

**A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JULGADOR À LUZ
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

**PROBATIVE INITIATIVE OF THE JUDGE IN THE
LIGHT OF FEDERAL CONSTITUTION**

MARCO AURÉLIO NOGUEIRA

Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
mnoqueira@mpmg.mp.br

GUILHERME CASTELHONE CHAGAS

Estagiário
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil
guicastelhone@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho visa analisar a atividade de produção de provas de ofício pelo magistrado em um Processo Penal e se ela tem guarida constitucional. Serão estudadas as bases teóricas dessa atividade e será exposto seu descompasso com o atual estágio da doutrina processual. Diante da adoção de um sistema acusatório para delinear os contornos procedimentais, restará evidenciado que a outorga de poderes instrutórios ao julgador não mais tem lugar no Estado brasileiro por atentar diretamente contra a imparcialidade e diversos outros corolários do Devido Processo Legal, como o contraditório e a ampla defesa. Ao final do estudo, buscou-se demonstrar que o julgador deve se relacionar com a prova produzida tão somente de maneira complementar, visando à finalidade da atividade jurisdicional, que é a tutela dos direitos das partes.

PALAVRAS-CHAVE: processo penal; devido processo legal; prova; imparcialidade; presunção de inocência.

ABSTRACT: The present study analyzes the production of evidence, *ex officio*, by the magistrate in a criminal procedure. The theoretical bases of this activity will be studied and its disharmony with the current stage of the doctrine exposed. After choosing the accusatorial system to define how a criminal procedure should be, it's become clear that allowing a judge to seek evidence can no longer exist in Brazil as this goes directly against the impartiality and several other corollaries of the due process of law. At the end of this study, we sought to demonstrate that the judge should only interact with the evidence produced in a complementary manner, meeting the purpose of the judicial activity, which is the protection of the defendant and prosecutor's rights.

KEYWORDS: criminal procedure; due process of law; evidence; impartiality; presumption of innocence.

1. Introdução

Dentro do Direito Processual Penal, é possível encontrar alguns dos principais e mais acesos debates existentes na comunidade jurídica brasileira. É justamente sobre um desses assuntos que o presente trabalho pretende tratar: a iniciativa instrutória do magistrado no Processo Penal. É possível que o julgador tenha o poder de produzir provas de ofício sem que isso fira o Devido Processo Legal?

A polêmica que revolve este tema é justificada. Inúmeros doutrinadores, partindo das mais diversas bases teóricas, chegam a resultados completamente díspares. O Judiciário, de igual forma, parece estar submerso nesta discussão, apresentando, conforme se demonstrará, decisões conflitantes entre si, o que não ajuda a trazer um fim a tal contenda.

Ao longo deste trabalho, serão expostas as bases teóricas daqueles que são contra ou a favor da outorga desse poder ao juiz. Para isso, o ponto de partida será a análise dos sistemas que regem (ou já regeram) o Processo Penal e os contextos históricos e sociais em que eles estavam inseridos.

Sem dúvida, o sistema acusatório é o mais adequado para uma nação que preze a Democracia. O cerne da questão é saber se a partir da interpretação do texto constitucional brasileiro é possível extrair as bases para um sistema acusatório e quais as consequências disso para a disciplina processual penal. Não é difícil perceber que a legislação que rege o Processo Penal brasileiro está em uma vertente completamente oposta, ostentando um nítido caráter inquisitivo que aposta em um forte protagonismo judicial.

A Constituição de 1988 foi um marco para o país e para o Direito brasileiro como um todo. Com um conteúdo bastante garantista, o Texto Maior mudaria completamente o modo de aplicação do Direito e, obviamente, do Direito Processual Penal. Isto é, caso a Constituição estivesse sendo efetivamente concretizada.

Na verdade, podemos perceber que a doutrina e jurisprudência ainda têm certa resistência em romper com os paradigmas do regime anterior – basta ver que muitas vezes determinadas disposições de um Código criado em 1941 e que são incompatíveis com a atual ordem constitucional prevalecem sobre esta. Isso causa uma subversão na hierarquia das normas no Direito brasileiro que não pode ser tolerada, visto que a prática forense não pode revogar a Lei e esta não pode ignorar a Constituição.

Um exemplo logo surge ao considerar o que diz o art. 156 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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. (BRASIL, 1941, grifo nosso).

Em um contexto social como o brasileiro, tal dispositivo não pode ser interpretado de maneira dissociada da realidade. Deve-se “contextualizar e contextualizar” a interpretação, na expressão de Ca-

notilho (2013, p. 45). Isto é, extrair a norma que melhor condiz com o contexto normativo em que está inserida, não se olvidando das texturas sociais e fáticas fornecidas pela sociedade.

Dessa maneira, em um país onde a maioria esmagadora dos acusados não tem a menor condição de bancar uma defesa técnica de qualidade para competir com a equipada acusação estatal, não é compreensível que se queira acentuar tal desigualdade defendendo a produção de provas de ofício pelo magistrado indiscriminadamente.

Parte da doutrina tem se apoiado em institutos como o “princípio da busca da verdade real” para justificar a violação de garantias processuais penais do acusado. Sobre a relação entre “verdade” e processo, será preciso demonstrar, ao longo deste estudo, a incongruência do pensamento de que alcançar a “verdade real” é o escopo do processo.

O processo penal não pode mais ser visto e conduzido como mero instrumento de aplicação do Direito Penal, mas como um veículo de garantia do indivíduo em face do Estado. Por tal motivo, a principal finalidade deste trabalho é interpretar o processo penal não com as ideias de uma época que há muito foi superada, mas sim à luz da nova ordem constitucional democrática. As garantias processuais trazidas pela Constituição devem definir o modo de aplicação da legislação processual, jamais o contrário.

2. Jurisdição e garantias individuais

Seria impossível tratar do tema principal sem falar da jurisdição (principalmente a jurisdição penal) e o seu papel em um Estado Democrático de Direito. Há muito o Estado avocou para si a árdua tarefa de resolver os conflitos que ocorrem em seu território, surgindo, assim, a jurisdição.

Tal atividade estatal tem uma importância incontestável para o Direito. Por isso, nas próximas linhas, serão investigados os seus fins e qual deve ser a tutela prestada ao direito das partes que se submetem a ela.

2.1. Jurisdição e o seu escopo

Na tentativa de buscar quais são os objetivos almejados pela jurisdição, é preciso percorrer as lições de Chiovenda. Para o mestre italiano, a função da jurisdição é atuar a vontade concreta da lei. Segundo o autor, a jurisdição em um processo de conhecimento é uma substituição

[...] definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes. (CHIOVENDA, 1922, p. 365).

Apesar do brilhantismo do autor, tal concepção não mais atende às necessidades do Direito moderno. É preciso lembrar, com a lição de Marinoni, que o autor estava em um contexto no qual a atividade interpretativa não era algo que recebia a devida atenção. Essa teoria partia do pressuposto de que “o juiz podia solucionar qualquer caso mediante a aplicação de normas gerais, uma vez que o ordenamento jurídico seria completo e coerente”. (MARINONI, 2013, p.91). Prossegue o renomado processualista:

Se a legislação era completa e coerente, e assim capaz de dar à jurisdição condições de solucionar qualquer caso, o juiz jamais precisaria cristalizar uma norma – mediante a interpretação da lei de acordo com a Constituição – para regular a situação litigiosa. Não precisaria e nem poderia delinear uma norma jurídica segundo os ditames da Constituição porque nessa época não se apresentava a ideia de que a validade da lei é vinculada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. Como a lei também não podia considerar a realidade, as desigualdades sociais e o pluralismo, bastava à jurisdição aplicar a lei genérica e abstrata, típica do Estado Liberal. (MARINONI, 2013).

Portanto, as lições de Chiovenda, neste particular aspecto, não são suficientes, pela ausência de uma interpretação voltada à construção de normas que respeitem a Constituição e os direitos fundamentais do homem.

Outra definição clássica e de extrema valia foi concedida por Carnelutti (1936, p. 40). Para ele, a função da jurisdição é a de justa composição da lide, a qual consiste no conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência de outro interessado. Tal composição seria feita pelo fato de a sentença tornar concreta uma norma antes abstrata e genérica – fazendo particular a lei aos litigantes.

Não será abordada a questão de existir ou não lide no processo penal, pois tal esforço exigiria um estudo apartado. Basta, para os fins deste trabalho, dizer que a lide no processo penal é eventual, isto é, não importa se o acusado concorda com a imputação (*e.g.* por meio da confissão) feita pelo *parquet*. A condenação só poderá advir se, nos autos, existirem provas de que ele cometeu o fato criminoso. O que interessa da noção carneluttiana é a ideia de que, ao fim da atividade jurisdicional, a Lei, abstrata e genérica, deverá ser aplicada de maneira particularizada.

Essa concretização da Lei só pode ser resultado da atividade interpretativa do jurista. Tal atividade, contudo, dista de ser fácil. Em uma sociedade complexa e pluralista, o legislador não é capaz de acompanhar o frenético ritmo das mudanças sociais. Por isso, a “atualização” do sentido das regras e princípios cabe ao intérprete.

Evidentemente, cada intérprete possui convicções e opiniões próprias, o que poderia levar a uma infinidade de interpretações diferentes sobre um mesmo objeto, arruinando a necessária coerência e segurança do Direito (características a ele intrínsecas, ao menos de um ponto de vista weberiano). No entanto, é imprescindível à atividade hermenêutica um grau acentuado de intersubjetividade, isto é, que as pré-concepções individuais do intérprete sejam mitigadas ao longo do processo interpretativo. Uma das maneiras para tal controle é colocar o texto constitucional como parâmetro, buscando conciliar a produção acadêmica da doutrina com as opiniões pessoais do intérprete para dar ao caso concreto uma resposta adequada à Constituição.

É exatamente desta forma que a força normativa da Constituição se efetiva: não mais pode a norma infraconstitucional passar apenas

por um controle formal de constitucionalidade; a norma – que, ensina Grau (2013, p. 45) nada mais é que o produto da interpretação do texto – deve ser construída de modo a dar efetividade ao texto constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais¹.

Portanto, unindo a lição de Carnelutti com o que foi tratado brevemente sobre a interpretação, fica claro que a lei, abstrata e genérica, deverá ser aplicada no caso concreto de modo a dar a necessária tutela aos direitos garantidos na Constituição. Obviamente, com as alterações que ocorreram na Teoria da Constituição (principalmente no que tange à questão da supremacia do texto constitucional) mudanças drásticas também atingiram o Direito Penal. Conforme ensina Figueiredo Dias, mudanças no direito penal substantivo alteram sua face processual:

Assim, logo a conformação teleológica fundamental do direito penal substantivo exercerá uma enorme influência na concepção do direito processual penal respectivo. Mesmo relativamente a problemas processuais os mais concretos ficam o seu sentido e sua solução de problemas dependentes de uma certa tomada de posição por parte do direito substantivo, de tal modo que alterações deste (mesmo mínimas) se comunicam, por vezes com força potenciada, ao direito processual penal. (DIAS, 1974, p. 28).

Quais seriam os direitos constitucionais, trazidos pela Carta de 1988, que alteraram a base do direito processual penal? A resposta necessariamente deve conter (i) o respeito ao devido processo legal com todos os seus corolários e (ii) a presunção de inocência. Não é por outra razão que Tucci (2011, p. 39) elege como objetivo da jurisdição penal a tutela da liberdade de locomoção humana. Disso não destoa Marinoni (2013, p. 111) quando afirma que a jurisdição deve dar tutela às necessidades do direito material, compreendidas à luz das normas constitucionais.

¹ Concordando com a ideia de que a interpretação não pode depender das concepções subjetivas, Eros Roberto Grau (2013, p. 20) leciona com maestria: “O intérprete está vinculado com a objetividade do direito. Não com a minha ou sua justiça, porém o direito. Não ao que grita a multidão enfurecida, porretes nas mãos, mas o direito”.

Neste ponto, é preciso fazer um importante esclarecimento: o direito processual penal não tutela os mesmos bens ou interesses que o direito penal. Enquanto este visa proteger determinados bens jurídicos, proibindo ou ordenando condutas sob pena de sanção, o processo penal, como já foi dito, é uma proteção ao cidadão acusado da prática de uma infração penal.

É bem verdade que o processo penal é um caminho necessário para a aplicação de uma pena², contudo, isso não quer dizer que ele esteja a serviço do direito penal. O processo é uma garantia da pessoa contra abusos estatais, motivo pelo qual é seguro afirmar que a lei processual penal é, em primeiro lugar, um complemento necessário do texto constitucional e não da lei penal substantiva. Marco Antonio de Barros, nesse sentido, acentua que “não é tarefa da Constituição ditar regras sobre o processo penal, cabendo estabelecer os princípios supremos e genéricos que regem o sistema”. (BARROS, 2013, p. 66).

Essa conclusão pode ser alcançada por um simples raciocínio lógico: se é certo que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, CF/88), então não se pode dizer que o Estado tem em face do imputado uma pretensão punitiva³, pois não pode ter pretensão alguma contra alguém presumidamente inocente. O Estado tem o direito de punir o autor do evento delituoso, o qual somente será descoberto ao fim do processo. Em suma, inicialmente o direito estatal é unicamente processual, ou seja, o direito de imputar a alguém a prática de um fato relevante para o direito penal – uma pretensão acusatória.

A efetividade do Direito Penal é garantida aparelhando-se os órgãos de persecução, isto é, as polícias e o Ministério Público, e garantindo-se a este último o pleno exercício contraditório. Não é o proces-

² É o que se extrai do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, *in verbis*: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

³ Pelo rigor técnico que o presente estudo exige, esclarece-se que o conceito de “pretensão punitiva” adotado foi fornecido por Carnelutti (1950, p. 191), o qual afirma que “a pretensão penal é, em particular, a exigência de submetimento de alguém à pena”.

so penal, por si só, que tutela o direito penal substantivo e os bens jurídicos por ele protegidos.

Assim, não é difícil visualizar que o processo penal se apresenta como algo que deve viabilizar a tutela prometida pelo direito material (que, como visto nas linhas anteriores, não pode ser a clássica pretensão punitiva). Os direitos em questão são a presunção de inocência e o direito ao devido processo legal.

Com razão, Marinoni (2013, p. 149) afirma que “tutelar direitos, em outros termos, é aplicar a lei, diante de situações concretas, a partir dos direitos fundamentais”. O autor afirma ainda que “ao se dizer que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos, deseja-se igualmente pôr às claras que ela tem o dever de viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela Constituição”, evitando inclusive que a inidoneidade técnica adotada pelo legislador prejudique tal tarefa. Nesse sentido também, acrescenta Lopes Júnior (2014, p. 41): “nossa opção é pela leitura constitucional e, dessa perspectiva, visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais”.

Entender de outro modo é ter a Constituição como um mero instrumento retórico, desempenhando uma função simbólica⁴. De nada adianta um inciso despertar uma ilusão de progresso quando a sua aplicabilidade é frustrada por construções teóricas conservadoras. No oportuno comentário feito por Marx sobre a Constituição da República Francesa, o autor diz ser “um ardil a promessa de liberdade total e a garantia dos mais belos princípios se se deixa a sua aplicação, os detalhes, para a decisão da legislação posterior.” (MARX, 1851).

2.2. A função do intérprete no Direito Contemporâneo

Não seria possível, pelas limitações que o presente estudo exige, dar a devida atenção ao tema da hermenêutica em um Estado Constitucional de Direito. Contudo, é necessário ao menos explicitar a posição teórica adotada.

⁴ O tema da Constitucionalização Simbólica foi muito bem trabalhado por Marcelo Neves em Constitucionalização Simbólica. In: CANOTILHO, 2013, p. 67.

Conforme já foi dito, a norma jurídica não surge sem o processo de interpretação. O antigo brocardo *in claris cessat interpretatio* não tem mais sentido no contexto atual, pois até para saber se algo está claro ou não, é preciso antes interpretá-lo. A norma não é o objeto da interpretação; é o seu resultado. Todavia, manter a atividade hermenêutica presa ao texto da lei não é suficiente, sendo oportuna a lição de Grau:

É que a norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos da realidade e do caso ao qual ela será aplicada (mundo do ser). Note-se bem que, ao interpretar os textos normativos, o intérprete toma como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá. Além disso, os fatos, elementos do caso, hão de ser também interpretados. (GRAU, 2013, p. 46).

É preciso chamar atenção à importância que o contexto histórico exerce no processo de construção da norma jurídica. Por isso, na interpretação da lei processual penal não é aceitável continuar buscando a inatingível *mens legislatoris* (até porque um órgão pluralista como uma casa do Legislativo não tem uma vontade unívoca). O intérprete não se pode sujeitar, por exemplo, aos debates travados no parlamento em torno da intenção dos que elaboraram a lei. Deve, no entanto, reconhecer tais circunstâncias e perceber as modificações ocorridas no meio social para sua aplicação. (GADAMER, 1999, p. 401).

Após anos de luta, uma Constituição democrática finalmente apareceu para trazer mudanças. Portanto, cumpri-la é um avanço considerável. Efetivar o direito de presunção de inocência e o devido processo legal, nos termos mínimos propostos pelo texto constitucional – ou seja, cumprir o que a Constituição promete – muitas vezes é visto como uma postura “positivista”. Há uma lamentável confusão neste ponto, em que se colocam as diversas faces do positivismo jurídico sob um mesmo rótulo, e se esquece a superação dessas formas pelo e no interior do paradigma da linguagem. (STRECK, 2014, p. 49).

Surpreendentemente, no entanto, existe hoje no Brasil um verdadeiro fascínio de parte da doutrina por teorias argumentativas do Direito (muitas vezes apenas uma vulgata da teoria alexyana) que, inadvertidamente, acabam relativizando todos esses direitos e garantias arduamente conquistados. Parte da doutrina, utilizando o que são habitualmente chamados de “princípios” da ponderação e da proporcionalidade, relativizam aquilo que o próprio texto constitucional quis mais rígido.

Como bem adverte Ávila (2013, p. 98), com a intenção de diminuir o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo, sem o mínimo de objetividade ou de rigor técnico, aumenta a injustiça pela intensificação do decisionismo. Paradoxalmente, carregando a imagem de uma aplicação progressista e efetiva do ordenamento jurídico, a doutrina lança os fundamentos para que o próprio conservadorismo seja instalado.

Evidentemente, tal prática bloqueia a consistência jurídica, subordinando o Direito imediatamente às intrusões particularistas do poder. Tal inconsistência gerada não é muitas vezes notada, pois fica encoberta pela força retórico-argumentativa⁵ dos princípios relativizadores (como se verá adiante o caso do chamado “princípio da verdade real”).

É preocupante quando o discurso da “prevalência do interesse público sobre os direitos individuais” vem atrelado ao “princípio” da proporcionalidade, o qual muitas vezes é aplicado de maneira retórica e sem rigor técnico. A questão foi brilhantemente tratada pelo ministro Eros Grau em seu voto proferido no HC 95.009/SP:

⁵ Marcelo Neves (2013, p. 173-174) aponta que durante o nacional-socialismo foram precisamente os juristas que proclamaram a importância de princípios orientados por valores e teleologias que pontificaram nas cátedras. Autores ditos “formalistas”, como Hans Kelsen, foram banidos de suas cátedras ou não tiveram acesso ao espaço acadêmico. Durante o regime militar brasileiro semelhante experiência ocorreu com o modelo axiológico proposto por Miguel Reale, sua “teoria tridimensional do Direito, que serviu como crítica às vertentes “formalistas”. É claro que um modelo rígido de regras é desastroso para um regime político de exceção, no qual as exceções são definidas *ad hoc* para a manutenção da estrutura de dominação. Regras significam limitações ao Estado, o que impede ou ao menos dificulta a “maleabilidade” necessária para conter as pressões de grupos e pessoas.

Tenho criticado aqui – e o fiz recentemente (ADPF 144) – a banalização dos ‘princípios’ (entre aspas) da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um ‘princípio’ superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de ‘corrigir’ o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios – porque não reproduzem as suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito. No caso que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual ‘não há direitos absolutos’. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz a gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade que deveria acudir-nos.

Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da ‘necessária atividade persecutória do Estado’, à ‘supremacia do interesse público sobre o individual’. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo – não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente – *não tem lugar em matéria penal e processual penal*. ‘Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Min. Ilmar Galvão) que a interpretação sistemática da Constituição ‘leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar’. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie’ (BRASIL, 2008, grifo nosso).

Logo, no contexto democrático em que o país está inserido (ou ao menos era para estar) estão superadas as considerações pela “supremacia do interesse público”. As regras do devido processo penal e a presunção de inocência são garantias democráticas, limitadoras da ação estatal e acima da discussão reducionista entre público/privado.

3. Sistemas processuais

Ao longo da História, é possível visualizar uma estreita relação entre o modo pelo qual o poder estatal é exercido e as características do processo penal. Os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são a resposta às demandas do Direito Penal e do Estado em um determinado período histórico.

Em países que não possuem uma forte base democrática, é comum um processo penal mais voltado ao utilitarismo, geralmente secreto, e até mesmo a inversão da carga probatória. Em um Estado que respeita mais as liberdades individuais, é comum o predomínio de um sistema acusatório, marcado pela separação entre os órgãos acusadores e os julgadores.

Como se pode perceber, a questão é muito mais política do que técnico-processual. Na verdade, a escolha do sistema processual decorre do próprio modelo de Estado que o instituiu e das relações deste com seus cidadãos. Não é por outra razão que Figueiredo Dias afirma: “diz-me como trata o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu”. (DIAS, 1974, p. 428).

Não há consenso no país sobre qual o modelo processual adotado no processo penal brasileiro. A jurisprudência dos tribunais superiores afirma que o modelo seguido é o acusatório, posição ratificada por boa parte da doutrina. Outros, não sem motivos, caracterizam o processo penal brasileiro como (neo)inquisitório. O eterno dilema “acusatório *versus* inquisitório” muitas vezes acaba escurecendo qual deve ser o ponto central do debate.

Evidentemente, o processo penal existente no Brasil possui características dos dois sistemas processuais. Há um nítido conflito entre os valores trazidos pela Constituição de 1988 e a feição autoritária da legislação processual penal. Esse descompasso leva alguns doutrinadores a classificar o sistema brasileiro como misto ou mesmo “acusatório formal”⁶.

⁶ Binder (2013, p. 51), de maneira acertada, afirma que “acusatório formal é novo nome do sistema inquisitivo que chega até nossos dias”.

Com o devido respeito a tais posições, não há como negar que elas são fruto de um reducionismo que não pode ser tolerado. Pensar que apenas uma separação inicial das funções de acusar e julgar é suficiente para um processo acusatório é um equívoco que não pode ser cometido por aqueles que pretendem a construção de um processo penal democrático.

A Constituição lançou as bases para um processo penal no qual o juiz acusador-instrutor não tem mais lugar e o texto infraconstitucional deve se adequar a essa mudança. Se uma norma legal não está em conformidade com os parâmetros constitucionais, ou seja, incapaz de prestar a tutela autorizada e prometida pela Constituição, é certo que: (i) deve-se buscar no seu texto uma interpretação conforme a Constituição⁷ ou de acordo com esta⁸; (ii) não se deve aplicá-la, declarando sua inconstitucionalidade. Só assim é preservada a supremacia do texto constitucional. Permitir que a Lei dobre a Constituição, impedindo a efetivação dos direitos e garantias nela previstos, é uma postura que desconsidera todos os avanços conquistados pela doutrina nas últimas décadas.

Ao garantir a todos os acusados o contraditório, a ampla defesa e a presunção de inocência, o constituinte deu os primeiros passos para a construção de um processo com a nítida separação entre acusador-julgador. Tal conclusão é alcançada a partir da lição dada por Cunha Martins (2011, p.8), o qual afirma “provar é em boa medida convencer”. Ou seja, quando o juiz traz ao processo alguma prova, ele o faz para se convencer de algum fato, que pode ser favorável ou desfavorável ao acusado.

Contudo, como a dúvida milita a favor do acusado, se o juiz não estiver convencido da culpa, não pode assumir as rédeas da instrução, pois estaria ignorando, a um só tempo, a presunção de inocência e o contraditório. Apesar de não tão evidente quanto a violação daquela, o contraditório é atingido, pois este só tem sentido em um

⁷ Forma de controle de constitucionalidade na qual se exclui a interpretação proposta inicialmente e se impõe outra, adequada à ordem constitucional.

⁸ Técnica de interpretação que consiste em adotar, entre as várias interpretações constitucionais possíveis, aquela que melhor se ajusta à Constituição.

processo de partes. Uma parte apresenta sua versão, a outra responde, e o magistrado, assim, forma o seu convencimento. Se o juiz colhe elementos para fundamentar sua sentença, ele já está, conscientemente ou não, vinculado a um polo do processo, transformando a resposta da parte prejudicada em mera formalidade sem poder algum de convencimento.

Não é por outro motivo que o ordenamento jurídico brasileiro conta com um Ministério Público, instituição que, tamanha sua importância, a própria Constituição declara ser permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.

O *parquet* é uma parte essencial no processo penal, criada justamente para possibilitar o contraditório e a imparcialidade do órgão julgador – imparcialidade prevista no pacto San José da Costa Rica, cujo art. 8º afirma o direito de a pessoa ser julgada por um órgão independente e imparcial.

Apesar de realmente existirem, no processo penal brasileiro, várias características próprias do sistema inquisitório, a análise deve ser voltada ao princípio unificador. Tendo isso em mente, comanda o sistema inquisitório o princípio inquisitivo; já no sistema acusatório, é o princípio dispositivo⁹ que lhe informa. (ROSA, 2013, p. 54-55). Embora não mais exista um processo que se enquadre perfeitamente nas características dos modelos históricos, não há mais sentido em continuar com o debate “acusatório *versus* inquisitório”. Não há razão para invocar conceitos do passado para tentar dar sentido ao presente, já que o ponto que importa é o tratamento que se dá à questão da gestão da prova.

4. A iniciativa probatória do órgão julgador e o ônus da prova no processo penal

Um sujeito pode se encontrar em diversas posições jurídicas na relação jurídico-processual, ou mesmo naquelas de direito material.

⁹ Devido aos múltiplos significados que podem ser atribuídos ao “princípio dispositivo”, é necessário clarificar que ele, no contexto empregado, se refere à disponibilidade das partes sobre o material probatório com o qual o juiz formará seu convencimento.

Essas posições jurídicas classificam-se em ativas e passivas. As primeiras (também chamadas de favoráveis ou positivas) são aquelas preordenadas a efetivar um interesse do titular, enquanto as passivas (desfavoráveis ou negativas) são aquelas que realizam um interesse de outrem. No primeiro caso, encontram-se os direitos, os poderes e as faculdades. No outro, as obrigações, os deveres e as sujeições. (BADARÓ, 2001, p. 169-170).

Para Carnelutti (1936, p. 56), o ônus é uma posição jurídica passiva. Contudo, o ônus é uma manifestação de liberdade, sem qualquer forma de coerção para sua observância ou realização. Resumidamente, é a faculdade do sujeito de executar o ato para a obtenção de um resultado favorável. É a presença desse caráter positivo da ideia de ônus que demonstra a contradição em classificá-lo como uma posição negativa.

Há na ideia de ônus, portanto, as noções de poder e liberdade. Há um ônus quando o exercício de alguma faculdade é condição para se obter uma determinada vantagem ou impedir uma situação desvantajosa. (BADARÓ, 2001, p. 171). O ônus consiste em uma faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse.

Importante classificação feita por Goldschmidt (1936, p. 82-83) distinguiu duas espécies de ônus: (i) ônus perfeito: o prejuízo ocorre necessária e inevitavelmente no caso do seu descumprimento; (ii) ônus menos perfeito: a consequência somente se produz *arbitrio iudicis*. O autor afirma não existirem “ônus completamente imperfeitos”, pois, se não há consequência para o descumprimento, não há ônus algum.

No que diz respeito ao ônus de provar algo em um processo, a doutrina passou a distinguir o ônus da prova subjetivo do objetivo. O ônus da prova subjetivo dirige-se às partes e será tratado adiante. O ônus da prova objetivo tem como alvo o julgador, constituindo verdadeira regra de julgamento. Não pode o julgador pronunciar o *non liquet* se ao final da instrução ainda restar dúvida sobre algum fato, pois, no momento de decidir, tal dúvida deverá ser considerada prejudicial à parte que não se desvencilhou do seu ônus de provar. Surgem, portanto, regras acerca da distribuição do ônus da

prova para que o juiz possa se pronunciar sobre uma pretensão formulada mesmo quando algum ponto não tenha sido suficientemente esclarecido.

O ônus da prova subjetivo é o encargo, que pesa sobre as partes, de buscar as fontes de prova e introduzi-las no processo pelos meios de prova. Na lição de Badaró:

Neste caso, o ônus subjetivo da prova tem uma função de direcionamento da atividade das partes na produção da prova. O ônus da prova funciona como um estímulo para as partes, visando à produção das provas que possam levar ao conhecimento do juiz a verdade sobre os fatos. Em função dessa distribuição de riscos sobre a não comprovação de um fato, em que se fundamenta a pretensão ou a defesa, é que as regras sobre ônus da prova funcionam como uma pressão psicológica para as partes, tendo o efeito de motivá-las a participar ativamente a fornecer a prova dos fatos que pretende ver reconhecidos no processo. As partes são estimuladas a provar suas alegações, ante o risco da prova frustrada. (BADARÓ, 2001, p. 181).

Eis como a questão foi tratada pelo Código de Processo Penal:

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. (BRASIL, 1941).

Por ora, somente o *caput* do referido dispositivo legal receberá comentários. O primeiro ônus da prova surge, obviamente, com o oferecimento da denúncia¹⁰. Ao Ministério Público cabe a tarefa de

¹⁰ Ou queixa-crime, no caso de ação penal privada.

provar a culpa do imputado, além de qualquer dúvida razoável. Em outras palavras, o *parquet* tem o ônus de comprovar a prática de um crime ou contravenção (fato típico, ilícito e culpável)¹¹ e a autoria deste acontecimento. Caso o órgão acusador não consiga se desvencilhar de tal ônus, a sentença só pode ser a absolutória.

Lembram Marinoni e Mitidiero (2013, p. 746) que só se poderá considerar provada a culpa do acusado para além da dúvida razoável se: (i) a condenação for capaz de explicar todos os dados disponíveis nos autos, integrando-os de forma coerente, e novos dados que a condenação hipoteticamente permite formular, e (ii) forem refutadas todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados compatíveis com a sua inocência. Qualquer coisa aquém disso transformaria a presunção de inocência em um simulacro de garantia.

À defesa, por sua vez, não é possível que seja atribuído um dever de se defender. Explica Badaró:

O Estado não pode impor ao acusado o dever de provar sua inocência. É verdade que, na integração entre autodefesa e defesa técnica, esta última terá que estar presente no processo penal. Trata-se, contudo, de regra que se volta menos ao acusado e muito mais ao próprio Estado, impondo-lhe a obrigação de ofertar um defensor para todo e qualquer cidadão que, por qualquer motivo, não esteja amparado por profissional com habilitação técnica. Não há, porém, em relação ao acusado, um dever de prestar defesa técnica. (BADARÓ, 2001, p. 230).

Não há, portanto, um dever do acusado de provar sua inocência. A presunção de inocência e o *in dubio pro reo* levam a esta conclusão, impedindo que se imponha ao acusado qualquer ônus probatório. O que há para o imputado é uma assunção de riscos. A defesa assume riscos pela perda de uma chance probatória. (LOPES JUNIOR,

¹¹ Há uma acesa discussão na doutrina envolvendo a questão de a acusação possuir ou não o dever de comprovar a inexistência de causas excludentes da ilicitude ou culpabilidade. Parte da doutrina afirma ser necessária somente que seja provada a autoria e a materialidade, cabendo ao imputado provar as teses defensivas que alegar. Há forte posicionamento apontando que, devido ao *in dubio pro reo* e a presunção de inocência, o ônus cabe inteiramente à acusação. Não é possível tratar da questão com a necessária atenção no presente estudo, pois isso acabaria retirando o foco do tema principal.

2013, p. 563). Quando é facultado ao acusado fazer prova de algum fato e este não aproveita essa chance, nasce (ou aumenta) o risco de uma sentença desfavorável. Exemplo disso é o direito constitucional ao silêncio (representado frequentemente através do brocardo *nemo tenetur se detegere*) que não gera qualquer prejuízo processual, pois não há uma carga para o réu. O não aproveitamento das chances de produzir provas tão só potencializa o risco de uma sentença condenatória.

Portanto, é seguro dizer que, por qualquer ângulo que se examine o processo penal, todo o ônus probatório pertence ao órgão acusador. É o que exige a garantia constitucional da presunção de inocência, valor fundante do sistema de provas. Ou ao menos seria, se inúmeras relativizações não acontecessem no dia-a-dia forense, principalmente por conta do decantado “princípio da verdade real”.

4.1. A eterna busca pela (imaginária) “verdade real”

Huxley, em uma de suas narrativas, já alertava para a carga valorativa que algumas palavras, por si só, já contêm. Escreveu brilhantemente o autor:

Afigura-se-lhe que só de chamar a pior prisão de verdadeira liberdade, você conseguirá que todos se sintam atraídos para a prisão. E o pior é que você tem toda a razão. Para a maioria das pessoas *o nome vale mais do que a coisa*. Tais pessoas seguem o homem que o repete com mais frequência e em voz mais alta. E não há dúvida que “a verdadeira liberdade” é um nome melhor do que “a liberdade” *tout court*. (HUXLEY, 1944, p. 64, grifo nosso).

Não é difícil perceber que o mesmo acontece no processo penal quando o tema é a busca da “verdade real”. Muitos juristas imediatamente são cativados pelo belo nome dado a esta técnica que legitimou as maiores atrocidades cometidas na história do processo penal e percebem que esta “busca” não tem mais espaço em um Estado Democrático.

É no sistema inquisitório que nasce a ideia de que o imputado nada mais é do que um mero objeto de investigação, detentor da verdade

de um crime e, portanto, pode ser submetido a um inquisidor que está autorizado extrai-la a qualquer preço¹². A busca pela verdade absoluta é sempre intolerante a ponto de negligenciar os mais básicos direitos do imputado. Tal pensamento decorre justamente do processo canônico, em tempos nos quais o combate a qualquer custo da heresia legitimava qualquer meio necessário. A maior crueldade não eram os abusos do inquisidor e sim “o afastamento do caminho para a eternidade”.

Mais um caso em que um “princípio” é utilizado retoricamente para encobrir manipulações que bloqueiam a consistência constitucional de uma ordem jurídica, dissolvendo o direito e subordinando-o às intrusões particularistas do poder. (NEVES, 2013, p. 129). É assim que, com uma manipulação retórica, regras básicas de um processo penal democrático, como a presunção de inocência, são afastadas.

A justificativa dada pelos autores da atualidade que ainda defendem este “princípio” também não satisfaz. Nucci (2012, p. 109) afirma que “a verdade é una e sempre relativa” sendo preciso encontrar a realidade dos fatos tal como ocorreram. Contudo, o autor prossegue dizendo que o que é verdadeiro para uns, não o é para outros.

Parece que o mencionado doutrinador confunde os conceitos de “verdade” e o de “opinião”, colocando-os como sinônimos. Ora, se algo é uno (a verdade é um acontecimento histórico), não pode ser relativo (pois não é a percepção de um sujeito sobre os fatos). Se a verdade é una, ela não aceita tais adjetivações: verdade real, verdade formal, verdade material, entre tantas outras. Ou algo aconteceu, e por isso é verdadeiro, ou nunca existiu no mundo.

¹² LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 112. Sobre o tema PACELLI assevera: “o aludido princípio, batizado como da verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988 tal não é mais possível. A igualdade, a par conditio (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação do juiz, impedem-no” (In: *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 331).

Continuando, Nucci (2012, p. 108-109) diz que “verdade formal é a que emerge no processo conforme os argumentos e as provas trazidas pelas partes” e a verdade material surge quando o juiz é coator na produção de provas. Qual seria a justificativa para esta diferenciação? Qual a garantia de que as provas produzidas pelo juiz corresponderiam ao evento investigado se a “verdade é relativa”? Em outras palavras, se a verdade não é absoluta (para o doutrinador) como sustentar que o processo busca a “verdade real”? Impossível, pois o pensamento mescla correntes filosóficas distintas (basicamente, o objetivismo e o relativismo pós-moderno), caindo em grave contradição.

Sobre o tema, pontua com precisão Lênio Streck:

Com efeito, se, de um lado, os juízes ainda acreditam na possibilidade da busca da verdade real (sic), como se existissem essências (ontologia substancialista clássica), de outro, tomam para si a condução da prova no processo, como se a produção da prova pudesse ser gerida a partir de sua consciência (filosofia da consciência, em que o sujeito ‘constrói’ o objeto, mediante leis gerais do ‘espírito’). Ora, por trás desse ‘vício de origem’ da metodologia do direito está a velha discricionariedade. (STRECK, 2011, p. 59).

A relação da verdade com o processo é, de fato, complicada à primeira vista. Carnelutti dizia ser estéril a discussão a respeito de viger a verdade real (material) ou a verdade processual (formal). O problema era a “verdade”. Afirmou o autor “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”. (CARNELUTTI, 1965, p. 4-9).

A função do processo ou da prova não pode ser a busca da verdade, até porque nada garante que ela será sempre encontrada. Nesse sentido, Marco Antônio de Barros afirma que “a busca da verdade não significa o fim do processo e não se pode concluir que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado”. (BARROS, 2013, p. 27). O escopo do processo é, através da prova, fazer a reconstituição de um fato histórico (crime), porém tal reconstrução sempre será minimalista e imperfeita (LOPES JR., 2013, p. 585).

Tendo isso em mente, fica claro que em um processo inquisitório o juiz não está buscando a verdade quando produz provas de ofício (quer ele saiba disso ou não); ele está ignorando o contraditório para buscar elementos que irão fundamentar a sentença que ele crê ser correta. É o absurdo bastante difundido na doutrina brasileira, em que o juiz toma sua decisão e depois busca os fundamentos para justificá-la. Uma inversão inaceitável na ordem do processo.

A finalidade da prova no processo é fornecer elementos para uma narrativa. A acusação narra a prática de um evento delituoso praticado por uma pessoa; o imputado busca, por exemplo, desconstruir a narrativa do Ministério Público. Ao fim da instrução, tudo aquilo que foi alegado será objetivamente valorado e o julgador declarará: (i) que o fato criminoso foi praticado pelo denunciado e por isso a lei penal poderá ser aplicada; (ii) que o acusado não praticou um fato definido como crime, seja porque foi provada sua inocência ou porque o órgão acusador não conseguiu se desvencilhar do ônus imposto pela Constituição.

A narrativa constante da sentença é a que importará ao mundo jurídico (podendo ou não corresponder ao que realmente ocorreu) e é ela que será revestida pelos efeitos da coisa julgada¹³.

Em outras palavras, o juiz, ao decidir, dá a uma narrativa a capacidade de gerar (ou não, no caso da inocência) a capacidade de produzir efeitos jurídicos – mesmo que tal narrativa não corresponda a um evento que efetivamente ocorreu (ou não) ao longo da história. Entender que o conhecimento humano é finito e que os meios de prova disponíveis são falhos é algo essencial para que as atrocidades de outrora não mais ocorram.

A verdade pode aparecer no processo, isso é inegável. Contudo, ela é contingencial e não estruturante do processo. A legitimidade de uma decisão não vem da verdade, e sim da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo legal. São essas regras

¹³ Importante lembrar que a coisa julgada poderá ser afastada pela revisão criminal quando for favorável ao réu, alterando a narrativa relevante para o mundo jurídico quando for julgada procedente.

que protegem o imputado do decisionismo judicial e dos abusos do processo inquisitório, fundado na utópica “verdade real”.

4.2. A produção de provas na fase investigatória

O inciso I do artigo 156 não constava da redação original do Código Penal. Esse inciso foi acrescentado pela Lei 11.690 de 2008 e dele é possível extrair uma norma que autoriza o magistrado a ordenar, mesmo antes de instaurada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, respeitando-se a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

Antes de passar ao problema central do referido inciso, logo se percebe como é fácil manipular os inúmeros conceitos indeterminados dele constantes para legitimar toda e qualquer produção de provas. “Urgência”, “relevância”, “necessidade”, “adequação” e “proporcionalidade” são palavras que, pelo grau elevado de abstração, não regulam o tema com a necessária certeza que se espera de um ordenamento jurídico, ainda mais em um país como o Brasil, em que cada juiz interpreta a Lei como bem deseja. Falta a essas palavras uma concretude semântica, o que acarreta uma aplicação generalizada desse dispositivo.

O maior problema, contudo, está justamente no núcleo deste inciso. Um equívoco inaceitável foi cometido pelo legislador e, posteriormente, aceito por boa parte da doutrina. Eis o dado ignorado: a investigação pré-processual não interessa ao juiz, e sim ao Ministério Público.

O escopo destas investigações preliminares é fornecer ao *parquet* elementos probatórios mínimos, a fim de que este verifique se é possível (ou não) acusar alguém da prática de um evento delituoso. Nesse sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

1. STF: competência originária: *babeas corpus* contra decisão individual de ministro de tribunal superior, não obstante suscetível de agravo. II. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial. 1. (...) III. Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de arquivamento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral

ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso e também (2) *por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido.* (BRASIL, 2002, grifo nosso).

O juiz, até então, tem como função garantir que os direitos do suspeito não sejam violados pelos órgãos estatais investigadores.

Não é por outra razão que a própria Constituição submete algumas hipóteses de interferência em direitos fundamentais da pessoa (como o mandado de busca e apreensão na casa do investigado) a uma cláusula de reserva de jurisdição. Somente aos magistrados cabe autorizar a prática desses determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação, consta do próprio texto da Carta Política.

Acertadamente, alguns doutrinadores lecionam que o juiz que atua na fase investigatória deve ser um “juiz das garantias”, ao qual caberia o papel de monitorar o devido respeito aos direitos e garantias fundamentais do suspeito ou indiciado, na primeira fase da persecução penal. Além disso, um juiz que atua ativamente em uma investigação não pode se dizer imparcial para julgar o processo futuramente, uma vez que está subjetivamente vinculado à tese cuja prova fora anteriormente produzida.

Atentos a este fato, os autores do anteprojeto do novo Código de Processo Penal incluíram ao art. 17: “o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do art. 15 ficará impedido de funcionar no processo”, justamente para assegurar a imparcialidade do magistrado que julga a ação.

O Supremo Tribunal Federal já declarou a inconstitucionalidade de um dispositivo que autorizava o juiz a produzir provas antecipadamente. A norma em questão constava da antiga Lei de Organizações Criminosas (Lei nº. 9.034/95) e, ao longo dos debates do julgamento da ADI 1570-DF, fixou-se o entendimento de que, ao buscar fontes de prova, o magistrado vincula-se subjetivamente a um polo, fragilizando a sua tão cara imparcialidade, motivo pelo qual a in-

investigação pré-processual efetuada por ele seria inconstitucional¹⁴. Contudo, o art. 156 e seu inciso I – cujo teor em muito se assemelha à norma inconstitucional constante da Lei 9.034/95 – continuam em vigor e sendo aplicados diariamente.

Eis o problema causado pelo “casuísmo” adotado pela jurisprudência brasileira e suas fundamentações *ad hoc*. Ora, se um dispositivo afronta a Constituição do mesmo modo que outro já julgado inconstitucional em via de controle concentrado, por uma questão de coerência e segurança dentro do ordenamento, o correto seria declará-lo incompatível com a Constituição quando suscitado. Não é o que ocorre, uma vez que as Cortes Superiores ainda insistem em legitimar esta produção de provas de ofício¹⁵.

Garantias e direitos mais elementares, no caso o julgamento por um órgão imparcial, são “ponderadas” e suprimidas sem que haja qualquer possibilidade de reação por parte da parte prejudicada. Nesse ponto, alerta Marcelo Neves para o perigo dessa falta de rigor técnico:

Mas a principiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma muito maleável e tecnicamente imprecisa, atuam como

¹⁴ Eis a ementa do julgamento: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. “JUIZ DE INSTRUÇÃO”. REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL.

1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras.

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.

¹⁵ Por exemplo: STF - HC: 121689 DF, Relator: Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 13/05/2014, Primeira Turma; STJ - RHC: 47525 DF 2014/0106874-8, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 07/08/2014, T6 – Sexta Turma.

um estímulo ao casuísmo descomprometido com a força normativa da Constituição e a autoconsistência constitucional do sistema jurídico. (NEVES, 2013, p. 201).

De igual forma, chamando atenção para a importância que deve ser dada aos precedentes, adverte Neil MacCormick:

Com muitos juízes e muitas cortes e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras devem orientar a decisão independente do juiz do caso. Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite a qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou corte para outro. (MACCORMICK apud MARINONI, 2013, p. 136).

Assim, o primeiro inciso do art. 156 do Código de Processo Penal não tem lugar no processo penal brasileiro e deve ser declarado inconstitucional, seja por meio do controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

4.3. A produção de provas durante a fase processual

Liebman (1960, p. 17) afirma que a imparcialidade é o bem mais precioso e que deve ser preservada em todos os casos, mesmo que isso implique a retirada dos poderes instrutórios do juiz. Contudo, o segundo inciso do art. 156, após as alterações de 2008, é correspondente ao texto original do referido artigo, tal qual criado no longínquo ano de 1941. Isso pode explicar porque tal inciso é anacrônico e uma verdadeira afronta a essa garantia do acusado em um processo penal.

Ninguém nega que o Código de Processo Penal buscou inspiração em estatutos estrangeiros com um nítido caráter autoritário, principalmente no CPP italiano redigido por Vincenzo Manzini¹⁶. Tal conclusão pode ser facilmente extraída após a leitura desta passagem da exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro:

¹⁶ Ressalta-se que Manzini acreditava que “la prueba es la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener la certeza judicial, según el criterio de la verdad real acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a una providencia del juez.” (MANZINI, 1996, p. 197-198). Fica evidente, portanto, o porquê de nosso Código de Processo apostar nos poderes instrutórios do magistrado, uma vez que buscava alcançar a intangível “verdade real” a todo custo.

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. (BRASIL, 1941).

O devido processo legal dista de ser um favor por parte do Estado. A presunção de inocência jamais pode ser considerada um pseudodireito, não em um Estado Moderno. Tal hipertrofia da repressão penal fazia parte do contexto histórico de elaboração do Código, criado durante um regime autoritário e a Segunda Grande Guerra, e tais características não mais persistem na atualidade. O respeito a direitos fundamentais também interessa ao interesse público, motivo pelo qual é paradoxal justificar a supressão daqueles com base neste.

Contudo, o maior problema deste inciso é a ampla aceitação, por parte da doutrina e jurisprudência, de sua aplicação. Já se discutiu a falácia da “busca da verdade real” neste estudo. Porém, é com base nela que julgadores tornam-se verdadeiros acusadores ou defensores. Existe no imaginário de boa parcela da comunidade jurídica brasileira a ideia de que a inércia do juiz resulta em injustiças, como se a prova por ele produzida fosse mais confiável do que aquela trazida aos autos pelas partes.

Os problemas são muitos. O primeiro deles é o impacto que tal conduta do julgador causa em sua imparcialidade. O juiz deve ser o garantidor do contraditório em um processo, “responsável pela regularidade na produção dos significantes probatórios e não da prova”. (LOPES JR, 2013, p. 85). Este é o ponto central da crítica que se faz ao dispositivo: como permitir que a mesma pessoa que produziu a prova seja aquela a valorá-la?

Badaró (2001, p. 82-83) afirma que o juiz dotado de poderes para a produção de provas não perde sua imparcialidade, uma vez que ele

não sabe, de antemão, o que dela resultará e, conseqüentemente, a parte que vai beneficiar. Ao continuar, o processualista diz que se o juiz está na dúvida sobre um fato e sabe que a produção irá eliminar sua incerteza, estaria sendo parcial caso continuasse inerte, pois beneficiaria a parte contrária à qual incumbiria o ônus daquela prova. Tal raciocínio não pode ser aceito.

A sistemática da produção de provas segue duas etapas: a admissão e a valoração. Em relação à primeira fase, é de clareza solar que o exame de admissibilidade da prova é inexistente, uma vez que o magistrado não irá considerar ilícito aquilo que produziu. Esta falta de controle, por si só, é problemática.

A maior mazela, porém, jaz na segunda etapa. É na valoração da prova que a parcialidade do julgador pode aparecer.

Antes de ordenar a realização de determinada diligência, por exemplo, o julgador tem em mente o possível resultado que esta trará. A produção de prova, então, tem como finalidade confirmar as pré-compreensões que o magistrado possuía acerca do caso concreto. Percebendo tal situação, Rui Cunha Martins, com a maestria que lhe é inerente, vai além e afirma que o juiz busca confirmar suas presunções:

Ao tipo de prova se que se pesquisa corresponde um prognóstico, mais ou menos seguro da real existência do *thema probandum* e, sem dúvida, também das conseqüências jurídicas que podem advir da posituação da questão fática. Eis por que razão a ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatarmos que a acção voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efectivamente incorporado ao feito possa determinar. (MARTINS, 2011, p. 10-11).

Esta expectativa criada pela presunção do magistrado (presunção pautada em uma mobilização de lógica estatística, a qual leva em conta a homogeneidade e repetição de determinadas situações) se confirmada pela prova produzida, dificilmente será passível de ser desconstruída pela parte prejudicada pela prova. O juiz estará vin-

culado subjetivamente ao resultado da prova que trouxe ao processo. O contraditório torna-se, assim, mera formalidade, uma vez que não terá impacto na decisão final.

Como já salientou Jacinto Coutinho:

[...] abre-se a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro. (COUTINHO, 2000, p. 20-21).

E como provar é, em boa parte, convencer, o juiz está certo da credibilidade daquilo que buscou.

No mesmo sentido, explica Cordero (1986, p. 51) que ao se atribuir a produção de provas ao juiz cria-se a primazia da hipótese sobre os fatos (*primato dell'ipotesi sui fatti*), acarretando um “quadro mental paranóico”.

Trata-se, como bem apontou Goldschmidt (1935, p. 29), de um erro psicológico acreditar que uma mesma pessoa possa exercer funções díspares, como acusar, defender e julgar; ou, em termos probatórios, ter a iniciativa probatória, efetuar o juízo de admissibilidade e valorá-la.

É importante frisar que a atividade probatória do juiz em um processo penal muito difere daquela realizada por um juiz cível. Nas linhas acima, pontuou-se que a função da jurisdição é dar tutela às necessidades do direito material, compreendidas à luz das normas constitucionais. (MARINONI, 2013, p. 111).

Não é por outra razão que o modelo de processo de partes, no Direito Processual Civil, de cunho primordialmente liberal, ocupa cada vez menos espaço nos dias atuais. Se o Estado avocou para si a resolução de conflitos e a tutela de direitos fundamentais do jurisdicionado, ele não pode ficar inerte em situações em que esses direitos estejam em jogo. A Justiça Cível não mais está encarregada de lidar com questões puramente patrimoniais e, para assegurar di-

reitos garantidos pela Constituição, o juiz está legitimado a produzir provas sem ser provocado.

Situação muito diversa ocorre na área penal. Apesar de a jurisdição continuar com o papel de prestar tutela ao direito material, é preciso recordar qual é o direito em questão e, assim, ajustar o processo para melhor protegê-lo.

Em um primeiro momento, poder-se-ia cogitar que a jurisdição penal serve ao Direito Penal e à pretensão punitiva estatal. Contudo, até o término do processo, por conta da presunção de inocência, não existe o direito de punir uma pessoa certa e determinada. A única forma de superar esta presunção constitucional é através de uma sentença penal condenatória transitada em julgado, a qual torna possível a sujeição de alguém ao poder punitivo do Estado.

A presunção de inocência impõe que uma pessoa não possa ser considerada culpada da prática de um crime até que outra linguagem jurídico-prescritiva determine o contrário, excluindo-a. Há, portanto, uma pretensão acusatória do Estado, a qual o legitima a imputar a prática do fato delituoso a alguém, trazendo perante o órgão julgador provas de que não há suporte fático para a manutenção de tal estado de inocência – o qual pode ser invalidado com uma sentença condenatória.

A pretensão acusatória, por óbvio, merece a tutela da jurisdição. Contudo, não é buscando provas desfavoráveis ao acusado que o julgador protege tal direito, pois, ao fazer isso, o juiz não está tutelando o direito estatal de acusar, mas sim realizando uma acusação propriamente dita. Incumbe ao órgão acusador a tarefa de demonstrar a ocorrência de um fato jurídico com aptidão para desconstruir a presunção de inocência. Para isso, é preciso que o julgador assegure o contraditório e a mais ampla produção de prova, dentro dos limites da legalidade, também a favor da acusação.

Portanto, em hipótese alguma, a produção de provas em prol da acusação pode ser admitida.

A questão toma outros contornos quando se analisa a possibilidade de produção de provas benéficas ao imputado. Pacelli, pautando-se

na frequente hipossuficiência do acusado diante da máquina estatal, é favorável a esta quebra da inércia jurisdicional, como forma de alcançar a igualdade substancial na relação processual. Afirma o processualista:

Se, de um lado, assim deve ocorrer em relação ao ônus probatório imposto à acusação, de outro lado, a recíproca não deve ser verdadeira. Provas não requeridas pela defesa poderão ser requeridas de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu. E não vemos aqui qualquer dificuldade: quando se fala na exigência de igualdade de armas, tem-se em vista a realização efetiva da igualdade, no plano material, e não meramente formal. (PACELLI, 2013, p. 336).

Apesar da força desse raciocínio, não há necessidade de produção de provas favoráveis ao réu. Os direitos do acusado que devem ser tutelados pela jurisdição são: a) o devido processo legal com todos os seus corolários e b) a presunção de inocência. Quanto ao primeiro, não é preciso muito esforço para concluir que o juiz protege tal direito por meio da manutenção das regras processuais, bem como do respeito ao contraditório e da mais ampla liberdade na produção de provas. São características preciosas de um processo penal moderno e devem ser observadas a todo custo.

A questão mais importante para o tema do presente estudo, no entanto, gravita em torno do segundo direito do réu: a presunção de inocência.

Como já dito anteriormente, tal presunção transfere todo o ônus da prova para o órgão acusador. O ônus serve como mecanismo de sujeição daquele que afirma a culpa de uma pessoa, pedindo sua condenação, ao dever de provar sua imputação. Caso fique provada, além de qualquer dúvida razoável, a ocorrência do fato criminoso, a presunção de inocência perde seu substrato fático e a pessoa pode ser submetida a uma pena.

Não é possível discordar do que foi dito acerca da desigualdade das partes em um processo penal. Contudo, se a dúvida é, de acordo com o art. 386, VII, do Código de Processo Penal, um dos fundamentos para absolvição, é paradoxal a produção de uma prova a favor do réu.

Se o julgador avista uma possibilidade de obtenção de uma fonte de prova que poderia resultar na absolvição do acusado, ele já colocou em dúvida o teor da imputação – circunstância que deve acarretar diretamente na absolvição. A inocência não precisa ser confirmada, uma vez que é, até então, presumida.

Caso essa nova fonte não confirme a tese defensiva, estaria o magistrado cometendo o absurdo de juntar ao processo, em nome do acusado, uma prova a este desfavorável. Por esta razão, não há motivos para que a imparcialidade do juiz seja quebrada uma vez que a presunção de inocência é tutelada pela simples observância da superação (ou não) do ônus da prova pela acusação.

Passado, este ponto, resta a questão: deve o juiz manter-se completamente inerte ao longo da instrução? A resposta só pode ser negativa. Há uma importante atividade que deve ser desempenhada pelo magistrado, que é a de complementar a obtenção de meios de prova, esclarecendo dúvida ou questão obscura, a partir de fontes já trazidas pela parte.

O destinatário da prova em um processo é o juiz e é ele a quem cabe a atividade de valoração. Dessa forma, é preciso fazer uma breve distinção entre meio e fonte de prova.

Define com precisão Séntis Melendó (1978, p. 8-9) que as fontes de prova são elementos probatórios que existem antes do processo e independentemente deste. As fontes surgem do fato em si e, ao serem introduzidas no processo, tem aptidão para levar à apreciação do juiz os meios de prova. Estes, por sua vez, são o resultado de uma atuação com as quais as fontes provas são exploradas e incorporadas ao processo. Por exemplo: uma testemunha de um homicídio é uma fonte de prova; seu depoimento é um meio de prova.

Distinguir estes termos, frequentemente utilizados como sinônimos, não presta apenas ao refinamento da técnica jurídica. Distingui-los é de grande utilidade para delinear os contornos da atividade probatória das partes e do magistrado. As partes, afirma com precisão Badaró (2001, p. 167), possuem disponibilidade sobre as fontes de prova, visto que são elas, e não o juiz, quem melhor conhecem como provar o que foi alegado.

5. Conclusão

O juiz não pode iniciar uma “caçada” por novas fontes de prova para incorporá-las ao processo, pois, neste caso, estaria fatalmente colocando em sério risco a própria imparcialidade e tornando-se um juiz-instrutor.

Como já foi dito, é o magistrado o destinatário da prova. As partes devem aproveitar as fontes de prova de maneira a convencer o magistrado de sua narrativa foi o que, de fato, ocorreu. A fonte deve ser explorada primordialmente pelas partes, através dos meios de prova, mas não está o magistrado impedido de complementar tal atividade.

Questionar a idoneidade da prova ou sua qualidade, além de esclarecer pontos que permaneceram dúbios ou obscuros após a colheita da prova pelas partes, é uma atividade que se espera do julgador. No entanto, frisa-se: tal atividade é complementar. Ao encontro desse pensamento, vêm as lições de Pacelli:

A dúvida somente instala-se no espírito a partir da confluência de proposições em sentido diverso sobre determinado objeto ou ideia. No campo probatório, ela ocorreria a partir de possíveis conclusões diversas acerca do material probatório então produzido, e não sob o não produzido. Assim, é de admitir a dúvida do juiz apenas sobre a prova produzida, e não sobre a insuficiência ou ausência da atividade persecutória. (PACELLI, 2013, p. 337).

De igual maneira, tal posicionamento está estampado no próprio ordenamento jurídico. Com a reforma ocorrida no Código de Processo Penal no ano de 2008, a redação do art. 212 foi alterada para deixar claro que os protagonistas na produção da prova são, de fato, as partes:

Art. 212. 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. (BRASIL, 1941, grifo nosso).

O parágrafo acrescentado ao artigo em questão não deixa dúvidas de que a opção do legislador foi manter a produção de provas nas mãos da acusação e defesa, permitindo ao juiz a possibilidade de tão somente complementar o que já foi produzido.

Apesar de o artigo tratar especificamente da prova testemunhal, não há razão para não generalizar a aplicação deste parágrafo único a todos os meios de prova, analogicamente. Por não existirem quaisquer diferenças essenciais entre a prova testemunhal e os outros meios de prova, não há qualquer *discrimén* apto a afastar essa analogia.

O magistrado, portanto, somente deve relacionar-se de maneira complementar, ignorando a busca pela inatingível “verdade real” e permitindo que as partes ocupem o local central na produção de provas. Só assim estará salvaguardada a sua tão cara imparcialidade.

6. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição e aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BINDER, Alberto. *Descumprimento das formas processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2013.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1941. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95.009/SP, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Eros Grau, Brasília, DF, 6 de novembro de 2008. *Dje*, 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2895009.NUME.+OU+95009.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qajmtjd>>. Acesso em: 2 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82507/SE, Primeira Turma, Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DF, 10 de dezembro de 2002. *DJ*, 19 dez. 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires: Bosch y Cía, 1950. v. 1.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1.

_____. *Verità, dubbio e certezza*. Rivista di diritto processuale. Padova: Cedam, 1965.

CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; MENDES, Gilmar Ferreira; STRECK; Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios del derecho procesal*. Madrid: Réus, 1922.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *Crítica à teoria geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Separata ITEC*, ano 1, n. 4, jan./fev./mar. 2000.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974.

GADAMER, Hans George. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

_____. *Teoría general del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2013.

HUXLEY, Aldous. *Sem olhos em Gaza*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1944.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. Padova: Cedam, 1960.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín. Buenos Aires: El Foro, 1996. vol. III.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

MARX, Karl. *A Constituição da República Francesa*. 1851. Traduzido por Angélica Lovatto e Paulo Barsotti. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/novosrumos/article/viewFile/2707/2130>>. Acesso em: 19 maio 2014.

MELENDO, Santiago Sentís. *La prueba em el processo*. 1978. Disponível em <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1056/61.pdf>> Acesso em: 1º jul. 2014.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. Constitucionalização Simbólica. In: CANOTILHO et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto de processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *O que é isto - decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Artigo recebido em: 06/04/2015.

Artigo aprovado em: 10/12/2015.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150025