos na instância penal (Inquérito n. 2.424, Tribunal Pleno, rel. Min. Cezar Peluso, questão de ordem julgada em 20/06/2007, DJ I de 24/08/2007).

17 O Supremo Tribunal Federal, julgando o RE n. 251.445/GO, rel. Min. Celso de Mello, afirmou ser ilícita a prova documental arrecadada pela polícia em poder de cidadão que havia furtado o consultório odontológico do então acusado. Pretendia-se, na ocasião, considerar referido material (tratavam-se de fotos) para incriminar o acusado pelo crime de abuso sexual contra menores (DJU I, de 03/08/2000).

18 O Superior Tribunal de Justiça entendeu ser lícita a prova obtida mediante interceptação telefônica cuja duração excedeu o prazo de 15 dias e foi sucessivamente prorrogada. Afirmou-se que a norma do art. 5º da Lei n. 9.296/96, ao estabelecer como prazo para a interceptação telefônica o período de 15 dias, prorrogável por igual lapso, não impediu suas sucessivas prorrogações (HC n. 40.637/SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, unânime, DJU I, de 26/09/2005). Recente julgado do STJ, contudo, declarou nula interceptação telefônica que perdurou pelo período de quase dois anos. Prevaleceu a tese de que estender indefinidamente as prorrogações, mediante

decisões sem fundamentação idônea, não é razoável, já que a Lei n. 9.296, de 24/07/96, autoriza apenas uma renovação do prazo de 15 dias por igual período, sendo de 30 dias o prazo máximo para escuta (HC n. 76.686/PR, 6ª Turma, unânime, DJU I, de 10/11/2008).

19 O Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai dos julgados referidos nas RTJ 155/508 e 163/682, tem afirmado a inadmissibilidade da prova derivada de prova ilícita.

20 Estas limitações são cunhadas pela doutrina norte-americana como as da *independent source* e da *inevitable discovery*. Cuidam-se de temperamentos à doutrina dos frutos da árvore envenenada, de construção e inspiração norte-americana. O STF tanto reconhece, consoante se extrai dos seguintes julgados: HH CC n. 69.912/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, maioria, DJU I, de 25/03/94; 72.588/PB, Tribunal Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, maioria, DJU I, de 12/06/1996; 74.299/SP, 2ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, maioria, DJU I, de 15/08/1997 e 77.015/SP, 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, unânime, DJU I, de 13/11/1998.

21 Referido ato normativo estabeleceu uma *vacatio legis* de 60 dias (art. 3º), tendo entrado em vigor em 11 de agosto de 2008.

22 Para uma análise crítica das reformas introduzidas no CPP em sede de provas, consulte Zilli (2008).

23 Semelhante postulado é mitigado em se tratando da ação penal privada, da ação penal pública condicionada e nos casos das "infrações penais de pequeno potencial ofensivo" a que aludem as Leis n. 9.099, de 26/09/95 e 10.259, de 12/07/2001.

24 Consulte, nesse sentido, a lição de Jardim (1999, p. 19-50). Nela o autor expõe sua posição, indicando ser a lide categoria acidental do processo penal (p. 22-24).

25 Na esfera internacional, particularmente significativos são a Declaração dos Direitos Universais do Homem, produzida na Assembleia das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, promulgada pelo Decreto n. 678, de 06/11/1992).

26 Consulte-se, a esse respeito, Grinover (1999, p. 71).

27 Professor da *Queen's University Belfast*. As informações ora referidas foram extraídas de seu trabalho, intitulado *The effect of human rights on criminal evidentiary processes: towards convergence, divergence or realignment?* (2005, p. 737-764).

28 A pesquisa abordou os países europeus continentais e Reino Unido.

29 Consolidações de normas legais mandadas realizar pelos diversos monarcas ibéricos, dos quais receberam o nome. Assim temos, pela ordem, (a) Ordenações Afonsinas (1446), publicadas em nome de Afonso V; (b) Ordenações Manuelinas (1521), publicadas em nome de D. Manuel, o venturoso, e; (c) Ordenações Filipinas (1603), publicadas em nome de Filipe II.

30 A propósito do modelo acusatório e da maior ou menor proximidade do processo penal brasileiro com seus postulados, consulte-se as obras de Lopes Jr. (2008) e Prado (2006).

31 Confiram-se, *exempli gratia*, aquelas que consagram o direito ao silêncio, a proibição da tortura, a presunção de não culpabilidade, a comunicabilidade do preso com sua família e defensor, a necessidade de prévia determinação judicial para buscas domiciliares, a inadmissibilidade das provas ilícitas e a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações.

32 Carece de ser repensada em nosso processo penal, de índole acusatória, e, quanto à matéria de prova, permite a atuação ativa do juiz (*inquisitorial system*) a participação da vítima. Sua posição secundária deve ser superada em favor de uma postura mais ativa, reconhecendo-se-lhe direitos. A vítima pode dar decisiva contribuição à obtenção da verdade real. Por outro lado, a reparação imediata dos danos causados à vítima pelo ilícito, prescindindo-se da ação cível *ex delicto*, contribui significativamente para uma maior efetividade da prestação jurisdicional. Para um exame das vantagens e das desvantages de se conceder à vítima uma posição de maior destaque (opção adotada pela Lei n. 9.099/95), sob a perspectiva do direito comparado, confira-se o seguinte trabalho: Doak (2005, p. 294-316).

33 Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

34 Recorde-se ter o Supremo Tribunal Federal repelido solução legal que pretendia fosse assumido pelo juiz criminal o papel de investigador (cf. o decidido na ADIN n.1.570, a propósito do disposto no art. 3º da Lei n. 9.034, de 03/05/95 – que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas).

35 As considerações feitas a partir deste ponto tomam como referência o texto do Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal formulado por Comissão de Juristas designada pelos Atos da Presidência do Senado Federal n. 11, 17 e 18 de 2008. Integraram a Comissão: Hamilton Carvalhido (Coordenador), Eugênio Pacelli de Oliveira (Relator), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Junior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Sousa do Amaral. O texto básico foi encaminhado ao Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, em 22 de abril de 2009. Inteiro teor disponível em <http://www.senado.gov.br/novocpp/anteprojeto.asp>. Acesso em 21 de maio de 2010.

36 Art. 4º O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

37 Cf. RHC n. 88.320/PI, 2ª Turma, rel. Min. Eros Grau, unânime, DJI de 26/05/2006.

38 Cf. HC n. 143.889/SP, 6ª Turma, rel. Min. Nilson Naves, unânime, julgado em 18/05/2010, acórdão ainda não publicado. Notícia desse julgamento disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=97352>. Acesso em 24 de maio de 2010.

39 São suas estas palavras: *Mas a atuação do juiz na atividade instrutória não é ilimitada. Existem balizas intransponíveis à iniciativa oficial, que se desdobram em três parâmetros: a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas*. (GRINOVER, 1999).

40 CPC, art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 5, n.18, abr./jun. 2004.

DOAK, Jonathan. Victims' rights in criminal trials: prospects for participation. *Journal of Law and Society*, Oxford, jun. 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O conteúdo da garantia do contraditório:* novas tendências do direito processual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____ A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 27, 1999.

_____ Influência do código de processo penal modelo para ibero-américa na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 1, jan./mar. 1993.

_____ A reforma do código de processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 31, jul./set. 2000.

JACKSON, John D. The effect of human rights on criminal evidentiary processes: towards convergence, divergence or realignment? *In*: *The Modern Law Review*. Oxford: Blackwell Publishing, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 8. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal.* Atualizado por Victor Hugo Machado da Silveira. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1.

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

ZILLI, Marcos. O pomar e as pragas. *In*: *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 188, jul. 2008.

Artigo recebido em 18/7/2010.
Artigo aprovado em 9/9/2010.

Marcus Vinícius Reis Bastos é juiz federal da Seção Judiciária do Distrito Federal e professor do UniCEUB.