

A atividade probatória *ex officio* judicis na recente reforma processual penal

Autor: Mauro Fonseca Andrade

Promotor de Justiça, Professor da FMP, do IDC, da UniRitter e da UFRGS, Doutor em Direito Processual Penal pela Universitat de Barcelona

publicado em 26.2.2010

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Resumo

A recente reforma de nossa codificação penal adjetiva, operada pela Lei 11.690/08, acirrou ainda mais os ânimos da doutrina contrária aos, assim chamados, poderes instrutórios do juiz. Por isso, o presente artigo procura colocar, frente a frente, os argumentos por ela utilizados e os institutos, legislação comparada e bases doutrinária e jurisprudencial invocados para sustentar a inércia judicial. Resultado disso será a demonstração de que a base informativa, utilizada por esse ramo da doutrina, não dá suporte às afirmações professadas.

Palavras-chave: Prova. Processo Penal. Sistema Acusatório. Sistema Inquisitivo.

Sumário: Introdução. 1 Produção antecipada de provas na fase de investigação. 1.1 Fixação da controvérsia. 1.2 Afastamento da premissa invocada: o ferimento do sistema acusatório. 1.3 Restrição à aplicabilidade da produção probatória antecipada *ex officio judicis*. 2 Atividade probatória *ex officio judicis* na fase processual. 2.1 O confronto da nova ordem com a velha guarda. 2.2 A doutrina oculta de Franco Cordero. 2.3 As decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. 2.4 As reformas do direito europeu. 2.5 Fragilização dos princípios da igualdade de armas e do contraditório. 2.6 Estimulo ao prejulgamento. 2.7 Incidência obrigatória do princípio *in dubio pro reo*. 2.8 A proposição de um juiz-defensor. Conclusão.

Introdução

Nas últimas duas décadas, dois foram os temas de processo penal que mais deixaram à mostra a forte divisão ideológica existente nesse delicado ramo do direito. Dizem eles respeito às discussões em torno da investigação criminal do Ministério Público⁽¹⁾ e da produção, *ex officio*, de prova por parte do juiz.

Especificamente em relação ao segundo tema, as previsões contidas no Código de Processo Penal, permissivas da chamada produção probatória *ex officio judicis*, vinham sendo alvo de severas críticas por parte de um setor bem identificado da doutrina nacional. O argumento utilizado procurava demonstrar que, ao produzir prova de ofício, o juiz estaria agindo como gestor da prova e, com isso, haveria o abandono do sistema acusatório implicitamente adotado por nossa Constituição Federal. Em suma, sustentava-se que a produção probatória de ofício tornava o juiz um inquisidor, com toda a carga pejorativa que essa expressão adquiriu ao longo da história, pois sua imparcialidade estaria irremediavelmente comprometida caso agisse por conta própria em sede probatória.

Como os tribunais superiores reiteradamente ratificavam a constitucionalidade das disposições legais que autorizavam o juiz criminal a produzir prova de ofício, a esperança dessa corrente doutrinária estava integralmente depositada na reforma parcial do Código de Processo Penal, que há anos tramitava no Congresso Nacional. Contudo, ao ser publicada

a Lei 11.690/08, que reescreveu o Título VII daquela codificação, viu-se que o legislador não só manteve a possibilidade de o juiz produzir prova de ofício na fase judicial, senão também permitiu sua produção antecipada, por iniciativa própria do magistrado, antes mesmo do ajuizamento da ação penal, ou seja, ainda na fase de investigação. Em outras palavras, segundo a visão daquela corrente doutrinária, o que já era ruim ficou pior.

Como era de esperar, a crítica à reforma – ao menos no que diz respeito ao tema de que agora nos ocupamos – não tardou a vir, e foi ácida. Muitos dos argumentos anteriormente utilizados foram novamente invocados para combater a possibilidade de o juiz atuar na fase probatória sem provocação das partes. E, quanto à possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a produção antecipada de prova na fase de investigação, a inconformidade foi ainda maior.

Em vista dessa realidade, o presente ensaio visa a analisar os argumentos apresentados pela doutrina, endereçados a combater a opção adotada pelo legislador nacional quanto à posição do juiz frente à produção probatória, de modo a ver se os fundamentos por ela utilizados nos permitem chegar aos mesmos resultados que professa.

1 Produção antecipada de provas na fase de investigação

1.1 Fixação da controvérsia

Há tempos que a doutrina vinha alertando para a necessidade de o legislador nacional regulamentar o incidente de produção antecipada de prova, deixando de lado, assim, a conveniente e conformada utilização analógica das disposições contidas na legislação civil adjetiva.**(2)** Não por outro motivo, a produção antecipada de prova era considerada, nas palavras de Lopes Jr., “uma ilustre desconhecida para o nosso processo penal”.**(3)**

Apesar dos alertas feitos, uma grande oportunidade foi perdida com a reforma operada pela Lei 11.690/08, pois, além de não trazer regulamentação alguma a esse incidente, o legislador adicionou ainda mais confusão a um tema de tão difícil aplicação prática em nosso direito.

De acordo com a nova disposição do artigo 156 do Código de Processo Penal, a prova de tudo aquilo que for alegado no processo continua sendo incumbência da parte que a fizer. Entretanto, ao juiz foi facultada a possibilidade de produzir prova em determinadas oportunidades. E a primeira delas, segundo previsão contida no inciso I daquele artigo, diz respeito à ordenação, de ofício, da produção antecipada de prova não só durante a fase processual, senão também antes mesmo do ajuizamento da ação penal.

A resposta a essa opção legislativa foi rápida e centrada na perda da imparcialidade do juiz que viesse a determinar, de ofício, a produção antecipada de prova ainda na fase de investigação criminal. Mais que isso, argumentou-se que o legislador desprezou o fato de no país não existir a figura do juiz-instrutor**(4)** (que preside o modelo de investigação conhecido como juizado de instrução) e erigiu o magistrado brasileiro à condição de “juiz-instrutor-inquisidor”, pois só assim se justificaria sua atuação, de forma independente, em uma fase da persecução penal em que, via de regra, com ela só mantém contato quando provocado.**(5)** Oliveira e Eberhardt lembraram, inclusive, da ADI 1.570, que julgou inconstitucional o artigo 3º da Lei 9.034/95 (organização criminosa), prevendo que outro não será o destino do inciso I do artigo 156.**(6) (7)**

Outra linha de argumentação foi adotada por Carvalho e Depaoli, mas igualmente criticando os termos do inciso I do artigo 156. Segundo eles, o fato de o magistrado estar autorizado a, de ofício, produzir prova de modo antecipado chocar-se-ia com o espírito da reforma operada pela Lei 11.690/08, espírito este materializado na nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz deveria manter-se

afastado da persecução penal como um todo. Desta feita, embora esses autores tenham permanecido silentes quanto aos termos do parágrafo único desse mesmo artigo 212,(8) sustentam eles que a reforma estaria voltada a uma maior aproximação do direito brasileiro ao *adversarial system*,(9) que nada mais é do que o modelo de sistema acusatório da *Common Law*, em que o magistrado não exerce outro papel na fase de produção de provas, a não ser o de garantir sua licitude.

Em defesa dessa atuação judicial, ocorrente ainda na fase de investigação, encontramos, de forma quase isolada, a doutrina de Avena. Segundo ele, ainda que a Constituição Federal tenha adotado o sistema acusatório, o inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal não pode ser interpretado em sua literalidade, sob pena de irremediavelmente ser considerado inconstitucional. Em realidade, o fato de – conforme entende – nossa legislação também haver acolhido o princípio da verdade real obrigaria o intérprete a fazer os devidos temperamentos, de modo a permitir a coexistência harmônica dessas duas diretrizes de política criminal.(10)

1.2 Afastamento da premissa invocada: o ferimento do sistema acusatório

Com a devida vênia dos autores referidos, detentores que são de imensa respeitabilidade no meio acadêmico, é possível observar que partem todos eles da premissa de que a Constituição Federal adotou o sistema acusatório, ainda que de forma implícita, para, a partir daí, sustentarem a inconstitucionalidade daquela norma ou sua temperada conformidade com a Lei Maior. Expliquemos melhor.

Já há algum tempo vimos sustentando que a Carta de 1988, embora tenha erigido o Ministério Público à condição de titular da ação penal e concedido importantes direitos e garantias fundamentais aos cidadãos, em verdade não optou – seja explícita, seja implicitamente – por qualquer um dos três sistemas de processo penal conhecidos, a saber, acusatório, inquisitivo ou misto. E assim pregamos porque absolutamente todos aqueles critérios apontados como definidores do sistema acusatório, sem maiores problemas, podem perfeitamente ser encontrados em textos – históricos e, até mesmo, atuais – representativos do sistema misto e, inclusive, do inquisitivo.

Em outras palavras, ninguém menos que a própria história – passada e presente – do processo penal é que, por si só, trata de desfazer esse pretenso vínculo de nossa Constituição Federal com o sistema acusatório. Não por outro motivo, também vimos sustentando que, a exemplo de Portugal, devemos optar por uma definição constitucional de nosso sistema de processo penal,(11) ou, ao menos, por sua menção expressa no novo Código de Processo Penal projetado por um grupo de notáveis nomeados pelo Senado Federal.(12)

Embora nossa proposição, relativa à necessidade de uma nova conceituação dos sistemas acusatório, inquisitivo e misto, já encontre guarida em relevante segmento da doutrina nacional,(13) cremos que a não adoção do sistema acusatório, em nível constitucional, pode perfeitamente ser demonstrada a partir da falta de convicção de ninguém menos que os nossos próprios Tribunais Superiores. Mas, previamente, devemos dar por superadas duas questões.

Em primeiro lugar, desnecessário é, aqui, reproduzir os inúmeros julgados proferidos tanto pelo Superior Tribunal de Justiça como pelo Supremo Tribunal Federal, que há algum tempo invocam, como fundamento de decidir, a suposta adoção, ainda que implícita, do sistema acusatório pela Carta Maior. Tal realidade é por demais conhecida pelos operadores do direito com atuação na esfera criminal. Em segundo lugar, bem sabemos que a investigação criminal presidida pelo Poder Judiciário só encontra respaldo nos sistemas inquisitivo e misto e é conduzida, respectivamente, pelas figuras do juiz-inquisidor e do juiz-instrutor (juizado de instrução).

Portanto, a constitucionalização do sistema acusatório levaria à flagrante inadequação de toda e qualquer investigação criminal judicial com o sistema de processo penal entendido como presente na Carta Maior. Contudo, essa lógica simples não é seguida por esses tribunais quando se deparam com investigações criminais presididas por magistrados.

Pois bem; em uma retrospectiva necessária, vemos que a Exposição de Motivos do atual Código de Processo Penal narra a existência de uma forte discussão, travada na década de trinta do século passado, em torno da manutenção do inquérito policial como instrumento de investigação criminal, ou da adoção do juizado de instrução, tal como à época proposto por Vicente Ráo.**(14)** Como este último modelo de investigação foi rejeitado pelo legislador de então, que optou pelo inquérito policial em nossa codificação adjetiva, tornou-se frequente, em sede doutrinária, a assertiva de que em nosso país não existe a figura do juiz-instrutor, que nada mais seria do que um juiz-investigador.**(15)**

Entretanto, como bem ressalva Nassaro, o Brasil não adotou o juizado de instrução de forma sistemática**(16)** – ou seja, como modelo de instrumento investigatório para toda e qualquer infração penal cometida no país –, o que não quer dizer, por óbvio, que não existam casos esparsos em que a legislação pátria autoriza o Poder Judiciário a realizar sua própria investigação criminal. E, se fizermos uma análise mais detida de nosso regramento, sem grandes esforços poderemos detectar ao menos cinco casos em que a autoridade investigadora é um membro do Poder Judiciário.

O caso clássico é a prerrogativa de os magistrados brasileiros serem investigados somente *interna corporis*, sempre que venham a se envolver em fatos com repercussão criminal.**(17)** Todavia, os Tribunais Superiores jamais questionaram a constitucionalidade desse modelo de investigação em todas as oportunidades – que não foram poucas – em que ela foi levada à análise por parte daqueles.**(18)** Ao contrário, em âmbito doutrinário há quem não poupe palavras para apregoar a adequação de tal prerrogativa às previsões constitucionais.**(19)**

Outra hipótese existente – e de forma constrangedora – está materializada no artigo 43 do Regimento Interno do próprio Supremo Tribunal Federal, ao atribuir a seu Presidente a competência para instaurar inquérito em razão de infrações penais que envolvam autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou mesmo pessoas não detentoras dessa prerrogativa de função, mas desde que essas infrações ocorram nas dependências daquela Casa.

Em sequência, Gomes nos faz recordar das investigações presididas por um Ministro do Supremo Tribunal Federal, sempre que o sujeito passivo dessa investigação seja uma autoridade com prerrogativa de função.**(20)** Já Lazzarini aponta a investigação judicial eleitoral, ocorrente nos casos de abuso de poder econômico, como representativa da presença do juizado de instrução em solo brasileiro.**(21)** Fechando o rol de hipóteses legalmente previstas, lembramos a redação do artigo 307, *in fine*, do Código de Processo Penal, que autoriza o magistrado brasileiro, ainda que excepcionalmente, a lavrar auto de prisão em flagrante.

Como se esses cinco exemplos já não fossem suficientes, outras situações – ainda mais embaraçosas – podem ser encontradas junto à jurisprudência dos Tribunais Superiores, ao concederem o selo da constitucionalidade a investigações judiciais instauradas fora das hipóteses legais acima elencadas. Ou seja, mesmo defendendo a adoção do sistema acusatório no Brasil, tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça vêm dando cobertura constitucional a investigações judiciais sem que, ao menos, o magistrado-investigador possua autorização legal para assim proceder.**(22)**

Todos esses exemplos deixam patente a profunda contradição que há, entre os Tribunais Superiores, ao manifestarem a suposta adoção, por

parte da Constituição Federal, de um sistema de processo penal qualificado como acusatório, mas, ao mesmo tempo, darem cobertura constitucional a diversos casos de investigação judicial que, sabidamente, não se ajustam às exigências desse mesmo sistema. Ao contrário, todas as hipóteses ventiladas são casos clássicos de juizados de instrução, representativas, como bem se sabe, do sistema misto.

Mais que isso, a constitucionalização de investigações judiciais representativas do juizado de instrução igualmente põe em evidência a impossibilidade de invocação dos termos da decisão proferida na ADI 1.570, de modo a sustentar a inviabilidade constitucional do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal. Embora proferida ao tempo em que, além dos casos acima citados, também existia o inquérito judicial da falência – extinto que foi pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 –, o relator daquela ação incidiu em um grave erro argumentativo – seguido pelos demais Ministros –, ao partir do pressuposto, segundo suas próprias palavras, de que o juizado de instrução “nunca existiu na legislação brasileira”.(23)

Por tudo isso, voltamos a repetir: a Carta Maior de 1988 em momento algum optou pela adoção do sistema acusatório, pois todas as disposições constitucionais se ajustam, como vem sendo decidido, até mesmo ao sistema misto, no qual sabidamente a acusação não é incumbência do juiz.(24) e o acusado possui garantias próprias do sistema acusatório na segunda fase de sua persecução penal. E, se assim o é, não há como pretender a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal, e tampouco fazer depender sua constitucionalidade em razão da adequação das diretrizes constitucionais ao – segundo Avena – princípio da verdade real. Em suma, nossa flagrante indefinição sistêmica torna referido inciso plenamente constitucional, o que não implica dizer que possa ele ter incidência sobre toda e qualquer investigação criminal.

1.3 Restrição à aplicabilidade da produção probatória antecipada *ex officio judicis*

Na nossa visão, a (im)possibilidade de o juiz *ex officio* determinar, em plena fase de investigação, a produção antecipada de prova irá depender justamente do tipo de investigação em que essa antecipação for determinada. Melhor explicando, o perfil ou os poderes que a legislação processual dá ao nosso juiz criminal depende claramente do modelo de investigação em que ele estiver inserido.

Nas investigações policiais ou do Ministério Público, a atuação do juiz está restrita ao exercício do papel de garante dos direitos fundamentais do sujeito investigado. Em razão disso, o processo penal cautelar de produção antecipada de prova somente pode ser instaurado a partir do ajuizamento da respectiva ação penal por parte da autoridade investigante, sob pena de, se assim também agir o magistrado, estar ferindo de morte o brocardo latino *ne procedat iudex ex officio*.

Ainda nesse modelo de investigação, a inviabilidade de atuação *ex officio*, por parte do juiz, também está presente nos processos cautelares já instaurados por iniciativa da autoridade investigante. E assim o é porque nos parece indiscutível que o fato de o juiz imiscuir-se nos rumos da investigação criminal e apontar necessidades – ou seja, certas provas – sequer sentidas por quem a presida ou a controle externamente é fator mais que determinante para o afastamento de sua condição de garante dos direitos fundamentais. Reflexo disso será a perda da possibilidade de seguir atuando nessa fase preliminar, e até mesmo de atuar posteriormente como julgador do fato objeto dessa investigação.

Já nas investigações presididas por um magistrado, o papel exercido pelo juiz não é só o de garante dos direitos fundamentais do sujeito investigado, senão também – e principalmente – o de condutor e responsável máximo pela apuração da infração penal em tese cometida. Mais que isso, as regras desse modelo de investigação criminal não estão calcadas no brocardo *ne procedat iudex ex officio*. Ao contrário, o

magistrado possui plena liberdade para agir quando entenda necessário, a começar, inclusive, pela instauração da própria investigação que irá presidir. Se assim o é, nenhum obstáculo há de modo a impedir que o juiz - investigador possa determinar, *ex officio*, a produção antecipada de prova. Na verdade, é da própria natureza desse modelo de investigação que o juiz tenha plena liberdade de atuação, pois ninguém melhor do que ele para conhecer as necessidades de uma investigação que ele mesmo preside.

Desta feita, como essas investigações judiciais – representativas que são do sistema misto de processo penal – vêm reiteradamente recebendo cobertura constitucional por parte dos Tribunais Superiores, não vemos qualquer inconveniente em sustentar que somente nessa hipótese é que poderá haver a determinação, *ex officio judicis*, de prova antecipada em plena fase de investigação.

Em síntese, para que tenha alguma aplicabilidade prática em nosso direito, e ainda que reconheçamos não ter sido essa a intenção do legislador, acreditamos que o inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal só tem lugar no seio de investigações judiciais, e jamais em investigações presididas pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público. Logo, não há que se falar, *a priori*, em inconstitucionalidade daquele inciso, senão em sua aplicação exclusiva a um modelo específico de investigação que não é seguido, como regra, em nosso país.

2 Atividade probatória *ex officio judicis* na fase processual

2.1 O confronto da nova ordem com a velha guarda

O que mais nos chama a atenção, quando do exame da doutrina nacional que procura vincular a produção probatória *ex officio judicis* ao sistema inquisitivo e à alegada perda de imparcialidade do juiz que assim procede, é a utilização de bases argumentativas assentadas do direito estrangeiro.

Essa realidade é fruto da – cada vez maior – busca de aperfeiçoamento profissional junto a países que influenciam a formação de nossas letras jurídicas. E, embora seja ela mais que louvável e necessária, sem grandes esforços é possível observar que, com o retorno desses profissionais ao Brasil, a produção literária advinda a partir de então deixou patente o imenso distanciamento entre as informações trazidas do exterior e os tradicionais – sendo alguns igualmente superficiais – tratados e manuais de processo penal publicados no país.

Em termos práticos, juízes, membros do Ministério Público e defensores passaram a enfrentar certa dificuldade de assimilação dessa nova maneira de encarar determinados institutos do direito, pois as bases argumentativas utilizadas por essa estirpe de autores estavam – e estão – fundadas em direito comparado, doutrina e jurisprudência estrangeiras. E, como essas fontes não são de fácil acesso aos demais operadores do direito, estes últimos foram levados a tomar dois caminhos distintos e antagônicos em sua atuação profissional: ou passaram a absorver acriticamente os postulados que lhes eram transmitidos pela nova ordem, simplesmente seguindo a corrente para, com isso, serem considerados progressistas, garantistas, constitucionalistas ou detentores de qualquer outro rótulo que os distanciassem ainda mais de quem não seguisse sua linha de pensamento; ou, então, insistiram em manter suas tradicionais convicções sobre certos temas, razão pela qual eram tachados de jurássicos, antigarantistas, lei e ordem, desatualizados e academicamente inferiores, se comparados àqueles.

Nunca fomos adeptos do raciocínio preguiçoso, citado por Cícero,(25) e tivemos Rui Barbosa por mestre na arte de diferenciar o saber aparente do – por ele chamado – saber real.(26)

Por isso, nossa intenção, no presente tópico, é realizar uma verificação da base argumentativa utilizada para sustentar a inviabilidade da produção probatória *ex officio judicis* prevista no inciso II do artigo 156 do Código

de Processo Penal – tal como já fizemos em outra oportunidade**(27)** –, mas agora restrita ao exame dos textos advindos após a reforma operada pela Lei 11.690/08.**(28)** Ou seja, faremos, por assim dizer, uma conferência ou checagem da base teórica utilizada por essa corrente doutrinária, de modo a ver se há como concordar com a pretendida inconstitucionalidade e/ou inquisitorialidade da conduta do juiz que, sem provocação, produz prova de ofício na fase processual da persecução penal.

2.2 A doutrina oculta de Franco Cordero

Franco Cordero é um renomado doutrinador italiano que, na década de oitenta do século passado, cunhou uma peculiar expressão para designar o comprometimento psicológico do juiz do sistema inquisitivo com o resultado do processo, ou seja, com a condenação do sujeito passivo da persecução penal. Segundo ele, o juiz do sistema inquisitivo desenvolveria quadros mentais paranoicos, razão pela qual não haveria condições de esse modelo de magistrado desempenhar o papel de verdadeiro julgador do réu.**(29)**

Pois bem; essa expressão cunhada por Cordero – quadros mentais paranoicos – foi e vem sendo utilizada, em âmbito interno, como argumento para que o juiz não possa produzir prova de ofício. Em termos simples, a relação que se faz é a seguinte: se o juiz do sistema inquisitivo é paranoico, e se o juiz do sistema inquisitivo é o único que estaria autorizado a produzir prova de ofício, então, por consequência, o juiz que produz prova de ofício é um inquisidor, paranoico e atua contra o réu. Esse é o recado que reiterada e insistentemente vem sendo passado aos operadores brasileiros do direito.**(30)**

Com o devido respeito a quem assim leciona, a doutrina desse autor italiano não se presta a dela extrair o que vem sendo divulgado.

De início, a obra em que tal expressão foi cunhada data de 1986, período em que a fase de investigação, no direito processual penal italiano, estava sob a presidência do juiz-instrutor. Ou seja, a investigação criminal era presidida por um juiz, que estava encarregado de buscar provas e informações a favor ou contra o investigado. E, como a figura do juiz-investigador é comum aos sistemas misto (juizado de instrução) e inquisitivo, essa era a relação feita em torno da suposta paranoia do juiz italiano ao tempo em que aquela obra foi publicada.

Sob esse contexto, acreditamos que até existe algum sentido na expressão cunhada por Cordero, pois não há como defender a imparcialidade de um juiz que investiga e que, ao igual, acumula a função de julgador. Contudo, essa justificativa parece haver desaparecido em 1988, ano em que a Itália foi brindada com um novo Código de Processo Penal, que esteve – e está – centrado em uma forma diferente de conceber a persecução penal.

Nesse novo código, a investigação criminal foi retirada do juiz-instrutor, sendo repassada à presidência do Ministério Público, mas tendo a polícia judiciária como importante parceira na realização dos atos de apuração. E, apesar de extinto o juizado de instrução, o legislador italiano entendeu por autorizar que seu juiz, em plena fase processual, produzisse provas *ex officio* sempre que julgasse necessário, como se vê junto aos artigos 70, 190.2, 195, 224, 237, 507, 508, 511 e 602 daquele código. Em vista disso, a pergunta que naturalmente vem às nossas mentes é: mas e agora, qual a posição de Cordero frente a esse novo papel do juiz no direito italiano?

Em obra publicada já sob a vigência da nova legislação processual penal italiana, Cordero foi claro ao ratificar sua opinião, no sentido de considerar paranoico o juiz do sistema inquisitivo.**(31)** Entretanto, também deixou patente que o fato de o juiz produzir provas de ofício não deve ser encarado como uma possibilidade pelo legislador. Ao contrário, deve tal conduta judicial ser encarada como uma necessidade para o perfeito

funcionamento do processo,(32) o que levou esse autor, na prática, a avaliar a previsão legal pós-reforma, estampada nos artigos citados. E, de modo a afastar toda e qualquer dúvida relativa ao seu entendimento quanto ao sistema de processo penal italiano, esse autor não mediu palavras ao afirmar que, embora existindo essa necessidade, e tendo o legislador optado por conceder certos poderes ao juiz na fase probatória, possuía o processo italiano natureza indiscutivelmente acusatória.(33)

Em termos mais simples, ninguém menos que o próprio Franco Cordero manifesta seu entendimento de que paranoia e sistema inquisitivo seguem relacionados, mas que produção de prova de ofício e sistema acusatório não são inconciliáveis, tal como se prega no Brasil, e, pior, invocando-se a doutrina de um autor que não afirma isso.

Como já afirmamos em outra oportunidade, ninguém menos que esse mesmo autor é quem põe abaixo a tese, tão propalada no Brasil, de que a gestão da prova é que define um sistema de processo penal, pois ela foi cunhada a partir de uma expressão simpática aos defensores do juiz inerte. Ou, em termos práticos, é o próprio Cordero quem, ao comentar a atual legislação processual penal italiana, desautoriza-os a falar em seu nome, em especial sobre algo que ele não pensava e nunca disse.(34)

Portanto, a tese da gestão da prova, já em sua origem, mostra-se totalmente viciada, pois foi construída a partir de uma base doutrinária inexistente.

2.3 As decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Outro argumento para combater a possibilidade de o juiz produzir prova de ofício, e que igualmente foi buscado junto ao direito estrangeiro, diz respeito, especificamente, a dois julgados do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em razão da natural repercussão que essa Corte produz junto ao seu correlato americano. Em termos específicos, são invocadas as decisões proferidas nos casos Piersack (1982) e De Cubber (1984).(35) Mas, novamente, é preciso analisar atentamente o teor dessas decisões, a fim de ver se elas realmente se aplicam ao tema em análise.(36)

O caso Piersack, proveniente da Bélgica, disse respeito a um membro do Ministério Público que, após presidir a investigação criminal, assumiu o cargo de juiz, sendo um dos responsáveis pelo julgamento do próprio fato que anteriormente havia investigado. Em vista disso, o que se decidiu foi pela impossibilidade de esse magistrado participar do julgamento, em razão da atividade que havia exercido anteriormente. Ou seja, a única coisa que se fez foi declarar um impedimento que, desde a década de quarenta do século passado, está presente no inciso II do artigo 252 do nosso Código de Processo Penal.

Já o caso De Cubber, também belga, versou sobre um fato em que o juiz foi investigador (juizado de instrução) e também julgador. Portanto, o que se pleiteou foi o reconhecimento da impossibilidade de um mesmo juiz cumular ambas as funções, sob pena de ferimento à sua imparcialidade. Como resultado, aquele tribunal acolheu a tese defensiva, e determinou a separação de funções entre os juizes, criando a seguinte regra: o juiz que investiga não julga. Outra vez, buscou-se fora do país uma posição que aqui foi adotada, e de forma precursora no direito continental, ainda ao tempo em que o Brasil era seguidor do juizado de instrução como modelo de investigação criminal. Trata-se da Decisão de Governo nº 81, de 02.04.1824, que determinou ao juiz brasileiro essa separação de funções.(37)

Como é possível observar, esses dois julgados estão única e exclusivamente relacionados com a impossibilidade de o juiz ser investigador e julgador de um mesmo fato. Por consequência, a invocação de ambos os julgados cai no vazio, pois nada têm a ver com a (im)possibilidade de o magistrado produzir prova de ofício na fase processual.

2.4 As reformas no direito europeu

Entre as décadas de setenta e oitenta do século passado, o direito europeu passou por profundas mudanças, ao menos junto a países que mais destaque recebem por sua importância como formadores de opinião no direito continental. Referimo-nos, especificamente, a Alemanha, Portugal e Itália, sendo tais reformas invocadas como justificadoras da necessidade de o juiz ser passivo na fase probatória. **(38)**

De fato, em 1975 a Alemanha realizou uma profunda reforma em seu código de processo penal de 1877, o que a levou a ser chamada de a Grande Reforma. **(39)** Em 1987, Portugal seguiu o mesmo caminho, mas tratou de construir um novo código, a partir da matriz acusatória estampada desde 1978 no artigo 32.5 de sua Constituição. Por fim, a Itália revogou o antigo Código Rocco, de 1930, e promulgou uma nova legislação adjetiva em 1988.

Nota marcante em todos esses países é que, em suas reformas – parciais ou totais –, houve a extinção da figura do juiz-instrutor, substituindo tal modelo de investigação por aquela presidida pelo Ministério Público. Entretanto, em que pese haver ocorrido essa perda de poderes do juiz na fase de investigação – tendo passado ele a atuar, nessa fase, de forma similar ao juiz brasileiro –, é perfeitamente possível observar que, ao menos na fase processual e, em especial, na fase probatória, o magistrado desses países continua tendo poderes para, sem qualquer provocação externa, produzir as provas que entenda necessárias para bem julgar, seja absolvendo, seja condenando. Ao menos essa é a realidade encontrada nos códigos da Alemanha (§§ 214 [4] e 244 [1]), Portugal (artigo 340, 1 e 2) e Itália (artigos 190.2, 70, 195, 224, 237, 507, 508, 511 e 602).

Assim, novamente inviável se mostra a invocação dessas reformas no direito europeu, como argumento de direito comparado destinado a combater a produção de prova *ex officio judicis* prevista na recente reforma de nossa legislação adjetiva.

2.5 Fragilização dos princípios da igualdade de armas e do contraditório

Além de argumentos voltados à nossa pseudossincronia com o direito comparado, outros de ordem principiológica também são invocados para combater a figura do juiz ativo na fase probatória, dizendo eles, respectivamente, ao pretendido ferimento aos princípios da igualdade de armas e do contraditório. **(40)**

No que diz respeito ao princípio da igualdade de armas, a ideia transmitida é que o juiz se converteria em uma arma a favor da acusação, pois o magistrado passaria a somar forças com o Ministério Público para, juntos, condenar o acusado. Se essa é a justificativa, o primeiro equívoco está em considerar o juiz como instrumento – uma arma processual –, em vez de um sujeito da relação, pois o resultado do comprometimento do magistrado com os interesses do autor ou do réu levará à perda de sua imparcialidade, e não à quebra de um princípio que procura equiparar situações, meios, possibilidades e oportunidades entre acusador e acusado. O segundo equívoco reside no fato de partir do pressuposto que no processo penal brasileiro haveria essa igualdade de armas, mas que seria quebrada com a atividade probatória do juiz.

Ora, ninguém desconhece os efeitos do princípio favor rei no processo penal, que no Brasil é responsável pela concessão, com caráter exclusivo ao réu, de mais e melhores armas do que aquelas concedidas ao acusador. E, para não deixar passar, tais armas são concedidas a título de favor ao réu – como o próprio nome do princípio indica –, nada tendo que ver com algum critério de compensação decorrente do princípio de igualdade de armas material. Basta lembrar da possibilidade de o réu utilizar-se de prova ilícita para ser absolvido, de só ele poder interpor

embargos infringentes e de nulidade, de só a seu favor poder haver uma *reformatio* de ofício em segundo grau, e só poder ser ajuizada ação destinada a revisar sentença condenatória já transitada em julgado, se for essa ação voltada a beneficiar o réu.(41) Em suma, entendemos que não pode ser quebrado – o princípio da igualdade de armas – o que não existe em nosso processo penal.

E, quanto ao ferimento do contraditório, parece-nos novamente que não há um bom entendimento em relação às consequências da previsão de incidência desse princípio em um determinado ordenamento, como ocorre com o direito brasileiro, em razão da menção constitucional feita no inciso LV do artigo 5º.

O aporte de provas ao processo – sejam elas produzidas por quem for – em nenhum momento impede que a parte prejudicada por seu conteúdo possa ter acesso a elas. Ao contrário, é dever do juiz dar vista de sua produção no processo, tanto ao acusador como ao acusado, assim que venham elas a ser juntadas aos autos. E, para que não se diga que não tratamos especificamente do caso em que o juiz determina a produção de provas *ex officio judicis*, lembramos que o espírito de nosso código está voltado para a obrigatória participação de autor e réu, sempre que o magistrado pretenda atuar sem provocação prévia de uma das partes do processo. Que o diga o inciso IX do artigo 497 do nosso Código de Processo Penal.

2.6 Estímulo ao prejudgamento

É impressionante, para não dizer preocupante, que haja quem sustente que o juiz, pelo fato de poder produzir prova de ofício, estará sujeito a prejudgar o fato posto a seu exame(42) ou que tal prova será produzida somente contra o réu.(43)

Ora, bem sabemos que essa é uma afirmação forte de nossa parte, mas não há como conter a inconformidade ao constatar que esse pensamento surge a partir da premissa de que o juiz somente irá produzir prova de ofício em detrimento dos interesses do réu, e com o único propósito de condená-lo. Mais que isso, há um total desprezo pelo fato de tal questão estar há décadas resolvida e superada no direito processual civil, e sua invocação no processo penal deixar ainda mais patente o porquê de este último ramo do direito ser considerado o primo pobre ou a Cinderela, como prefere Carnelutti(44), do direito processual.

Em nenhum momento – repetimos, em nenhum momento – os Tribunais Superiores, seja do Brasil, seja do exterior, reconhecem haver um favoritismo, por parte do julgador, em relação ao autor da ação penal, ou uma ânsia condenatória incontrolada contra o réu. Nem mesmo os Tribunais Americano e Europeu dos Direitos Humanos conseguem aceitar esse entendimento, apesar de estarem voltados à preservação dos interesses do cidadão, analisando os processos que a eles aportam sob a ótica – quem diria, e para ser propositalmente redundante – dos direitos humanos. Ou seja, em termos práticos, estes últimos tribunais foram criados justamente para transitarem acima da legislação de cada país submetido à sua jurisdição, não estando comprometidos, portanto, em preservar a integridade da legislação interna de uma determinada realidade nacional.

A melhor comprovação do caráter preconceituoso desse argumento está na inexistência de um direcionamento, por parte de nossa legislação processual, quanto a quem pode ou deve ser beneficiário da produção probatória determinada de ofício pelo juiz. Aliás, direcionamento pretendido justamente por quem pretende impedir que o juiz possa produzir prova tanto condenatória como absolutória. Como veremos mais abaixo, e para incompreensão daqueles que veem o juiz como alguém que deve tratar igualmente ambas as partes, há quem proponha que só possa o magistrado determinar a produção de prova de ofício se for para beneficiar o réu, e nunca para prejudicá-lo. Maior prejudgamento que esse, impossível. Mas, como é a favor do réu, a nova ordem não escreve uma

linha sequer para rebater esse verdadeiro absurdo – histórico e acadêmico –, mesmo dividindo os mesmos espaços acadêmicos com seus proponentes.

Pensávamos, de forma ingênua, que não seria preciso dizer, mas estávamos redondamente equivocados. É preciso dizer sim, e em voz alta: o juiz, ao ser autorizado a produzir prova de ofício no processo penal, pode agir em favor de ambas as partes, não tendo qualquer vínculo obrigatório com o autor da ação penal.

2.7 Incidência obrigatória do princípio *in dubio pro reo*

Outro suposto aliado da tese de impossibilidade de o juiz produzir prova de ofício é o princípio do *in dubio pro reo*.(45) O que ele significa, pelo visto, pouca gente sabe, mas é apresentado, simploriamente, como o dever de o juiz absolver quando tiver dúvida no ato decisório em relação à condenação do réu.

Buscando um pouco mais de fidelidade ao momento de aplicação desse instituto, vemos que ele nasce no direito clássico – em especial no direito romano –, mas não no momento em que os juízes tinham alguma dúvida no momento de julgar. Em uma situação em que houvesse dúvida por parte dos julgadores, faziam eles uso de um voto com a inscrição *NL*, ou seja, *non liquet*, que significa não está claro.

Quando esses votos *NL* superavam a soma dos votos necessários para a condenação ou absolvição do réu, não havia a incidência do princípio *in dubio pro reo*. O que ocorria era a determinação da incidência do instituto da *ampliatio*, que nada mais era do que a ampliação do julgamento, a fim de que as partes apresentassem mais e melhores provas aos juízes, para que, aí sim, eles pudessem julgar o mérito do processo.(46)

Nesse período, o *in dubio pro reo* só tinha lugar quando houvesse empate na votação em um tribunal composto por vários julgadores (populares ou não),(47) deixando patente a dúvida quanto a qual decisão tomar – se condenatória ou absolutória –, realidade igualmente presente junto ao direito ateniense(48), considerado o berço da democracia e do próprio sistema acusatório.

Por isso, o *in dubio pro reo* nada teve a ver com eventual dúvida do julgador em relação à responsabilização penal do réu. Em realidade, ele dizia respeito ao resultado final de uma votação efetuada por juízes que sabiam muito bem qual posição tomar na votação, pois estavam convencidos da culpabilidade e da inocência do réu, mas, em vista do empate em votos, o resultado levava à absolvição do sujeito passivo do processo.

Portanto, a dúvida levava à manifestação, por parte dos juízes, de sua inconformidade quanto ao material probatório apresentado, materializando essa inconformidade com o voto *NL*. Ou seja, para que pudessem julgar, os juízes necessitavam de mais provas além daquelas já constantes nos autos. E, como não podiam os juízes partir eles mesmos para a produção dessas provas, já que os tribunais da antiguidade eram formados por centenas ou milhares de cidadãos, a saída encontrada foi justamente delegar essa obrigação às partes, reabrindo-se a instrução através da *ampliatio*.

É justamente nesse sentido que está inserida a possibilidade de o juiz atual determinar a produção de prova *ex officio*, ou seja, ele deixa claro que não está satisfeito com o material probatório aportado pelas partes. Contudo, em vez de delegar a elas, parte ele mesmo para a produção de outras provas, pois, frente à substituição dos juízes populares pelo juiz unipessoal (togado), já não há o impedimento de ordem prática existente no direito antigo. Dito de outro modo, para que o juiz possa bem julgar o fato que lhe é posto a exame, tem ele – na verdade, sempre teve – plena liberdade para dissentir das partes e buscar melhores informações para condenar ou absolver o réu.

Esse não é somente nosso entendimento, senão também o ensinamento transmitido pela filosofia(49) e deixado pela doutrina internacional que seriamente trata do princípio *in dubio pro reo*.

Nesta última esfera, as lições são no sentido de que, quando existente um juiz togado, e manifestando ele estado de dúvida para bem julgar, aquele princípio somente pode ser invocado depois de o magistrado “oficiosamente diligenciar no sentido de o ultrapassar”,(50) oficiosidade esta que equivale à determinação de prova de ofício para suprir essa dúvida, tal como autoriza o direito brasileiro. Ou, como pregava Carnelutti, “quando existem provas evidentes da culpabilidade ou da inocência, antes de condenar ou de absolver é necessário continuar na investigação até haver esgotado todos os recursos”.(51)

Em suma, o alcance que os defensores do juiz inerte na fase probatória pretendem dar ao princípio do *in dubio pro reo* não possui qualquer respaldo histórico e muito menos doutrinário.

2.8 A proposição de um juiz-defensor

Toda a linha argumentativa acima analisada está centrada na impossibilidade de o juiz produzir prova de ofício, sob pena de, se assim o fizer, estar ferindo o sistema acusatório, no qual o juiz seria naturalmente inerte ou mero espectador da atividade das partes. Mais que isso, caso agisse de ofício, o juiz teria irremediavelmente perdida sua imparcialidade, pois parte-se do pressuposto de que essa determinação de produção de prova é sempre realizada com o intuito de condenar o réu. Por tudo isso, consideramos – como mínimo – curiosa a posição manifestada por Giacomolli.

Após aderir ao entendimento de que nosso sistema de processo seria o acusatório e afirmar que “ao juiz não cabe provar nem contraprovar”, esse autor propugna que o processo penal somente admitiria a produção de prova *ex officio judicis* a favor do réu, e nunca contra ele. Assim leciona sustentado nos deveres de o juiz preservar o *status libertatis* do réu(52) e evitar uma “condenação injusta”,(53) fatores que, por sua vez, seriam fruto do direito universal de proteção dos direitos fundamentais e da inviolabilidade do direito de defesa.(54)

A proposta feita por esse autor não é nenhuma novidade em nossa doutrina. Entretanto, os argumentos já apresentados são de ordem diversa, tendo eles sido por nós examinados em outra ocasião, momento em que denominamos esse modelo de magistrado como sendo o juiz-defensor.(55) Mas, também aqui, e com o devido respeito ao citado autor, a insustentabilidade de sua proposição é igualmente manifesta.

De início, não há como silenciar quanto a uma patente contradição no postulado apresentado por Giacomolli. Em um primeiro momento, esse autor afirma, de forma peremptória, a impossibilidade de o juiz do sistema acusatório produzir prova de ofício para provar e contraprovar. Mas, em seguida, sustenta que esse mesmo sistema acusatório – que acredita existir no país – comporta a atividade probatória *ex officio judicis*, desde que exercida a favor do réu. Ou seja, o sistema acusatório admitiria a atividade probatória de ofício, mas estaria condicionada a ser exercida favoravelmente a só um dos lados da relação processual.

Entretanto, ao longo de toda a história do sistema acusatório – tanto no direito antigo, como no direito atual –, em nenhum momento encontra-se qualquer restrição à atividade probatória de ofício do juiz, no sentido de que ele só pode assim agir se for para beneficiar a uma das partes já predeterminadas, tal como aqui proposto. Ou seja, não será no sistema acusatório que se conseguirá dar alguma cobertura histórica ou de direito comparado ao modelo de juiz proposto por Giacomolli. Ao contrário, a figura do juiz-defensor – aquele que só pode produzir prova de ofício se for para beneficiar o réu – historicamente sempre esteve vinculada, quem

diria, ao sistema inquisitivo.

Não por outro motivo, Carpsódio criou o brocardo *judex supplere debet defensionis rei ex officio* justamente para deixar manifesto esse dever de o juiz inquisidor proteger exclusivamente o réu, em detrimento dos interesses do acusador. Foi em razão desse traço histórico do juiz inquisidor – ser protetor dos interesses do réu – que autores nacionais o erigiram à condição de elemento integrante do sistema inquisitivo.**(56)** E, se quisermos buscar exemplos, junto aos textos deixados ao longo da história por este último sistema, sem grandes esforços encontraremos esse juiz-defensor na regulamentação da Inquisição Espanhola. Em termos específicos, ele se faz presente nas Instruções de Torquemada (1484), em que o juiz podia buscar novas testemunhas que comprovassem que aquelas arroladas pelo acusador haviam prestado depoimento com o ânimo de prejudicar o réu, seja por inimizade, seja por corrupção.**(57)** bem como nas Instruções de Valdés (1561), em que o juiz somente poderia produzir prova de ofício para averiguar a inocência do réu.**(58)**

Portanto, sob o ponto de vista histórico, a proposição do juiz-defensor está umbilicalmente vinculada ao sistema inquisitivo e não há como ser dele excluída com uma simples penada. Menos ainda vincular a figura do juiz-defensor ao sistema acusatório, que sempre admitiu – ao menos nos modelos derivados do direito antigo e do direito continental hodierno – que o juiz satisfizesse suas dúvidas, antes de julgar o mérito, com a determinação de produção de prova de ofício, a ser trazida aos autos pelas partes (como na *ampliatio* do direito romano) ou por ele próprio (no direito atual). Em uma situação como essa, nunca foi tão atual a lição deixada por Cícero, quando disse que “a imutabilidade nos fatos passados é evidente; em certos futuros, porque não seja evidente, nem sequer parece existir”.**(59)**

Um segundo aspecto que salta aos olhos é a invocação da preservação do *status libertatis* do réu, como fundamento para a figura do juiz-defensor. Ora, a preservação do *status libertatis* do réu foi utilizada como base argumentativa para a criação do princípio *favor rei*, que nada mais é do que a concessão de cobertura principiológica para o fato de o réu receber mais e melhores armas que seu opositor, sob o fundamento de poder demonstrar sua inocência ou restabelecer/manter sua liberdade. Lembremos, aliás, que tais armas lhe são concedidas não como decorrência da aplicação do princípio da igualdade material de armas – ou seja, a título compensatório, por uma deficiência sua –, mas sim como fruto de um puro e simples favor ao réu, como o próprio nome desse princípio nos indica. Em termos mais singelos, o que pretende Giacomolli é que o acusador – público ou privado –, além de já estar fragilizado endoprocessualmente pelo fato de o réu possuir mais e melhores armas que seu opositor, também tenha que enfrentar um juiz tendencioso, parcial, que nega o motivo de sua existência no processo e que não merece o qualificativo de magistrado,**(60)** justamente por estar direcionado a ser um protetor do réu, tal como a seu tempo alertou Carpsódio.

Por toda essa soma de fatores, desde já fazemos o alerta: o real propósito da ideia do juiz-defensor não é para a nossa realidade legislativa, senão para o futuro texto a que estaremos submetidos dentro em breve. Melhor explicando, bem sabemos que a atual codificação adjetiva penal autoriza, sem restrições ou direcionamentos, que o juiz produza prova de ofício na fase processual da persecução penal. Quanto a isso não há dúvida. Entretanto, as notícias veiculadas pelo Senado Federal dão conta de que o projeto de novo Código de Processo Penal optará pela figura do juiz passivo na obtenção da prova, tal como pretendido pela corrente doutrinária acima referida. Aliás, um dos membros da comissão de reforma é quem, reiterada e cansativamente, apregoa nos meios acadêmicos a incompatibilidade do sistema acusatório com a figura do juiz que produz provas de ofício, utilizando-se, como base doutrinária, justamente da palavra de Cordero que, como vimos, simplesmente não

prega esse modelo de magistrado.

Com isso queremos dizer que, ao que parece, atualmente está sendo plantada a ideia do juiz-defensor para que seus frutos sejam colhidos com a entrada em vigor do novo Código de Processo Penal, caso o modelo de juiz inerte venha a vingar junto ao Congresso Nacional. Ou seja, com a definição de que a prova produzida *ex officio judicis* não se prestará a servir para a condenação do réu, ficará fácil levantar a bandeira do juiz bonzinho e buscar sua aceitação em âmbito doutrinário e jurisprudencial, ante a invocação de argumentos voltados à preservação dos direitos humanos do réu, tal como o faz Giacomolli.

Finalizando, não há como negar que, aos olhos do leigo, é simpática a ideia de um juiz que se apresenta como defensor dos direitos humanos e por demais preocupado com o bem-estar das pessoas. É-nos passada, portanto, a imagem de que, justo no processo penal, essa proposição está voltada à criação de um juiz que tem seu coração e sua mente impregnados da mais pura bondade humana e que seria moralmente superior ao acusador, por não apresentar tais valores entre seus atributos profissionais e/ou pessoais. O problema é que, quando o tema é a bondade ou boa vontade do ser humano, a literatura é pródiga em duvidar de suas reais posições.

Cícero diz que “nada é tão popular como a bondade”,⁽⁶¹⁾ inserindo, assim, a bondade entre os instrumentos de manifestação do populismo. Em igual linha seguiu Locke, ao alertar que, embora possa parecer o contrário, a boa vontade nem sempre está presente em determinados atos ou comportamentos humanos.⁽⁶²⁾ Por isso, e conjugando essa linha de pensamento com a discussão aqui travada em torno do juiz-defensor, ficamos com Lopes Jr., quando pergunta, ainda que sob a ótica oposta: “Quem nos protege desse tipo de bondade?”.⁽⁶³⁾

Mas, como a proposição do juiz-defensor está calcada na equivocada invocação de um sistema de processo penal que não lhe dá guarida e na formatação de um magistrado que sequer merece esse nome, não há como não lembrar a advertência de Marco Aurélio, Imperador-filósofo romano do século II d.C., quando alertou para o fato de que “Convém deixar o erro de um outro ali onde ficou”.⁽⁶⁴⁾ Ou seja, no caso do juiz-defensor, só no mundo das ideias.

Conclusão

A discussão em torno da produção probatória *ex officio judicis* não é nenhuma novidade no direito processual, foi ela travada durante muito tempo no processo civil. A possibilidade há décadas está assentada, sem grandes traumas acadêmicos, nesse ramo do direito, ao contrário do que vemos, ainda hoje – e para seu demérito –, no processo penal.

Essa pode até ser uma afirmação forte, mas não há como esconder nossa frustração em ver um tema de tamanha relevância e seriedade ser tratado da forma como vem ocorrendo. O que dizer em relação aos argumentos aqui expostos em defesa do juiz-defensor ou mesmo do juiz inerte na fase probatória, que podem ser rebatidos por qualquer acadêmico de história ou com a simples leitura da legislação ou da jurisprudência invocadas?

Em nossa opinião, o aperfeiçoamento do processo penal só não ocorre em razão dos traumas deixados pelo sistema inquisitivo, que poucos reflexos produziu no processo civil. Por isso é que o processo civil se encontra em um patamar técnico mais elevado, pois não encontramos autores que invoquem o selo da acusatoriedade ou da inquisitorialidade para defender ou opor-se a temas a que ideologicamente são favoráveis ou contrários, mesmo que a história dos sistemas acusatório e inquisitivo não lhes dê qualquer respaldo. Ou seja, em âmbito civil, as opiniões pessoais não conseguem ser mascaradas com pretensos argumentos históricos que, ao final, facilmente mostram-se inexistentes.

A verdadeira discussão em torno da produção probatória *ex officio judicis* deve ser travada não no campo do pode ou não pode, mas em relação aos

limites para que esses poderes sejam validamente exercidos pelo magistrado. Dito de outro modo, toda essa celeuma deve ficar em segundo plano para que centremos nossas forças na busca de uma definição sobre até onde pode ir o juiz em sua atuação na fase probatória, sobre qual material probatório ele pode ou não pode trazer aos autos, e de que maneira se fará o controle dessa atividade. Há necessidade de fixação desses limites na lei ou devemos analisar cada caso em concreto, tal como ocorre de modo desorganizado no direito comparado?

Enquanto essa discussão não ocorrer, a história do direito processual continuará sendo deturpada em nome do preconceito e para o alcance de preferências meramente pessoais.

Notas

1. Sobre a formação histórica da investigação criminal do Ministério Público, seus aspectos processuais e os argumentos favoráveis e contrários a ela, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua investigação criminal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

2. LOPES JR., Aury. A opacidade da discussão em torno do promotor investigador (mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa). **Boletim IBCCrim**, Rio de Janeiro, a. 12, n. 142, set. 2004, p. 11. LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar. In: **Propostas para um novo modelo de persecução penal; combate à impunidade**. Série Cadernos do CJF, v. 25. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica; Centro de Estudos Judiciários. Brasília: CJF, 2005. p. 89.

3. LOPES JR., Aury Celso L. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no Processo Penal. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, n. 78, v. 26, jun. 2000, p. 74.

4. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. I, p. 247.

5. LOPES JR., Aury. Bom para quê(m)? **Boletim IBCCrim**, Rio de Janeiro, a. 16, n. 188, jul. 2008, p. 10.

6. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 296-297. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 152-153. EBERHARDT, Marcos. Reformas processuais penais no âmbito da produção probatória. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas do Processo Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 92.

7. Além da ADI 1.570, também a ADI 3.450 insurge-se com a possibilidade de atuação judicial, *ex officio*, na fase de investigação. Trata-se de ação ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, destinada a alcançar a inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei 9.296/96 (que regulamenta a interceptação das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução criminal), em que utiliza, como argumento, a mácula a normas constitucionais concernentes ao sistema acusatório e ao princípio do devido processo legal.

8. Artigo 212 do CPP. "As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição."

9. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que o juiz não deve produzir provas – a nova redação do artigo 156 do CPP (Lei Nº 11.690/2008). **Boletim IBCCrim**, Rio de Janeiro, a. 16, n. 190, set. 2008, p. 6.

10. AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 156-157.
11. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 461-463.
12. ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em torno de um novo Código de Processo Penal. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 61, maio-out. 2008, p. 116-120.
13. Nesse sentido, vide: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. Ob. cit., p. 5.
14. PROJETO. Código de Processo Penal. Exposição de Motivos do sr. Ministro da Justiça justificando o projecto. **Justiça**. Porto Alegre, a. IV, v. VII, Fascículo V, p. 455-468, set. 1935. RÃO, Vicente. Exposição de Motivos do Projeto de Código de Processo Penal, encaminhado à Presidência da República em 15.08.1935. **Diário Oficial**, Suplemento n. 221, edição de 25 de setembro de 1935. Críticas ao projeto podem ser encontradas em: ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva, 1937.
15. GRINOVER, Ada Pellegrini. A legislação brasileira em face do crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 5, 1997, n. 20, p. 59. COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins. Inquérito policial e a investigação dos fatos que antecede a ação penal no ordenamento jurídico instaurado pela Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 5, n. 19, jul.-set. 1997, p. 177. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Ob. cit., p. 247.
16. NASSARO, Adilson Luís Franco. Considerações sobre o Juizado de Instrução Criminal. **Revista A Força Policial**. São Paulo, n. 41, jan.-mar. 2004, p. 80.
17. Lei Complementar nº 33, de 14 de março de 1979 (LOMAN), artigo 33, parágrafo único: “Quando, no curso da investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação”.
18. STF, HC 94.278-4, rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, j. em 25.09.2008, DJ 28.11.2008. STF, HC 88.280/SP, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j. em 15.08.2006, DJ 08.09.2006, p. 43. STF, RHC 84.903/RN, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, j. em 16.11.2004, DJ 04.02.2005, p. 27. STF, HC 77.355-8, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. em 01.02.1998, DJ 02.02.2001. STJ, HC 32.391, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. em 10.02.2004, DJ 15.03.2004. STJ, HC 30.707, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, j. em 18.12.2003, DJ 16.02.2004. STJ, REsp 113.159, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, j. em 14.04.1997, DJ 09.06.1997. STJ, AR, rel. Min. Assis Toledo, j. 10.05.90, RSTJ 17/179.
19. VIEIRA, Luis Guilherme. O Ministério Público e a investigação criminal. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 15, 2004, p. 38.
20. GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Falências e suas repercussões criminais. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, a. 6, n. 31, abr.-maio 2005, p. 15.
21. LAZZARINI, Álvaro. Um novo modelo de investigação pré-processual: Juizado de Instrução para certos crimes. In: **Propostas para um novo modelo de persecução penal; combate à impunidade**. Série Cadernos do CJF, v. 25. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídica; Centro de Estudos Judiciários. Brasília: CJF, 2005. p. 124.
22. STF, HC 75.769-3, rel. Min. Octávio Gallotti, 1ª Turma, j. em 30.07.1997, DJ 28.11.1997. STF, HC 68.784, rel. Min. Celso de Mello, j.

- 01.10.1991, DJ 26.03.1993, p. 53. STJ, RHC 4.074-2, rel. Min. Pedro Aciole, j. em 28.11.1994, DJ 20.02.1995.
23. STF, ADI 1.570, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 12.02.2004, DJ 22.10.2004.
24. ANDRADE, Mauro Fonseca. *Code Napoleônico de 1808. Um ilustre desconhecido*. In: **Código de Instrução Criminal Francês de 1808**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 20-29.
25. De acordo com o maior orador romano do período republicano, “pelos filósofos é chamado **raciocínio preguiçoso** um certo raciocínio com o qual, se o aceitássemos, nada absolutamente fariamos em vida” (CÍCERO, Marco Túlio. **Sobre o destino**. IX, 17. Tradução de José Rodrigues Seabra Filho. São Paulo: Nova Alexandria, 2001. Tradução de **De Fato**. p. 17-18).
26. “Mas, senhores, os que madrugam no ler, convém madrugarem também no pensar. Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas ideias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas. Já se vê quanto vai do saber aparente ao saber real. O saber de aparência crê e ostenta saber tudo. O saber de realidade, quanto mais real, mais desconfia, assim do que vai aprendendo, como do que elabora” (BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Papagaio, 2003. p. 33-34).
27. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus princípios reitores**. Ob. cit., p. 189-228.
28. Em relação aos argumentos apresentados anteriormente à citada reforma, ver: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 189-228.
29. CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986. p. 51.
30. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCrim**, Rio de Janeiro, a. 16, n. 188, jul. 2008, p. 12. LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Ob. cit., p. 75-76.
31. CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. 5. ed. Milano: Giuffrè, 2000. p. 21.
32. CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Ob. cit., p. 602.
33. CORDERO, Franco. **Procedura Penale**. Ob. cit., p. 100-101.
34. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus princípios reitores**. Ob. cit., p. 210.
35. LOPES JR., Aury. **Bom para quê(m)?** Ob. cit., p. 10.
36. Uma análise mais profunda desses dois julgados é possível encontrar em: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus princípios reitores**. Ob. cit., p. 198-199.
37. PIERANGELI, José Henrique. **Processo Penal. Evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru: Javoli, 1983. p. 342.
38. LOPES JR., Aury. **Bom para quê(m)?** Ob. cit., p. 11.
39. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua investigação criminal**. Ob. cit., p. 70-72.
40. LOPES JR., Aury. **Bom para quê(m)?** Ob. cit., p. 10. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que o juiz não

- deve produzir provas – a nova redação do artigo 156 do CPP (Lei nº 11.690/2008). Ob. cit., p. 6.
41. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus princípios reitores**. Ob. cit., p. 175-187.
42. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. **Por que o juiz não deve produzir provas**: a nova redação do artigo 156 do CPP (Lei nº 11.690/2008). Ob. cit., p. 6.
43. GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal. Considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 35.
44. CARNELUTTI, Francesco. La cenicienta. In: **Cuestiones sobre el Proceso Penal**. Traduzido por Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1994. p. 13-21. Tradução de **Questioni sul Processo Penale**.
45. GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal. Considerações críticas**. Ob. cit., p. 36-37. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de; DEPAOLI, Solon Bittencourt. Por que o juiz não deve produzir provas – a nova redação do artigo 156 do CPP (Lei nº 11.690/2008). Ob. cit., p. 6.
46. CICERÓN, Marco Tulio. Verrinas – La Pretura de Roma. Segunda Sesión, Discurso Primero. 9, 26. In: _____. **Discursos**. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Tradução de José María Requejo Prieto. Madri: Gredos, 2000. v. 46, t. I, p. 121. Tradução de **Verrinas**.
47. CICERÓN, Marco Tulio. En defensa de Aulo Cluencio. 39, 108. In: _____. **Discursos**. Coleção Los Clásicos de Grecia y Roma. Tradução de Jesús Aspa Cereza. Madri: Gredos, 2000. v. 48, t. III, p. 202. Tradução de **Pro Cluentio**.
48. ARISTÓTELES. **La Constitución de Atenas**. 68-69. 3. ed. Tradução de Antonio Tovar. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 217-212.
49. Como disse Decartes, “para julgar requer-se certamente o entendimento, porquanto nada podemos julgar de uma coisa que de nenhum modo percebemos” (DESCARTES, René. **Princípios da Filosofia**. Tradução de Guido Antônio de Almeida *et alli*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2002. Tradução de Principia Philosophiae. p. 51).
50. PIMENTA, José da Costa. **Princípios fundamentais do Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1989. p. 214. No mesmo sentido, MELENDO, Santiago Santís. In Dubio Pro Reo. **Revista de Derecho Procesal Iberoamericana**, Madri, n. 2-3, 1971, p. 515.
51. CARNELUTTI, Francesco. **Las miserias del Proceso Penal**. 3. reimp. Tradução de Santiago Santís Melendo. Santa Fe de Bogotá/Colombia: Temis, 1999. p. 40.
52. GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal. Considerações críticas**. Ob. cit., p. 36.
53. Idem, p. 37.
54. Ibidem.
55. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus princípios reitores**. Ob. cit., p. 219-224.
56. MARQUES, José Frederico. Do Processo Penal Acusatório. In: **Estudos de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 23. MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 97. TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 9. RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 50.

57. Instrução 14. Infruciones fechas en Seuilla año de 1484 por el prior de fancta Cruz. *Copilacion delas Infruciones del Officio dela fancta Inquificion hechas por el muy Reuerendo feñor Thomas de Torquemada Prior del monafterio de fancta cruz de Segouia, primero Inquifidor general delos reynos y feñorios de Epaña*, 1532. In: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição Espanhola e seu processo criminal. As instruções de Torquemada e Valdés**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 17-98.

58. Instruções 29 e 38. *Copilación delas Infruciones del Officio dela fancta Inquificion, fechas en Toledo, año de mil y quinientos y fefenta y un años*. In: ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição Espanhola e seu processo criminal. As instruções de Torquemada e Valdés**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 99-131.

59. CÍCERO, Marco Túlio. **Sobre o destino**. IX. Tradução de José Rodrigues Seabra Filho. São Paulo: Nova Alexandria, 2001. p. 17-18. Tradução de **De Fato**.

60. Já no século XVII, em escrito voltado a criticar a Inquisição Católica, Locke lembrava que, entre os deveres do magistrado, estava o de zelar pelos interesses do cidadão e da coletividade em igual nível, situação que, no caso em exame, deixa ainda mais patente a perda da condição de magistrado daquele que se vincula, psicológica e antecipadamente, aos interesses somente do acusado, em detrimento dos interesses da sociedade em ver não só absolvido quem for inocente, mas também condenado a quem for culpado. Segundo as palavras do autor inglês, "O dever do magistrado civil consiste em assegurar, mediante a execução imparcial de leis justas a todo o povo, em geral, e a cada um dos seus súditos, em particular, a justa posse de coisas correspondentes à sua vida" (LOCKE, John. **Carta sobre la tolerancia**. 4. ed. 2. reimpr. Tradução de Pedro Bravao Gala. Madrid: Tecnos, 2002. p. 6. Tradução de **A letter concerning toleration [1689-1690]**).

61. CICERÓN, Marco Tulio. Defensa de Ligario. XII. 37. In: **Defensa de Ligario. Defensa del poeta Arquías**. 1. ed. 1. reimpr. Tradução de Antonio Fontán Pérez. Madrid: Gredos, 1989. p. 54. Tradução de **Pro Ligario**.

62. LOCKE, John. **Carta sobre la tolerancia**. 4. ed. 2. reimpr. Tradução de Pedro Bravao Gala. Madrid: Tecnos, 2002. p. 6. Tradução de **A letter concerning toleration [1689-1690]**).

63. LOPES JR., Aury. **Bom Para Quê(m)?** Ob. cit., p. 11.

64. MARCO AURÉLIO. **Meditações**. Livro IX, 20. Tradução de William Li. São Paulo: Iluminuras, 1995. p. 101.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

ANDRADE, Mauro Fonseca Andrade. *A atividade probatória ex officio judicis na recente reforma processual penal*. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 34, fevereiro. 2010. Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao034/mauro_andrade.html>

Acesso em: 05 ago. 2010.