

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Eduardo Cauduro de Abrão

**O JUIZ CRIMINAL E A DÚVIDA: A ATIVIDADE PROBATÓRIA *EX*
*OFFICIO JUDICIS***

PORTO ALEGRE

2014

EDUARDO CAUDURO DE ABRÃO

O JUIZ CRIMINAL E A DÚVIDA: A ATIVIDADE PROBATÓRIA *EX OFFICIO JUDICIS*

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade.

PORTO ALEGRE

2014

EDUARDO CAUDURO DE ABRÃO

O JUIZ CRIMINAL E A DÚVIDA: A ATIVIDADE PROBATÓRIA *EX OFFICIO JUDICIS*

Monografia apresentada como Trabalho de Conclusão de Curso, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Porto Alegre, 18 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Doutor Mauro Fonseca Andrade

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS

Doutor Pablo Rodrigo Alflen

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS

Doutor Odone Sanguiné

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS

AGRADECIMENTOS

Dedico esta monografia, em primeiro lugar, às três mulheres da minha vida: minha mãe (Zenaira) e minhas duas irmãs (Bruna e Luíza). Vocês são o exemplo de que é possível mudar toda uma trajetória se, no caminho, houver muito esforço, estudo e dedicação.

Ao meu pai (Jorge Eduardo), pelas amostras constantes de que a paciência é uma nobre virtude.

Aos colegas e chefes dos locais onde estagiei (Escritório de Advocacia Dr. Alberto Franco, Ministério Público Estadual, Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, Tribunal de Justiça do Estado e Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região). A experiência que pude colher do convívio diário com vocês fez e ainda fará muita diferença no profissional que pretendo ser.

Aos professores e militares do Colégio Militar de Porto Alegre, instituição de excelência. Em virtude do empenho de vocês, carrego valores como disciplina, rigor, camaradagem, objetividade e empenho em tudo o que eu faço.

Aos amigos que cultivei e àqueles que adquiri ao longo dos últimos cinco anos.

E, é claro, ao meu orientador e amigo, Mauro Fonseca Andrade, fica o agradecimento pelas recomendações de leitura e pelos conselhos a mim dados para formar e concluir este trabalho.

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo apresentar a relação entre o juiz e a dúvida gerada no âmbito do processo penal. Para tanto, abordar-se-ão os princípios *in dubio pro reo* e *in dubio pro societate*. Além disso, demonstrar-se-ão os argumentos utilizados pelas correntes doutrinárias que defendem e que criticam a atividade probatória *ex officio judicis*, culminando com uma análise rigorosa dos seus principais pressupostos. Além disso, buscar-se-á evidenciar as modificações realizadas no brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, bem como apontar os equívocos em que incorrem autores que escrevem sobre a teoria da gestão da prova.

Palavras-chave: Dúvida; *In dubio pro reo*; *In dubio pro societate*; Processo Penal. Atividade Probatória *ex officio judicis*; Teoria da Gestão da Prova.

ASBTRACT

This paper aims to present the relationship between the court judge and the doubt created in the course of criminal procedure. Therefore, it will address them principles *in dubio pro reo* and *in dubio pro societate*. Furthermore, it will demonstrate the arguments used by the doctrinal currents which defending and criticizing the probative *ex officio iudicis* activity, culminating in a rigorous analysis of its key assumptions. In addition, it will seek to highlight the changes which had happened to aphorism *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* and point out the mistakes that writers of the theory of the proof management are incurred.

Keywords: Doubt; *In dubio pro reo*; *In dubio pro societate*; Criminal Procedure; The Probative *ex officio iudicis* Activity; Proof of Management Theory.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	7
2.	A DÚVIDA NO PROCESSO PENAL.....	10
2.1.	O <i>In dubio pro reo</i> e a sua relação com a presunção de inocência.	12
2.2.	O <i>in dubio pro societate</i>	16
3.	A POSTURA DO JUIZ CRIMINAL FRENTE À DÚVIDA: A ATIVIDADE PROBATÓRIA <i>EX OFFICIO JUDICIS</i>	19
3.1.	A passividade judicial: o juiz inerte	20
3.2.	A atuação probatória judicial: o juiz ativo	24
3.2.1.	A atividade probatória judicial em favor do acusado: o juiz <i>pro reo</i>	25
3.2.2.	A atividade probatória do juiz em busca do convencimento e a crítica aos julgadores inerte e <i>pro reo</i>	27
4.	A FORMAÇÃO E A SUPERAÇÃO DE UM PRECONCEITO	41
4.1.	O brocardo <i>iudex iudicare secundum allegata e probata (partium), (non secundum conscientiam)</i>	41
4.2.	A teoria da gestão da prova.....	45
4.2.1.	A equivocada menção a Franco Cordero	46
4.2.2.	O entendimento da Suprema Corte e do Tribunal Superior no Brasil.....	49
5.	APONTAMENTOS CONCLUSIVOS	54
6.	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais controversas no âmbito processual – tanto de caráter criminal quanto de civil – diz respeito ao ônus da prova e, ainda, à sua apreciação. Consoante OLIVEIRA, “a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos”¹.

Para que fosse possível investigar a verdade dos fatos, passou-se, ao longo dos anos, por diversas formas de obtenção dessa verdade, “desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, (...) até a introdução da racionalidade nos meios de prova”².

Certo que o julgador, ao analisar a prova contida no processo – e, portanto, a verdade processual ali disposta –, detém-se aos fatos no processo alegados.

É consabido, no entanto, que a prova produzida pode não ter sido suficiente para a apreciação do conflito de interesses ou, ainda, é possível que tenha sido mal produzida. Em ambos os casos, o julgador se vê limitado cognitivamente ao exame da matéria controversa, implicando, por consequência, a necessidade de realização de novas provas ou, então, um juízo de absolvição.

A produção de prova pelo juiz dirige-se, assim, a atingir a verdade histórica não esclarecida no processo, buscando reduzir ao máximo a probabilidade de o contrário ser o certo³, ou, em outras palavras, de a decisão correta (justa) ser contrária àquela que foi tomada.

O presente trabalho, nesse sentido, tem o condão de expor, primeiramente, o(s) momento(s) em que há possibilidade de se adotar, frente à dúvida, os princípios *in dubio pro reo* e *in dubio pro societate*.

¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 325.

² *Ibidem*, p. 326.

³ CAROFIGLIO, Gianrico. **El Arte de la Duda**. Tradução de Luisa Juanatey. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 186.

Tendo presente isso, importante demonstrar quais as posturas que serão (ou que poderão ser) adotadas pelo julgador em um caso em concreto.

O atual Código de Processo Penal⁴, a propósito, notadamente em seu artigo 156, inciso II, prevê a faculdade de o juiz determinar a produção de provas para dirimir dúvidas sobre ponto relevante, *litteris*:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

(...)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Esse dispositivo, contudo, sofre grande crítica por parte de alguns processualistas criminais, especialmente daqueles que entendem que, em um processo baseado no sistema acusatório, o juiz deve se manter inerte ao longo da instrução, devendo julgar conforme o alegado e o provado pelas partes.

Outros juristas, ao revés, compartilham do entendimento de que o magistrado, na busca da verdade (e, assim, da justiça), tem o dever de atuar ativamente no curso da produção probatória, na medida em que a prova se destina ao seu próprio convencimento. Nessa linha de pensamento (do juiz ativo), existe, ainda, uma parcela de autores que sustenta que a atividade do julgador deve se dar apenas se for para beneficiar do réu.

Essas três posturas do Magistrado (juiz passivo, juiz ativo e juiz ativo pró-réu), é bom salientar, serão abordadas ao longo do trabalho, sendo apresentados os argumentos utilizados para sustentá-las e, também, as críticas opostas por jurista em relação à tese divergente.

Ao final, com o intuito de superar o preconceito relativo à atividade probatória *ex officio judicis*, será examinada a origem – e as modificações – do principal brocardo de que se utilizam os defensores do juiz passivo – *iudex iudicet secundum allegata e probata (partium), (non secundum conscientiam)*. Além disso, relevante análise acerca da teoria da gestão da prova e a sua relação com doutrina de Franco Cordero (invocada para sustentar a passividade judicial) será realizada,

⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

evidenciando, outrossim, a mudança de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal.

2. A DÚVIDA NO PROCESSO PENAL

A decisão a ser tomada para resolver um conflito de interesses deve esgotar – ou ao menos minimizar – as dúvidas existentes na mente do julgador. Dúvidas que decorrem, na maior parte das vezes, de uma prova mal produzida ou produzida de modo insuficiente pelas partes.

Um dos maiores exemplos que temos atualmente acerca da matéria diz respeito à prova produzida em audiência, ou seja, à prova oral. Por vezes, a atuação das partes, quando do enfrentamento do interrogatório do réu ou da inquirição de uma testemunha, não se revela a melhor possível ou a mais adequada à situação, implicando uma sensação de dúvida na mente do juiz.

Gianrico Carofiglio, sobre o ponto, mostra uma série de fatores passíveis de confundir o adequado discernimento do juiz no que tange à apreciação da prova produzida no processo, asseverando haver uma numerosa gama de versões diferentes que podem ser narradas a partir de um mesmo fato, cada qual dependendo da evidência que se quer atribuir a um determinado dado ou a outro relatado. Aduz o autor, citando P. Watzlawick:

Los mecanismos de la comunicación no son entidades neutras respecto a los hechos, las informaciones y los conocimientos que mediante cada acto comunicativo nos transmitimos unos a otros, esto es, no se comportan de forma neutral en relación con lo que ordinariamente llamamos realidad.

Esta afirmación aparentemente paradójica se desprende de una constatación: la de cuán ilusoria es la noción de realidad que habitualmente nos formamos. Metafísicamente ilusoria es, en particular, nuestra convicción de que no existe más que una única realidad, cuando << **lo cierto es que de la realidad existen numerosas versiones diferentes, algunas incluso contradictorias entre sí, pero todas ellas producto de la comunicación, y no reflejo de objetivas verdades intemporales** >>. ⁵ - grifo nosso.

Assim, diante de um numeroso quadro de verdades existentes, acrescenta que “todas las versiones aparecen al mismo tempo como verdaderas y

⁵ CAROFIGLIO, Gianrico. **El Arte de la Duda**. Tradução de Luisa Juanatey. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 26.

como falsas; cada una de ellas está marcadamente influida por los intereses de quien en cada casa va narrando”⁶.

Lopes Jr., por outro lado, acredita que “a verdade contém um excesso epistêmico” e, por isso, conclui:

Quando se argumenta que existe uma “verdade” da acusação, outra da defesa e, por fim, outra que brota da sentença, questiona-se: quantas “verdades” contrapostas podem conviver legitimamente no processo penal? E mais, como admitir que a sentença seja “outra” verdade? Em suma, é verdade demais! Ou de menos, se pensarmos que, quando “tudo” é verdade, nada é verdade...⁷

De qualquer modo, entende-se ser possível sustentar que a verdade narrada pelas partes (ou pelas testemunhas) está intrinsecamente ligada ao prisma sob o qual o fato foi visualizado e, também, ao interesse que há por trás do que se relatará em juízo.

A rigor, as testemunhas arroladas apresentarão a sua *versão* do ocorrido, o que, caso leve a situações antagônicas – ou mesmo pouco coerentes entre si – acarretará um estado de dúvida na mente do juiz, pessoa a quem incumbe resolver o conflito de interesses. Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, sobre o aspecto, ressaltam:

Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta. **As dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as *questões de fato* que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova de acontecimentos pretéritos relevantes. A prova constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certo fatos.**⁸ – grifo nosso.

Partindo desse ponto, é possível extrair a importância não só da atuação das partes (acusação e defesa) no processo, mas também do juiz, qual seja, sanar dúvidas para o julgador melhor formar o seu convencimento.

⁶ CAROFIGLIO, Gianrico. **El Arte de la Duda**. Tradução de Luisa Juanatey. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 26.

⁷ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 268.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

Convencimento que, aliás, somente visará à solução mais justa do conflito. Afinal de contas, como nos ensina Piero Calamandrei, “a injustiça envenena, mesmo em doses homeopáticas”⁹.

Acerca dessa questão (dúvida no processo penal) é preciso abordar, inicialmente, dois princípios basilares, a saber: *in dubio pro reo* e *in dubio pro societate*.

2.1. O *in dubio pro reo* e a sua relação com a presunção de inocência

Historicamente, pode-se dizer que o princípio *in dubio pro reo* está vinculado “à superação das formas processuais comuns ao *ancien regimen* e à Inquisição”¹⁰. Pode ser concebido, ainda, como uma decorrência do princípio da presunção de inocência do acusado (consagrado pela Constituição Federal), sendo aplicado, no momento da sentença, quando o julgador se deparar perante uma dúvida insuperável a respeito do fato posto a julgamento.

Presunção de inocência essa que, também chamada de “estado ou situação jurídica de inocência”¹¹, pressupõe, segundo Zilli e Oliveira, dois aspectos principais: o primeiro, relativo ao “tratamento processual e social”¹² a ser dado ao réu, no sentido de ser considerado inocente até que haja o trânsito em julgado da decisão condenatória; o segundo, por sua vez, atinente ao *onus probandi* dirigido à acusação.

Com efeito, Eugênio Pacelli de Oliveira considera de fundamental importância os aspectos processual e social, pois, além de permitirem qualificar como cautelar a natureza dos casos de privação de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, exigem uma ordem judicial devidamente motivada para esse fim. Em outras palavras, o estado de inocência veda a

⁹ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados**. Tradução de Ivo de Paula. São Paulo: Editora CD, 2009, p. 92.

¹⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 140.

¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48.

¹² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cit.* p. 147.

“antecipação final dos resultados do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade”¹³.

No que tange à questão probatória, Oliveira imputa a comprovação da autoria e da materialidade do fato exclusivamente ao órgão acusador, cabendo à defesa demonstrar eventual fato que configure uma hipótese de excludente de ilicitude e de culpabilidade somente caso fosse por ela alegado.¹⁴

Lopes Jr. apresenta uma posição um pouco diferente no que se refere às hipóteses excludentes. Para o autor, a necessidade de a defesa provar algo implica inversão do ônus da prova, o que é um “gravíssimo erro”, na medida em que é encargo do acusador “provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação”. Como decorrência, prossegue o autor, “se o réu aduzir a existência de uma causa de exclusão da ilicitude, cabe ao acusador provar que o fato é ilícito e que a causa não existe”.¹⁵

De qualquer modo, Marco Antônio de Barros, na linha da doutrina esposada por Oliveira, ressalta:

Cabe ao autor da ação penal (MP ou querelante) o exercício da atividade probatória principal. Incumbe-lhe demonstrar a existência dos fatos constitutivos afirmados na pretensão deduzida em juízo, ou seja, deve provar a existência do ilícito penal e sua autoria, com todas as circunstâncias e elementares do tipo. Indispensável que isto se faça, já que o ônus da prova recai, com maior peso, sobre os ombros da acusação, em vista da supremacia dos princípios da presunção da inocência do acusado e do *in dubio pro reo*. Nesse ponto é imperativo que a acusação apresente as provas que dão sustentação às afirmações feitas na peça acusatória. Se não o fizer, assumirá as consequências negativas do seu ato, isto é, o julgamento de improcedência da ação penal.¹⁶ – grifo nosso.

Guilherme Marinho e Leonardo Avelar Guimarães, da mesma forma, asseveram:

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 48.

¹⁴ *Ibidem*, p. 48.

¹⁵ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 178/179.

¹⁶ BARROS, Marco Antônio. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 154.

No Processo Penal, vislumbram-se posições subjetivas distintas: por força do princípio do estado de inocência (art. 5º, LVII, CR), ao Ministério Público titular da ação penal (a qual deflagra o processo) cumpre a prova da existência do fato (criminoso) e a demonstração da sua respectiva autoria e ao acusado o *status* jurídico de inocente, até a irrecorribilidade de eventual decisão condenatória¹⁷.

Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha é mais específico. Consoante esse autor, a obrigatoriedade da absolvição, dada a presunção de inocência do acusado criminalmente, decorre da produção de provas deficientes, incompletas ou contraditórias, passíveis, em outras palavras, de gerar dúvida no julgador.¹⁸

A prova deve ser, portanto, “clara, segura e apta a transmitir a necessária confiança ao julgador”¹⁹, pois esse é quem tem de formar uma convicção livre de qualquer dúvida. Do contrário, “restringindo-se o conjunto probatório aos limites da verdade **provável**, forçosamente inviabiliza-se a aplicação da pena, restando apenas a solução da ação penal com base no *in dubio pro reo*”²⁰ – grifo nosso.

A propósito, o nosso Código de Processo Penal homenageia o princípio *in dubio pro reo* no art. 386, inciso VII, dispondo que o Juiz absolverá o réu quando “não existir prova suficiente para a condenação”²¹. Transcrevo do Código de Processo Penal, *litteris*:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
(...)
VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Isso não significa, vale salientar, que, em todo e qualquer caso de dúvida a solução processual se direcione à absolvição. Barros, inclusive, elabora um contraponto ao seu ensinamento e menciona que, “enquanto não estiver averiguada

¹⁷ MARINHO, Guilherme; GUIMARÃES, Leonardo Avelar. Limites à Busca da Verdade: desmistificando a verdade real no processo penal. *In*: GILSON BONATO (Org.). **Processo Penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 333.

¹⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 88/89.

¹⁹ BARROS, Marco Antônio. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 147.

²⁰ *Ibidem*, p. 147.

²¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

a matéria de acusação ou da defesa, e enquanto houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*²².

Assim, havendo um estado relativo de dúvida e, concomitantemente, uma possibilidade evidente de obtenção de novas provas, é inviável autorizar o juízo a reconhecer “um estado inafastável de dúvida ensejador da aplicação automática da máxima *in dubio pro reo*”²³.

A obrigação da absolvição deve se dar, pois, somente quando houver um estado de dúvida insuperável, ou seja, não passível de ser suprimida por outras de prova²⁴.

É esse o caminho perfilado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a condenação exige um juízo de certeza, “sendo que qualquer dúvida acerca da materialidade e autoria delitivas resolve-se a favor do acusado”, justamente pela aplicação da máxima *in dubio pro reo*.²⁵

A *contrario sensu*, colaciono ementa de julgado sobre o tema:

CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DÚVIDAS CERCA DA RESPONSABILIDADE PENAL. INOCORRÊNCIA. IN DUBIO PRO REO. INAPLICABILIDADE. CERTEZA ACERCA DA AUTORIA E MATERIALIDADE DOS FATOS. REFORMA DA DECISÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. I. **Se a sentença condenatória, posteriormente confirmada pelo Tribunal a quo, não apresenta quaisquer dúvidas acerca da materialidade e autoria dos delitos, fica afastada a hipótese de aplicação do princípio do in dubio pro reo.** II. Não se conhece do recurso especial se a pretensão de absolvição depende de reexame de matéria de prova e não apenas de sua valoração. III. Agravo desprovido.²⁶

A mera probabilidade, ressalta-se, conquanto seja alta, não se revela suficiente para fins de condenação. Em outros termos, para que haja condenação,

²² BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 165.

²³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho, **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 150.

²⁴ *Ibidem*, p. 151.

²⁵ STJ, AgRg no AREsp 63199/MG, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, Dje. 03/09/2013.

²⁶ STJ, AgRg no Ag 709861/RJ, Relator Ministro Gilson Dipp; 5ª Turma, Dje. 01/02/2006

faz-se imprescindível a certeza do fato, sem a qual, em observância ao *in dubio pro reo*, deve-se declarar a absolvição, nos termos do art. 386, inciso VII, do CPP.²⁷

2.2. O *in dubio pro societate*

A máxima *in dubio pro societate*, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra amparo não só no momento de recepção da peça acusatória, mas também no instante de pronúncia, no procedimento do Tribunal do Júri.

Na primeira hipótese (recebimento da peça acusatória), o Superior Tribunal de Justiça, em 2005, consignou que, “para o início da ação penal, prevalece o princípio do *in dubio pro societate*, bastando, para o recebimento da denúncia, a probabilidade de procedência da ação penal”²⁸.

Em 2009, a Corte Superior, no mesmo sentido, assinalou que, presente a justa causa para dar seguimento à persecução criminal, o recebimento da ação penal se faz necessário em virtude do princípio *in dubio pro societate*.

Nesse sentido, transcrevo ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. PROMETER VANTAGEM À TESTEMUNHA. ART. 343 DO CP. CRIME FORMAL. RÉU EM PROCESSO DISTINTO. VÍTIMAS. TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. POSSIBILIDADE. ARTS. 202 E 203 DO CPP. JUSTA CAUSA. IN DUBIO PRO SOCIETATE. RECURSO PROVIDO.

1. O crime do art. 343 do CP é formal e não exige, para a sua consumação, a prática do ato pelo subornado ou sequer a sua aceitação.

2. A vítima de um crime pode atuar como testemunha de outro processo, atendendo, no caso, as formalidades do art. 203 do CPP. Aplicação do art. 202 do CPP.

3. **O princípio *in dubio pro societate* impõe o recebimento da denúncia quando presente a justa causa apta a dar seguimento a *persecutio criminis*.**

²⁷ TJ/RS, Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70040438475, Relator Desembargador Sylvio Baptista Neto 4º Grupo de Câmaras Criminais, Julgado em 25/03/2011.

²⁸ STJ, HC nº 39112/MS, Relator Ministro Paulo Medina, 6ª Turma, julgado em 27/09/2005, Dje. 07/11/2005.

4. Recurso provido para receber a denúncia.²⁹ – grifo nosso.

Outro não é o entendimento, por exemplo, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em consulta ao sítio desse tribunal, pode-se observar que o recebimento da denúncia se mostra fundamental em virtude do objetivo de elucidação dos fatos. Por conveniente, extraio do Órgão máximo do judiciário gaúcho:

EX-PREFEITO MUNICIPAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO E INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES PERTINENTES A ELA. DENÚNCIA. ADMISSÃO. Atendidos os pressupostos elencados na Lei Instrumental prova da materialidade, indícios da autoria e descrição de agir penalmente reprovável e possibilidade de efetivação da pretensão punitiva **impositivo o recebimento da peça-portal, porquanto, nesse momento processual, imperioso o esclarecimento dos fatos, vigendo o princípio *in dubio pro societate***.³⁰ – grifo nosso.

Por outro lado, no Tribunal do Júri, especialmente na fase de pronúncia, o juiz confirma a existência de prova apenas quanto à materialidade do fato. No que tange à autoria, “basta a presença de elementos indicativos”, eivando-se essa decisão, destaca Oliveira, de um “juízo de probabilidade”.³¹ Por isso, segundo o autor, havendo dúvida relativa sobre a existência do fato e de sua autoria, a lei obriga a remessa dos autos ao Tribunal do Júri, por aplicação do *in dubio pro societate*.³²

A propósito, o próprio art. 413, §1º, do CPP dispõe que “a fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de **indícios** suficientes de autoria ou de participação”³³ – grifo nosso.

Assim, tem-se que a dúvida existente nos momentos referidos nestes subcapítulo (recebimento da denúncia e decisão de pronúncia) leva à utilização do princípio *in dubio pro societate*. Tudo, ressalta-se, com o fito de ver os fatos melhor elucidados e, com isso, aumentar a probabilidade de a decisão correta no processo

²⁹ STJ, REsp nº 769281/AC, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, julgado em 16/06/2009, Dje. 03/08/2009.

³⁰ TJ/RS, Processo Crime Nº 70012049318, Relator Desembargador Marco Antônio Barbosa Leal, 4ª Câmara Criminal, Julgado em 25/08/2005.

³¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 731.

³² *Ibidem*, p. 731.

³³ Decreto-lei nº 3.689/41. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

ser a mais justa ao caso concreto. A dúvida, portanto, resolve-se em favor da sociedade, interessada na melhor solução do conflito de interesses.

3. A POSTURA DO JUIZ CRIMINAL FRENTE À DÚVIDA: A ATIVIDADE PROBATÓRIA *EX OFFICIO JUDICIS*

Como visto, a dúvida no processo penal pode ensejar a aplicação de dois princípios já bastante conhecidos: *in dubio pro reo* e *in dubio pro societate*.

Nesse sentido, vale salientar que o juiz, na condução do processo, tem o dever de buscar a melhor solução para o conflito de interesses que se instalara. Essa busca, diga-se, acaba por fazer emergir incertezas sobre a verdadeira postura imparcial do magistrado.

Não é à toa que um dos temas mais controvertidos na atualidade diz respeito à atuação probatória do juiz criminal no curso da instrução. Afinal de contas, pode o julgador requisitar diligências quando se depara com uma dúvida?

Segundo o nosso atual Código de Processo Penal, precisamente em seu art. 156, inciso II, é facultado ao juiz “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Além disso, pode o juiz complementar a inquirição sobre pontos não esclarecidos³⁴, ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes, especialmente quando referidas por outra testemunha³⁵, providenciar a juntada de documentos aos autos, caso relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa³⁶, entre outros casos previstos na legislação.

Parte dos processualistas criminais, todavia, critica veementemente a ideia trazida pelo legislador, sustentando, principalmente, que a atuação probatória do juiz criminal *ex officio* viola uma das principais características que deve conter o julgador: a imparcialidade. Logicamente, outros fatores também são levados em

³⁴ 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.

³⁵ Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

³⁶ Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

conta, porém com um peso menor do que o antes aludido. Os juristas que defendem esse pensamento, vale dizer, compartilham da ideia convencionada como *juiz inerte*.

Por outro lado, há doutrinadores que corroboram a ideia exposta pelos legisladores, ou seja, acreditam ser função do juiz, antes de proferir sentença, sanar quaisquer dúvidas que tenha a respeito do fato. Tais autores, como veremos a seguir, defendem uma figura de *juiz ativo*, sob o argumento de que a atuação do julgador de ofício permite que seja alcançada uma solução mais justa no processo.

Observaremos, entretanto, limitações a essa atuação do magistrado e, ainda, doutrina que entende somente ser possível ao juiz determinar a produção de provas apenas quando para beneficiar o acusado.

Feita essa breve introdução, passemos aos principais argumentos utilizados para cada situação delineada.

3.1. A passividade judicial: o juiz inerte

Parte da doutrina processualista sustenta a ideia de que o julgador deve restringir-se a julgar consoante as provas apresentadas pelas partes. Tal pensamento, é importante dizer, deriva de uma concepção de que o magistrado perde o seu caráter de imparcialidade caso busque prover o processo com outras provas. Segundo Andrade, “a finalidade dessa inércia na fase probatória é impedir que o juiz utilize outras provas ou argumentos para julgar, que não aqueles apresentados exclusivamente pelas partes (*iudex iudicet secundum allegata e probata partium*)”³⁷.

De um modo amplo, Mauro Fonseca Andrade, ainda que não compartilhe dessa ideia, conceitua a chamada *passividade judicial* sobre o seguinte aspecto:

Em geral, essa passividade é apresentada como representativa do brocardo *ne procedat iudex ex officio*, que, segundo afirmam, significaria que o juiz somente poderá manifestar-se quando for provocado por uma das partes, não podendo, por iniciativa própria, praticar qualquer ato no processo penal. Consequência disso é que

³⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 190.

não caberia ao juiz buscar provas condenatórias ou absolutórias, fazer perguntas e decretar medidas cautelares no processo sem que haja uma solicitação prévia de uma das partes, sob pena de assumir uma “*postura de acusador*”.³⁸

Piero Calamandrei, por sua vez, compreende a inércia como garantia do equilíbrio no processo, ou seja, como fonte asseguradora da imparcialidade do julgador. Segundo o autor, “agir significaria tomar partido”, devendo o juiz, portanto, “conservar, no decorrer do processo, uma atitude estática, esperando paciente e sem curiosidade que os outros o procurem e lhe proponham os problemas que há a resolver”³⁹.

Tourinho Filho, um dos representantes dessa corrente, afirma ser inadmissível atribuir ao julgador poderes unicamente pertencentes às partes. Mais do que isso, ressalta que o único objetivo do juiz deve ser subsidiar a regularidade do processo. Para o autor, a posição ativa do julgador acaba por evidenciar a natureza repressiva do Estado e, de quebra, ressalta a característica de inquisitividade presente no nosso Código Processual. Em suas palavras:

Essa posição ativa e proeminente do Órgão Jurisdicional Penal deriva, desde logo, da natureza pública do interesse repressivo e contrasta com a posição do Juiz cível, cujos poderes estão, geralmente, condicionados e limitados pela iniciativa das partes. Aqui, ao que nos parece, houve certo exagero do legislador; não se pode nem se deve atribuir ao Juiz poderes exclusivos e pertinentes às partes. Deveria cumprir ao Juiz, apenas, prover à regularidade do processo, limitar-se a recolher provas apresentadas e julgar. Infelizmente, o nosso Processo Penal apresenta acentuados laivos de inquisitividade.⁴⁰

Guilherme Marinho e Leonardo Guimarães, no mesmo sentido, sustentam que “o respeito à garantia da imparcialidade reside na vedação de o julgador buscar elementos de convicção que não sejam aqueles trazidos aos autos pelas partes, ainda que outros existam fora do caderno processual”⁴¹. Ao Juiz, como sujeito

³⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 190.

³⁹ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados**. Tradução: Ivo de Paula. São Paulo: Editora CD, 2009, p. 31/32.

⁴⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 1**. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

⁴¹ MARINHO, Guilherme; GUIMARÃES, Leonardo Avelar. Limites à Busca da Verdade: desmistificando a verdade real no processo penal. In: GILSON BONATO (Org.). **Processo Penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 334.

neutro na relação processual, caberia tão somente valorar os argumentos e as provas trazidos pelas partes ao processo.

Diante disso, tem-se que o juiz, quando atua ativamente na produção de provas, está, necessariamente, assumindo o papel de “ativo sujeito do conhecimento”⁴², desempenhando um exercício que não se revela imparcial, principalmente na medida em que “a prova produzida de ofício visará confirmar uma das duas hipóteses [condenação ou absolvição] e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar”⁴³. Prado, por relevante, exemplifica:

Assim, por exemplo, se uma testemunha X afirma sem muita convicção que viu o réu subtrair o carro da vítima e que estava ao lado de outra testemunha Z, não arrolada, a decisão do juiz, de ofício, de ouvir a mencionada testemunha Z só pode ser determinada pela convicção honesta de que a testemunha Z confirmará o fato. É evidente que se a testemunha Z negar o fato, o juiz tenderá a levar isso em consideração. Caso, porém, a testemunha confirme as declarações da outra, dificilmente o réu poderá acreditar que o juiz dará crédito a testemunhas que vier a arrolar para desmentirem as duas primeiras. Com isso está quebrado o frágil equilíbrio em que se sustenta a imparcialidade do juiz no processo penal.⁴⁴

Alguns doutrinadores, ainda, estabelecem uma ligação entre a passividade do juiz e o sistema processual adotado (acusatório ou inquisitório). Coutinho, por exemplo, citando Cordero, sinala que a principal diferença entre esses sistemas processuais reside na gestão da prova.⁴⁵

Carvalho, no aspecto, ressalta ser o modelo acusatório marcado pela passividade judicial, tanto no tocante ao impulso da ação penal, quanto no que tange à gestão da prova. A concentração da gestão da prova na figura do juiz seria, nessa senda, invocando lições de Cordero, característica do sistema inquisitório, dentro do

⁴² PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: **A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 141.

⁴³ *Ibidem*, p. 141.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 141/142.

⁴⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um Devido Processo Legal (Constitucional) é Incompatível com o Sistema do CPP, de Todo Inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 254.

qual o julgador desenvolveria quadros mentais paranoicos e tendências policialescas.⁴⁶

Lopes Jr., aliás, também menciona a obra do autor italiano, nesses termos:

Atribuir poderes instrutórios a um juiz – em qualquer fase – é um grave erro que acarreta a destruição completa do processo penal democrático. **Ensina CORDERO que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao primato dell'ipotesi sui fatti, gerador de quadri mentali paranoici. Isso significa que se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada).** O juiz, nesse cenário, passa a fazer quadros mentais paranoicos.⁴⁷ – grifo nosso.

Num sistema acusatório, portanto, na visão desses autores, ao juiz incumbiria tão somente adquirir uma postura de “espectador do jogo processual contraditório, cabendo tão-somente à acusação e à defesa a atividade probatória”⁴⁸.

Não por acaso que Melchior ressalta que, no âmbito de um processo penal democrático, a inércia judicial se revela de suma importância. Segundo o autor:

Da estrutura acusatória, portanto, o processo penal democrático pega tudo aquilo que reforce esta condição: a limitação a postura ativa do juiz, em garantia de sua imparcialidade, responde à esta demanda. Neste particular, construir um assento confortável em que o magistrado possa assistir ao diálogo processual entre as partes é fundamental. O juiz espectador é uma contingência da estratégia democrática de regular o poder punitivo ou, para oferecer um conteúdo estético, é parte do próprio *estilo acusatório*.⁴⁹ - grifo nosso.

Do contrário, detendo o magistrado poderes instrutórios, quebrada estaria a igualdade, o contraditório, a dialética do processo, o que acarretaria, segundo Lopes Jr., a ruína da “principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do

⁴⁶ CARVALHO, Salo de. Da Necessidade da Efetivação do Sistema Acusatório no Processo de Execução Penal. *In*: CARVALHO, Salo de (Org.). **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 420/422.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 171.

⁴⁸ CARVALHO, Salo de. *Op. Cit.*, p. 420.

⁴⁹ MELCHIOR, Antonio Pedro. **O Juiz e a Prova: O Síntoma Político do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 166.

jugador”⁵⁰. Para exemplificar, Lopes Jr. traz à baila o cenário histórico, apontando para as reformas da Alemanha (1974), da Itália e de Portugal (1987/1988), bem como da Espanha (1988, por meio da LO nº 07).⁵¹

Assim, prossegue Lopes Jr. dizendo que “seriam inconstitucionais todos os artigos do CPP que atribuam poderes instrutórios e/ou investigatórios ao juiz”⁵².

Por derradeiro, há quem costume indicar o *non liquet* a fim de embasar, historicamente, a tese do juiz inerte. Segundo Thums, esse voto do juiz romano autorizaria o julgador a “ficar em cima do muro”, cenário que, hoje, ensejaria a absolvição por falta de provas. Nas palavras do processualista:

A discussão sobre a verdade material no processo marca toda a trajetória do Direito. **Em Roma o juiz poderia abster-se de declinar sua decisão diante do caso concreto que lhe cabia examinar, desde que declarasse sob juramento, *sibi non liquere*.** Isto é, o juiz negava a prestação jurisdicional sob o argumento de que os fatos não foram suficientemente esclarecidos e não foi descoberta a verdade. Situação absolutamente inaceitável no processo atual, porquanto o Estado é o devedor da prestação jurisdicional, que é indeclinável. **Aquela situação autorizava o juiz romano a ficar em “cima do muro”, hipótese que se traduz hoje na absolvição por falta de provas.**⁵³ - grifo nosso.

Dito isso, o que se pode perceber é que existem numerosas bases argumentativas que indicam a impossibilidade de o juiz atuar ativamente na produção probatória. São teses que, acompanhadas do – principal – argumento de que a atividade *ex officio judicis* implica a perda da imparcialidade pelo julgador, defendem a postura passiva do juiz.

3.2. A atuação probatória judicial: o juiz ativo

Cientes da existência de uma corrente doutrinária que declara a inconsistência entre o sistema acusatório e a atividade probatória *ex officio judicis*,

⁵⁰ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 172.

⁵¹ *Ibidem*, p. 169.

⁵² *Ibidem*, p. 171.

⁵³ THUMS, Gilberto. O Mito sobre a Verdade e os Sistemas Processuais. In: CARVALHO, Salo de (Org.). **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 165/166.

muito em virtude da sustentação de que o julgador perde a sua imparcialidade, é preciso salientar a existência do contraponto, ou seja, da doutrina que enxerga o juiz ativo como necessário à melhor solução do conflito de interesses que se instaura no processo penal.

Essa doutrina, todavia, apresenta uma fragmentação, subdividindo-se em duas. Por um lado, há quem sustente que deva ser a atividade do julgador limitada à busca de provas para beneficiar o réu. Por outro, existem juristas que se posicionam a favor da busca de provas para o melhor convencimento do juiz, sem que qualquer pré-intenção esteja relacionada a essa iniciativa probatória.

Far-se-á, a partir de então, uma análise acerca de cada um desses segmentos.

3.2.1. A atividade probatória judicial em favor do acusado: o juiz *pro reo*

Inicialmente, é preciso dizer que esta corrente defende que a atuação probatória do juiz possa se dar somente a favor do acusado. Trata-se, a rigor, de uma espécie de *juiz defensor* ou, melhor dizendo, *juiz pro reo*.

Prado, em que pese seu posicionamento – já exposto no item anterior – no sentido de que a atividade probatória do juiz visará a confirmar ou a condenação ou a absolvição, colocando-o, precipitadamente, atrelado à hipótese que pretende comprovar (o que acarretaria a quebra da sua imparcialidade), admite a possibilidade de intervenção do julgador, desde que moderada e com o intuito de buscar provas suplementares à demonstração de inocência do acusado.

Assevera o doutrinador, nesse sentido, que a intervenção do julgador é permitida em virtude dos princípios da justiça material (aqui citando a obra de Canotilho) e da presunção de inocência.

Mas não só esses. O princípio da “paridade de armas”, ainda, serve para complementar a atividade probatória *ex officio judicis*, na medida em que busca o equilíbrio processual em um cenário em que a acusação dispõe de meios mais bem

constituídos para debater (revelando a desigualdade processual existente entre acusação e acusado).⁵⁴

Nas palavras do autor:

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

(...)

Ao mesmo tempo, incrementa-se, por meio desta excepcional e restrita iniciativa judicial, o princípio da paridade de armas de modo efetivo, tal seja, garantindo, pela intervenção mediadora do juiz, tratamento desigual aos desiguais, sobretudo em face da ausência de identidade entre partes, agindo assim em busca do equilíbrio no processo, razoavelmente justificado à luz de critérios de reciprocidade e evitação de um dano irreparável.⁵⁵

Giacomolli é outro a, inicialmente, defender a inércia do juiz, pois “incumbe à acusação e não ao magistrado a proposição e a produção da prova condenatória”. Salaria, todavia, que a atuação *ex officio judicis* pode, no máximo, resguardar e garantir os direitos e as liberdades do imputado. Nesse sentido, a fim de evitar uma hipótese de condenação injusta, admite ser possível a atuação probatória *ex officio* do juiz, com a condição de que seja realizada apenas extraordinariamente e, além disso, em proveito do acusado.⁵⁶

O autor citado, não obstante, parece entender, atualmente, que a atuação probatória compete exclusivamente às partes, sendo defeso ao juiz atuar em conjunto com o acusado ou com o Ministério Público. Por oportuno, colaciono recente julgado do Magistrado sobre a matéria, *litteris*:

CORREIÇÃO PARCIAL. REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 129, VIII, a legislação institucional do Ministério Público e o disposto no artigo 47 do Código de Processo Penal, autorizam o Ministério Público a requisitar diligências

⁵⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 139.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 137/138

⁵⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35/37.

diretamente às autoridades policiais, excetuados apenas os casos em que a medida gere ou possa gerar eventual restrição de direitos fundamentais, ocasião em que a potestade jurisdicional é imprescindível. **No âmbito de um direito processual penal democrático, de matriz e perspectiva acusatória, do juiz exige-se uma postura imparcial, sendo-lhe vedado atuar conjuntamente com o Ministério Público ou com o réu na identificação de fontes de prova. Atuação probatória que compete exclusivamente às partes.** Na hipótese concreta, a requisição de antecedentes, identificação de pessoas, localização de demais autores do delito e remessa de documentos podem perfeitamente ser requisitada diretamente à autoridade policial por não representar nenhum risco de restrição de liberdades individuais, não havendo, pois, necessidade de autorização e/ou determinação judicial para que a autoridade policial diligencie nesse sentido. Diligência que deve ser requerida pelo Ministério Público diretamente à autoridade policial. CORREIÇÃO PARCIAL INDEFERIDA.⁵⁷ - grifo nosso.

O presente trabalho, além disso, não poderia deixar de mencionar a pretensão do projeto de código de processo penal brasileiro. A parte final do seu art. 4º, segundo Andrade, consagra a ideia do juiz pró-réu, pois prevê a situação de que, caso o julgador pretenda produzir provas de ofício, tão somente estará autorizado a fazê-la em benefício do acusado.⁵⁸

3.2.2. A atividade probatória do juiz em busca do convencimento e a crítica aos julgadores inerte e *pro reo*

Se existem as duas correntes anteriores – sendo essa última uma clara hipótese de exceção, pois os que a defendem ainda preferem o juiz passivo ao juiz ativo –, é certo que uma grande parte da doutrina também tece argumentos em prol do julgador ativo. A rigor, além de invocar justificativas a amparar a atuação probatória *ex officio judicis*, os juristas não poupam críticas àqueles que sustentam um sistema baseado na inércia jurisdicional. Veja-se, portanto, como se comporta a doutrina acerca dessa matéria.

Inicialmente, importante registrar que não só doutrinadores pensam dessa forma, senão os próprios legisladores assim já entenderam, como se pode perceber,

⁵⁷ TJ/RS, Correição Parcial Nº 70059161083, Relator Desembargador Nereu José Giacomolli, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 08/05/2014.

⁵⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **O Sistema Acusatório Proposto no Projeto de Novo Codex Penal Adjetivo**. Disponível em <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br>.

por exemplo, da simples leitura dos artigos 156, inciso II, 209, 212, 234, 242 e 616 do Código de Processo Penal.

A iniciativa probatória do juiz criminal, segundo Zilli, tem de pressupor a independência (como requisito essencial) e a imparcialidade do julgador, para fins de, obedecendo ao devido processo legal, respeitar o Estado Democrático de Direito. Segundo ele, “não há como se conceber uma atividade jurisdicional válida que não venha a ser conduzida por um juiz equidistante das partes processuais”⁵⁹.

Importante referir, nesse sentido, que “a iniciativa instrutória de que aqui se trata é informada pela necessidade do melhor acerto possível do fato posto a julgamento em virtude do dever imposto ao juiz de aplicar, eficazmente, o direito penal”⁶⁰. Por essas e outras que Andrade já nos dissera que o verdadeiro objetivo do processo é a busca da justiça.⁶¹

Barros, no mesmo sentido, é outro expoente a defender o posicionamento vertido neste capítulo. Para ele, é permitido ao julgador, contanto que em obediência à legalidade, ampliar o conjunto probatório a ser produzido no curso do processo penal, uma vez que “a sua iniciativa se dá em favor do descobrimento da verdade”⁶².

Mondin, a propósito, explica que o homem, por ser filosófico por natureza, “é dotado de razão para procurar a razão das coisas, ou seja, para achar uma explicação profunda, geral e exaustiva, uma explicação filosófica”⁶³.

É claro, no entanto, que a busca da verdade para a formação do livre convencimento do juiz não pode ocorrer sem que haja limites na sua atuação. Em outras palavras, há de se levar em conta algumas restrições.

Ao princípio do contraditório, nesse diapasão, é dada uma importante função: controlar o uso da atividade probatória exercida pelo magistrado. Conforme Taruffo:

⁵⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 140.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 144.

⁶¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e Seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 216.

⁶² BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 156.

⁶³ MONDIN, Batista. **Introdução à Filosofia: problemas, sistemas, autores, obras**. 2ª ed. Tradução de J. Renard. Milão: Massimo Editrice, 1976, p. 38.

(...) es necesario que las partes estén en condiciones de controlar la relevancia y la admisibilidad de las pruebas que el juez dispone de oficio en ejercicio de esos poderes, que estén en condiciones de aportar pruebas contrarias o diferentes respecto de las dispuestas por el juez, y que tengan por último la posibilidad de discutir el resultado y el valor de estas pruebas.⁶⁴

Registra-se, aqui, a inconformidade de Andrade, o qual não observa nesse princípio (do contraditório) um real aparelho para controlar a atividade probatória do juiz criminal. O contraditório, para o jurista, nada mais é do que a consequência da produção de provas, não sendo possível inibir eventual parcialidade que houvera ocorrido ao longo da sua produção.⁶⁵

Mas o contraditório não é o único mecanismo de controle da atividade instrutória do juiz. Barros estabelece outros três critérios limitadores da atividade *ex officio judicis*, a saber: a) a verdade deve ser declarada pelo juiz natural; b) o Magistrado deve ter amplo conhecimento acerca de fatores criminológicos; e c) é imprescindível que o juiz tenha qualidades subjetivas.

No que tange ao primeiro (juiz natural), nada mais significa do que a necessidade de o julgamento ser proferido pela autoridade competente, ou seja, por quem já foi previamente designado pela lei para julgar o caso, sendo vedado, ainda, o juízo ou o tribunal de exceção.⁶⁶ Tais características, é preciso salientar, estão contidas na Constituição Federal da República, expressamente nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º, e, por isso, Grinover, Gomes Filho e Fernandes assim se referem ao juiz natural:

(...) Assim, é **acertada a afirmação de que o juiz natural, no ordenamento brasileiro, é o órgão constitucionalmente competente**, ou seja, aquele cujo poder de julgar derive de fontes constitucionais (v. *supra*, n. 2).

A expressão constitucional do art. 5º, LIII (“Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”), **deve ser lida, portanto, como garantia do juiz constitucionalmente competente para processar e julgar**. Não será juiz natural, por isso, o juiz constitucionalmente incompetente, e

⁶⁴ TARUFFO, Michele. **Simplemente la Verdad. El juez y la construcción de los hechos**. Tradução de Daniela Accatino Scagiotti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 201.

⁶⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 226.

⁶⁶ BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 156.

o processo por ele instruído e julgado deverá ser tido como inexistente.⁶⁷ – grifo nosso.

Não se pode esquecer de mencionar, também, que, junto ao juiz natural, soma-se o princípio da identidade física do juiz, inserido recentemente no Código de Processo Penal, por meio da Lei nº 11.719/2008, no §2º do art. 399⁶⁸.

No que diz respeito à alínea “b” (fatores criminológicos), o juiz deve compreender as ciências penais e utilizar, junto a elas, outras auxiliares, tendo, ainda, de conhecer, entre outras, “antropologia, sociologia e psicologia criminais, psiquiatria”⁶⁹.

As qualidades subjetivas, por sua vez, demandam um pouco mais de atenção, desdobrando-se, segundo exemplifica Barros, em imparcialidade, independência, equilíbrio e prudência.⁷⁰

Dessas, a que parece ter mais força no meio doutrinário é a imparcialidade, característica que se desdobra em três elementos essenciais: suspeição, impedimento e incompatibilidade.⁷¹ De um modo geral, leciona Barros:

(...) Em apertada síntese, pode-se dizer que a suspeição decorre do vínculo do juiz com qualquer das partes. O impedimento se constata na relação de interesse do juiz com o objeto do processo; é um obstáculo à competência. E a incompatibilidade provém de graves razões de conveniência não incluídas entre os casos de suspeição ou impedimento, estando previstas, em geral, nas leis de organização judiciária.⁷²

Independência, por seu turno, parte de uma premissa de que o juiz não pode e não deve se submeter a pressões externas, que o obriguem a absolver ou a condenar o réu injustamente, contrariando a verdade processual.⁷³

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNADES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

⁶⁸ § 2º. O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

⁶⁹ BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 156/157.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 157.

⁷¹ As regras de suspeição, de impedimento e de incompetência estão contempladas no Código de Processo Penal, especialmente nos arts. 252, 253 e 254. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

⁷² BARROS, Marco Antônio de. *Op. Cit.*, p. 157.

⁷³ BARROS, Marco Antônio de. *Op. Cit.*, p. 159.

Sobre esses dois aspectos citados (imparcialidade e independência), vale salientar estarem previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, essa promulgada por meio do Decreto nº 678/92⁷⁴.

Sobre a Declaração, *in verbis*:

Art. X. Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal **independente e imparcial**, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.⁷⁵ – grifo nosso.

Acerca da Convenção, *litteris*:

Art. 8º, item 1 - **Toda pessoa terá o direito de ser ouvida**, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, **por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.⁷⁶ – grifo nosso.

Por derradeiro, prudência, na acepção da palavra, diz respeito à cautela, ao cuidado, ou, ainda, à “virtude que leva a evitar tudo o que possa ser prejudicial ou inconveniente”⁷⁷. Assim, no meio acadêmico jurídico, o juiz prudente seria “o juiz moderado, sensato, capaz até mesmo de demonstrar a grande virtude de ser humilde no seu proceder, sobretudo quando admite as próprias limitações e equívocos”⁷⁸.

É preciso evidenciar, também neste capítulo, algumas críticas feitas às argumentações despendidas em prol do juiz inerte.

Para iniciar, ressalta-se que o brocardo *ne procedat iudex ex officio* não se revela um fator determinante à caracterização da passividade judicial, ainda que uma minoritária corrente doutrinária assim entenda. A rigor, “a grande maioria dos autores restringe o significado do *ne procedat iudex ex officio* à impossibilidade de o

⁷⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_decreto/D0678.htm.

⁷⁵ Disponível em <http://www.dudh.org.br/declaracao>.

⁷⁶ Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>

⁷⁷ ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário Escolar da língua portuguesa**. 1ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008, p. 1042.

⁷⁸ BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 160.

juiz iniciar ou abrir o processo sem a ação penal do acusador”⁷⁹. A grande verdade é que, embora exista uma vinculação entre os brocardos *ne procedat iudex ex officio* e *nemo iudex sine actore*, inexistente qualquer relação entre esses e a possibilidade de o juiz determinar a produção de prova *ex officio*.⁸⁰

Michele Taruffo, a propósito, ainda que sobre o princípio do dispositivo (do processo civil), destaca:

(...) la presencia de amplios poderes de instrucción del juez no afecta de ningún modo la vigencia del principio dispositivo ni la efectividad de la garantía del derecho a la prueba y del principio del contradictorio. En realidad, la existencia de poderes probatorios del juez no entra en conflicto con los derechos de las partes sino con otra cosa, esto es, con el monopolio exclusivo de las partes sobre las iniciativas probatorias. Por otra parte, este monopolio no está establecido por ningún principio general del proceso, ni es objeto de ninguna garantía constitucional. Se trata solamente de un aspecto de una ideología específica del proceso que tuvo gran difusión en Europa en el siglo XIX, pero que, por diversas razones, ha sido superada por la historia y parece difícilmente recuperable en el ámbito de la justicia civil moderna.⁸¹

De outra parte, não se pode conceber que o *non liquet* seja utilizado como argumento para atestar a inércia judicial. A prevalência dos votos *non liquet* implicava, no direito romano, a *ampliatio*, ou seja, ampliação do julgamento com o intuito de que as partes apresentassem melhores meios para convencer os juízes a produzirem uma decisão. A consequência do *non liquet*, portanto, não era a absolvição do acusado por ausência de provas, mas sim a possibilidade de determinar nova chance aos litigantes para demonstrarem um melhor conteúdo probatório.⁸²

De acordo com Andrade:

(...) podemos ver que, já no berço do sistema acusatório, os julgadores do direito romano não estavam obrigados a resignar-se com as provas apresentadas pelo acusador e pelo acusado, e absolver o réu quando tivessem alguma dúvida que pudesse ser dirimida. Finalizada a fase de produção probatória, poderiam os julgadores populares determinar que as partes apresentassem novas

⁷⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 191.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 191.

⁸¹ TARUFFO, Michele. **Simplemente la Verdad. El juez y la construcción de los hechos**. Tradução de Daniela Accatino Scagiotti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 203.

⁸² ANDRADE, Mauro Fonseca. *Op. Cit.*, p. 193.

e melhores provas sobre o que ali houvesse sido alegado, o que ocorria com a supremacia dos votos *non liquet* (ou seja, não está claro) sobre os votos endereçados à condenação ou absolvição do acusado.⁸³ - grifo nosso.

Não procede, além disso, a ideia de ser o juiz ativo um juiz acusador, preocupado em punir o réu ou, em outros termos, um julgador parcial, inquisitivo. Andrade nos ensina, após examinar o texto das instruções de Torquemada (Tomás de Torquemada foi Inquisidor-Geral de Castilha e Aragón à época da Inquisição Espanhola), que a atividade probatória judicial só poderia ocorrer a favor do acusado, jamais contra os seus interesses. Nesse sentido, citando Thums, destaca:

O que salta aos olhos (...) é a absoluta ausência de autorização para que os juízes pudessem buscar novas provas condenatórias, além daquelas já produzidas pelas partes. Ao contrário, a carga da prova era confiada ao acusador, e só poderiam os juízes atuar *ativamente* se fosse para 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 (...).⁸⁴

Ademais, no que diz respeito ao uso das reformas legislativas ocorridas em países europeus como argumento a sustentar a inviabilidade de o juiz deter poderes instrutórios (ensinamentos de Lopes Jr., já citado no capítulo precedente), Andrade é taxativo: “as reformas ocorridas na Alemanha, Portugal e Itália nada tiveram a ver com a figura do juiz inerte na fase de produção de prova”⁸⁵. Vale registrar, nesse sentido, passagem da conclusão de Andrade acerca da matéria:

Em suma, o que vemos na lição em comento é que, em termos simples, houve uma equiparação entre situações não-equiparáveis. **Os poderes instrutórios do juiz**, combatidos na Alemanha, Portugal, Itália e Espanha, **disseram respeito aos exercidos pela figura do juiz-instrutor, responsável pela investigação criminal, ao invés daqueles exercidos na fase de produção probatória**. Nos três primeiros países, os juízes deixaram de ter poderes instrutórios (de investigação), pois a fase de apuração foi confiada ao Ministério Público. Na Espanha, o juiz segue com esses *poderes instrutórios*, mas aquele que *instruir* (no sentido de investigar) não poderá ser o mesmo encarregado da fase de produção de provas e do julgamento do processo. E, **seja em qual for o país citado por Lopes Júnior, o juiz encarregado da fase de produção de provas segue autorizado a, de ofício, buscar as provas que entenda**

⁸³ ANDRADE, Mauro Fonseca. Reflexões em Torno de um Novo Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br>.

⁸⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 194.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 197.

necessárias para bem julgar o processo, sempre que a atividade das partes for deficitária nesse sentido.⁸⁶ – grifo nosso.

Nesse mesmo sentido, Michele Taruffo bem menciona os aspectos do direito comparado à luz da atividade probatório *ex officio judicis*. Vejamos:

(...) Su extensión es máxima cuando el juez tiene el poder de disponer de oficio la adquisición de todos los medios de prueba legalmente admisibles, como prevé el art. 10 del *Code de Procédure Civile francés*. Es más reducida, en cambio, cuando se excluye que el juez pueda disponer de oficio la adquisición de cualquier medio de prueba, como ocurre en el caso del juez alemán, que no puede disponer la asunción de una prueba testifical, pero sí puede disponer la adquisición de cualquier otra prueba, o en el caso del juez italiano, que no tiene un poder de instrucción de alcance general (salvo en el proceso del trabajo), pero que cuenta con el poder de ordenar la adquisición de varios medios de prueba específicamente previstos por la ley. Esta técnica normativa es típica de los ordenamientos de *civil law*, pero no está presente sólo en estos ordenamientos: se debe recordar que también las *Federal Rules of Evidence* estadounidenses atribuyen al juez relevantes poderes de iniciativa probatoria, aunque los jueces americanos tiendan a dales una muy limitada aplicación, para evitar interferir en la actividad de las partes.

(...) Con todo, también el juez español tiene, en virtud del art. 429.1 de la ley actual, el poder de requerir a las partes que aporten otras pruebas necesarias para la determinación de los hechos, cuando considere que sus iniciativas probatorias han sido insuficientes.⁸⁷

No tocante à alegação de o juiz ativo incorrer em violação à imparcialidade, isso se trata de uma tese “extremadamente superficial”, “carente de fundamento”. A rigor, o juiz, no momento em que decide determinar a produção de provas de ofício, o faz por não estar convencido, o que torna esse meio probatório útil à reconstrução dos fatos. “Esto no implica ciertamente que en la valoración del resultado de la prueba él deba ser parcial en favor de una u otra parte”.⁸⁸

A imparcialidade do juiz, ressalta-se, não extirpa o seu “poder-dever” de buscar a verdade, especialmente porque ela (a imparcialidade) não se confunde com inércia/passividade, tampouco está restrita às contraposições das partes. Segundo Barros, “é perfeitamente possível compatibilizar a imparcialidade com a

⁸⁶ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 201/202.

⁸⁷ TARUFFO, Michele. **Simplemente la Verdad. El juez y la construcción de los hechos**. Tradução de Daniela Accatino Scagiotti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 198.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 201.

busca da verdade, bastando apenas que a função jurisdicional seja exercida com equilíbrio e em consonância com os ditames legais”⁸⁹.

Taruffo não só compartilha desse entendimento com também destaca que a busca da verdade é um elemento essencial à imparcialidade do julgador.⁹⁰

Há de se mencionar, outrossim, que a atividade probatória de ofício pelo julgador não transforma o estado democrático de direito em autoritário, antiliberal ou antidemocrático. Componentes históricos têm, novamente, grande relevância nessa situação. França, Alemanha, Estados Unidos, Inglaterra e Espanha, conquanto tenham atribuído ao juiz uma capacidade de produzir provas com vista ao descobrimento da verdade dos fatos, não sofreram, é importante ressaltar, transformações a ponto de serem tachados como países antidemocráticos e autoritários.⁹¹

Consoante Taruffo:

Este tipo de consideraciones generales serían probablemente suficientes para demostrar que **ecuaciones del tipo <<poderes de instrucción del juez = régimen autoritario>> y <<juez passivo = régimen liberal>> son vagas y genéricas y se reducen a eslóganes polémicos carentes de valor científico.**⁹² – grifo nosso.

Além disso, uma diferença básica entre o juiz autoritário e o ativo consiste no fato de que esse desempenha sua *função probatória* de modo claramente complementar e suplementar à atuação das partes, enquanto aquele nega aos litigantes os direitos e as garantias processuais, agindo por iniciativa própria.⁹³

Portanto, pode-se concluir, já nesse momento, que a experiência do direito comparado mostra o quão infundado é o temor de que o julgador, ao exercitar

⁸⁹ BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 159.

⁹⁰ TARUFFO, Michele. **Simplemente la Verdad. El juez y la construcción de los hechos**. Tradução de Daniela Accatino Scagiotti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 202.

⁹¹ *Ibidem*, p. 203.

⁹² TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008, p.164.

⁹³ *Ibidem*, p.173.

seu papel ativo, transforme-se em um juiz parcial e incapaz de valorar corretamente a prova existente no processo.⁹⁴

Tampouco o modelo do *common law* (*adversarial system*) pode ser utilizado para apoiar a base argumentativa do juiz inerte. Souza esclarece, nesse aspecto, que “até mesmo nos ordenamentos de índole adversarial, como o inglês e o norte-americano, há previsão, embora excepcional, de iniciativa probatória judicial”⁹⁵. Michele Taruffo, no mesmo sentido, aduz:

A propósito de los ordenamientos democráticos que atribuyen al juez algunos poderes de iniciativa instructor, es oportuno también trasladarnos por un momento más allá de los confines europeos para hacer alusión a un ordenamiento especialmente importante (también desde la perspectiva de su ideología política subyacente), como es el caso del estadounidense. En efecto, vale la pena recordar que la regla 614(a) de las *Federal Rules of Evidence* atribuye al juez la facultad para disponer de oficio pruebas testimoniales no propuestas por las partes, mientras que la regla 614(b) le atribuye la facultad de interrogar a los testigos propuestos por las partes o llamados de oficio por el propio juez. (...) ⁹⁶

Sobre o juiz inglês, além disso, Taruffo demonstra que ele conta com diversos poderes de iniciativa probatória.⁹⁷

Por isso talvez que, na contemporaneidade, pode-se perceber que existe um grande movimento crítico – por parte de doutrinadores de países do *Common Law* – em relação à inércia judicial. Segundo Andrade:

(...) parte da doutrina ligada à *Common Law* está confiante em uma curta duração do *adversarial system*, ao menos em relação aos seus postulados rígidos em tema probatório. Ademais, em sua origem, **há um forte movimento revisionista, a partir do reconhecimento de que um processo não atinge somente os interesses das partes.**⁹⁸
– grifo nosso.

Deve-se lembrar, ainda, que, para que o processo penal funcione a partir do entendimento consistente na figura do juiz passivo (ou inerte), é preciso, também,

⁹⁴ TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 182.

⁹⁵ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro: Uma Abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 118.

⁹⁶ TARUFFO, Michele. *Op. Cit.*, p. 169.

⁹⁷ TARUFFO, Michele. *Op. Cit.*, p. 171.

⁹⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 205.

que existam mecanismos de controle a esse método, sob pena de se adotar um sistema processual falho. No direito romano, além da *ampliatio* (visto acima), outra forma de exercer esse controle era a *praevaricatio*, uma espécie de revisão *pro societate*. Conforme Andrade, o processo por *praevaricatio* era utilizado para condenar o acusador do processo anterior e o acusado pelo crime de infâmia, além de esse último ser responsabilizado por fatos anteriormente julgados, ainda que a decisão tenha sido favorável aos seus interesses.⁹⁹

Outrossim, acerca do juiz-defensor, Andrade nos ensina, em sua obra, ser esse “um nítido tipo ideal de juiz, construído a partir das convicções pessoais desses autores, que não se encaixa a absolutamente nenhuma realidade histórica e tampouco atual do sistema acusatório”¹⁰⁰.

Segundo o jurista, ainda, a ideia voltada ao juiz-defensor é completamente estranha ao sistema acusatório, pois “jamais existiu no sistema acusatório, seja da antiguidade, seja da atualidade”. Entretanto, o doutrinador aponta que essa figura não é propriamente desconhecida da história. Ao contrário, para a surpresa de muitos, sua existência pode ser percebida justamente no sistema inquisitivo, cuja ideologia revela-se diametralmente oposta à do sistema acusatório.¹⁰¹

No caso, além de, nessa situação, o juiz enxergar o acusador como um “verdadeiro adversário”, a imparcialidade do juiz estaria comprometida, visto que buscaria provas tão somente para absolver o acusado, tese que vai de encontro ao preceito de justiça material invocado como sustentação dessa teoria.¹⁰²

A própria presunção da inocência, igualmente, não pode ser considerada um pilar para sustentar a ideia do juiz *pro reo*. Ela nasce com o oferecimento da denúncia, não sendo necessária qualquer manifestação do acusado para que lhe esteja garantida, pois “estará preservada e protegida sempre que o acusador não consiga comprovar o conteúdo de sua acusação”. Invocar a presunção de inocência

⁹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 217.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 220.

¹⁰¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. O Sistema Acusatório Proposto no Projeto de Novo Codex Penal Adjetivo. Disponível em <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br>.

¹⁰² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 220/221.

para fins de subsidiar a figura do juiz *pro reo* acaba, portanto, por criar um vínculo bastante enrijecido entre juiz e acusado, ultrapassando o mero caráter de assistência previsto pelos doutrinadores.¹⁰³ De acordo com Mauro Fonseca Andrade:

(...) o principal problema enfrentado por essa corrente doutrinária – e que nos parece ser insuperável – é ver, na figura do juiz, um sujeito processual potencialmente parcial. **Seu comprometimento psicológico, a favor dos interesses de alguém predeterminado, lhe retira o verdadeiro fundamento de sua existência, que é a confiabilidade social em uma decisão proferida por alguém imparcial ou neutro** (...) – grifo nosso.

Destaca-se, desde logo, que a atividade *ex officio judicis* detém um caráter substancialmente excepcional, de modo que apenas pode ser realizada “quando as partes processuais não tiverem sido suficientemente hábeis a ponto de esclarecer o fato, seus pontos e circunstâncias relevantes”¹⁰⁴.

Segundo Andrade:

(...) para o juiz determinar qualquer tipo de prova em caráter supletório à atividade das partes, **deveria ele se restringir às informações contidas no processo, e que essa prova a ser produzida de ofício se destine a suprir alguma obscuridade**.¹⁰⁵ – grifo nosso.

Em uma última análise, revela-se que os poderes atribuídos aos juízes são acessórios e complementares à iniciativa probatória das partes. Isso, de maneira alguma, implica dizer que o juiz se reveste de uma função inquisitiva e lesiva dos direitos e garantias dos litigantes. Em nenhum caso, salienta-se, o juiz toma para si todos os poderes de instrução e de descobrimento da verdade.¹⁰⁶

O que parece, a bem da verdade, é que a crítica à atividade probatória de ofício pelo juiz baseia-se exclusivamente em opções ideológicas – as quais, além de histórica e politicamente infundadas, caracterizam-se claramente como avessas à ciência do conhecimento¹⁰⁷ – ou em uma simples opção política – em que se

¹⁰³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 221/222.

¹⁰⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 144.

¹⁰⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Op. Cit.*, p. 227.

¹⁰⁶ TARUFFO, Michele. **Simplemente la Verdad. El juez y la construcción de los hechos**. Tradução de Daniela Accatino Scagiotti. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 199.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 205.

adotaria uma visão processual privatista ou pública¹⁰⁸ (o *adversarial system*, sistema adotado em países de cultura anglo-saxônica, em que prevalece a passividade judicial ao longo da fase probatória; ou o *inquisitorial system*, modelo vigente em países seguidores do modelo continental de Direito, em que, na fase de instrução, o julgador contribui ativamente na produção probatória), sem que isso implique uma necessária relação entre a conduta do juiz e o sistema acusatório¹⁰⁹. Segundo o Andrade:

Onde a ideologia dominante é a de caráter liberal, há a adoção do *adversarial system*, pois ele deixa às partes a definição do conceito de justiça, em razão de caber a elas a delimitação do material probatório que será apresentado ao julgador. Assim, o juiz, válida e conscientemente, poderá fazer uso de um material defeituoso à hora de julgar, ou então estar submetido a um proposital acerto de vontades entre as partes, de modo a que decida da maneira como a elas melhor lhes aprouver. **Já onde a ideologia dominante é a de caráter público, há a adoção do *inquisitorial system*, podendo o juiz suprir a omissão – proposital ou por pura incompetência – das partes na produção da prova, determinando a realização de diligências *ex officio judicis*.**¹¹⁰ - grifo nosso.

Portanto, observa-se que não há qualquer relação entre os argumentos utilizados para sustentar a passividade judicial e a própria inércia do magistrado. Em síntese, aduz Andrade:

(...) a iniciativa probatória *ex officio judicis* não possui qualquer vinculação com os argumentos utilizados por seus detratores. Ou seja, essa inércia judicial probatória nada tem a ver com o brocardo *ne procedat iudex ex officio*; não pode ser equiparada ao voto *non liquet* do direito romano; não foi o objeto das reformas ocorridas na Alemanha, Portugal, Itália e Espanha; não ocupou a atenção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; não é a consequência de o Ministério Público ser o único legitimado a acusar em nome do Estado; enfrenta sérias críticas por parte da doutrina ligada à Common Law; e, para arrematar, não há um vínculo obrigatório entre o sistema inquisitivo e o juiz que determina de ofício a produção de alguma prova.¹¹¹ – grifo nosso.

Por isso, tem-se que aqueles que propõem um processo penal baseado na figura do juiz inerte deixam a cargo das partes a resolução do conflito de interesses, o que pode acarretar uma decisão conveniente aos litigantes, em vez de

¹⁰⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 218/219.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 218.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 228.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 207.

um julgamento propriamente justo. Em outras palavras, pode-se afirmar que isso, inegavelmente, “traz consigo a possibilidade de um culpado ser absolvido ou de um inocentado ser condenado por responsabilidade exclusiva das partes” ¹¹².

¹¹² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 215.

4. A FORMAÇÃO E A SUPERAÇÃO DE UM PRECONCEITO

Conforme visto no capítulo precedente, diversos são os argumentos utilizados para sustentar a inércia (ou passividade) e a atividade do órgão jurisdicional.

O que se pretende realizar agora é a análise desses argumentos e, ao cabo, concluir acerca de qual se revela mais pertinente no âmbito processual penal moderno.

A origem histórica de certas expressões, bem como o modo de como o direito comparado lida com a matéria serão, vale ressaltar, importantes ao deslinde do trabalho.

4.1. O brocardo *iudex iudicare secundum allegata e probata (partium)*, (*non secundum conscientiam*)

O fundamento da teoria atinente ao juiz inerte pode ser sintetizado no brocardo latino *iudex iudicet secundum allegata e probata partium*.¹¹³ Ocorre, contudo, que o brocardo pilar dessa teoria é fruto de duas relevantes – e equivocadas – modificações do brocardo original (o acréscimo da palavra *partium* ou *partibus*; e a supressão da expressão *et non secundum conscientiam*), as quais, por consequência, acabaram por atribuir finalidade diversa daquela originalmente idealizada.¹¹⁴

Consoante José Picó i Junoy, a correta formulação do brocardo, de acordo com as fontes originais examinadas ao elaborar a obra, seria *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*, de forma alguma tendo por escopo dispor sobre a iniciativa probatório do juiz, “*sino cosa bien distinta*,

¹¹³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 210.

¹¹⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. **El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2007, p. 24.

que hace referencia a la imposibilidad de permitir el conocimiento privado del juez a la congruencia de la sentencia”¹¹⁵. Ainda, aduz o autor:

(...) De esta forma, se altera en sustancia la verdadera finalidad que se pretendía alcanzar con dicho brocardo, a saber, asegurar que el juez, en el momento de enjuiciar el caso, esto es, al dictar sentencia – *iudex iudicare debet* –, se limitase a resolverlo sólo en función de lo discutido y probado en el proceso – *secundum allegata et probata* –, sin que su conocimiento privado pudiese modificar lo verdaderamente alegado y probado en el mismo – *non secundum conscientiam* –. O dicho en otros términos, lo que se pretendía era lograr la debida congruencia de la sentencia con los hechos configuradores del objeto litigioso y con la prueba practicada en el proceso.¹¹⁶

Segundo o autor, em todas as obras clássicas que versaram sobre ciência jurídica, o brocardo foi formulado tendo por subsídio o Digesto (D.1,18,6,1). Assim, revelou-se corretamente enunciado, no século XIII, pelos mais relevantes glosadores da Escola de Bolonha (notadamente, Azón, Accursio y Duranti) e pelos glosadores canonistas (Raimundo de Penyafort); e, no século XIV, pelos pós-glosadores (destacando-se Bartolo de Saxoferrato, Baldo de Ubaldis, Aegidio de Viterbio, Marantae Venusini e Alberico de Rosate). Além desses, os humanistas (D. Gothofredus, Tholosano, Ferosini) e, após, os neo-humanistas (Von Leeuwen), no mesmo sentido, foram ao encontro da correta recepção do brocardo. Ademais, obras posteriores que se referiram a aforismos e a brocardos (especialmente dos autores Marfá de Quintana, Milá y Pí, de Mauri e Mans Puigarnau) também discorreram sobre a correta formulação do brocardo.¹¹⁷

A doutrina processualista dos países do velho continente não seguiu, contudo, na integralidade, os passos dos autores clássicos, enunciando ora correta ora equivocadamente o brocardo.

Na Alemanha, na segunda metade do século XIX e no início do século XX, autores como Werzell, Planck, Bunsen e Kleinfeller procederam à correta formulação do brocardo. Na mesma época, contudo, Wach e seu discípulo Hellwig, e

¹¹⁵ PICÓ I JUNOY, Joan. **El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2007, p. 24 e 35.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 162.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 35/41.

Rudolf Schmidt, bem como Stein e Goldschmidt, incorreram na sua formulação errônea.¹¹⁸

Na Itália, a formulação do brocardo pode ser resumida em antes e depois de Chiovenda. Isso porque, no período precedente ao renomado autor (segunda metade do século XIX), a doutrina traduziu a correta formulação do brocardo, o qual foi apontado erroneamente, pela primeira vez na Velha Bota, por Chiovenda, “*probablemente influido por la cita incorrecta de varios maestros del procesalismo alemán, y en especial por WACH*”¹¹⁹. Segundo Joan Picó I Junoy, Chiovenda, em suas três principais obras, refere-se indevidamente ao brocardo “*iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*”, mencionando “*iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet*”. Após, Calamandrei, Carnelutti (ainda que tenha, inicialmente, citado a forma correta do brocardo), Betti, Liebman, entre outros, vêm a consolidar o entendimento explicitado pelo doutrinador italiano, ainda que houvesse outros doutrinadores (como Ferrone e Rossi) que se referiram de forma correta ao brocardo.¹²⁰

Mais recentemente, precisamente após o CPC italiano, de 1940, podem-se encontrar autores que se reportam corretamente ao brocardo, especialmente Micheli, De Maio, Taruffo, Mandrioli. De qualquer forma, Joan Picó I Junoy assevera que a maior parte da doutrina posterior a Chiovenda mantém a indevida formulação do brocardo, introduzindo, agora, uma finalidade nova, qual seja, a de proibir a iniciativa probatória do juiz civil. Segundo o autor:

Esta incorrección en la expresión del brocardo se concreta en un doble plano: por un lado, se incorpora el término <<*partium*>>, para enfatizar que la actividad probatoria debe venir dada exclusivamente por los litigantes (*et probata <<partium>>*); y por otro lado, se silencia el final del aforismo, esto es, <<*non secundum conscientiam*>>, para restar relevancia al real alcance o sentido del verdadero brocardo, a saber, la debida congruencia de la sentencia con lo alegado y probado en el proceso.¹²¹

¹¹⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. **El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2007, p. 43/48.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 53.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 51/62.

¹²¹ PICÓ I JUNOY, Joan. **El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2007, p. 71.

O estudo da doutrina francesa, na mesma linha, vai ao encontro do exposto referente à Alemanha e à Itália. Embora no século XIX a doutrina processualista civil tenha se dirigido a citar de modo equivocado o brocardo em exame, obras do século XX já demonstram o contrário. Contudo, é preciso ressaltar que muitos autores ainda ou se mantêm omissos ou enunciam de forma errada o brocardo.¹²²

Na Espanha, a divisão acerca da formulação do brocardo muito tem relação com a doutrina difundida pelo italiano Chiovenda. A doutrina anterior à LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) de 1855, em sua maioria, refere-se ao brocardo em sua forma adequada. Além dessa, a atinente à LEC de 1881, também em grande parte, formula-o corretamente. Idêntica situação não se vislumbra, no entanto, a partir do século XX, quando a influência de Chiovenda toma corpo na Espanha e introduz a dupla modificação no brocardo (acréscimo de *partium*; supressão do *non secundum conscientiam*). Essa última concepção, ressalta-se, acabou por se consolidar majoritariamente nos estudos atuais, materializando no art. 216 da LEC 1/2000.¹²³ Sobre esse artigo, Joan Picó I Junoy destaca:

En mi opinión, atendiendo a la evolución histórica que se acaba de realizar, el análisis de este precepto requiere que se distingan dos aspectos jurídicos diferentes: **por un lado**, en materia de alegaciones, **sí recoge un verdadero principio acorde con la tradición histórica, ya que ninguna norma de la LEC permite al juez alterar ex officio los hechos alegados por las partes** – por lo que el brocardo aquí analizado sigue manteniendo plena vigencia -. **Sin embargo, respecto a la prueba, la propia LEC establece multitud de situaciones en las que se atribuye iniciativa probatoria ex officio iudicis**, lo que permite cuestionar si estamos ante un verdadero principio y, de estar ante un principio, permite concluir que pese a su expresa formulación la vigencia del mismo se encuentra también igualmente limitada por la LEC. En definitiva, el art. 216 LEC recoge dos principios inspiradores del actual sistema procesal civil: la plena vinculación del juez a los hechos alegados por las partes, sin excepción alguna; y la imposibilidad del juez de practicar pruebas de oficio, aunque con un régimen mayor de excepciones.¹²⁴

¹²² *Ibidem*, p. 71/74.

¹²³ *Ibidem*, p. 74/97.

¹²⁴ PICÓ I JUNOY, Joan. **El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2007, p. 96.

O que se percebe, portanto, é que a modificação do brocardo iniciou-se, com potência, a partir de Wach, passou por outro grande renomado jurista (Chiovenda) e encerrou por se espalhar em todo o continente europeu.

Isso acarretou, como dito acima, uma clara influência de pensamento a respeito da produção probatória *ex officio judicis*. A rigor, com a introdução das duas alterações, o brocardo passou a indicar a impossibilidade de o julgador determinar a produção de provas de ofício.

Ocorre, contudo, como bem nos ensina Joan Picó I Jonoy, que o brocardo (leia-se, em sua forma original) não tem por escopo fazer referências acerca da maior ou da menor possibilidade de o juiz produzir provas *ex officio*. O que se buscava, consoante já referido, era impedir que o Magistrado utilizasse seu conhecimento privado para bem proferir uma sentença.¹²⁵

Por esse motivo, pode-se dizer que o amparo histórico em que se apoia a doutrina que defende uma postura inerte do juiz é, no mínimo, distorcido da verdadeira história. Logicamente, não há como saber se o erro foi involuntário ou não¹²⁶, todavia é certo que esse equívoco (que não podemos dizer ser ínfimo) tornou-se subsídio para fazer emergir uma nova concepção ideológica.

4.2. A teoria da gestão da prova

Encerrando o presente trabalho, não se poderia deixar de reservar um espaço para abordar a teoria da gestão da prova, utilizada por alguns autores brasileiros com o escopo de sustentar a adoção de uma postura inerte do juiz no curso da instrução probatória.

Para fins de melhor encaminhar a discussão travada sobre essa matéria, inicialmente serão mencionados os equivocados escritos acerca de Franco Cordero – expondo a sua opinião sobre o binômio o sistema acusatório e juiz ativo –, para, ao final, demonstrar a mudança de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e a consolidação do entendimento do Supremo Tribunal Federal.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 24

¹²⁶ *Ibidem*, p. 161.

4.2.1. A equivocada menção a Franco Cordero

Em linhas gerais, a teoria da gestão da prova dispõe que, quando se está diante de um sistema acusatório, o julgador necessariamente precisa manter-se inerte em relação à produção de provas. Por outro lado, à luz de um sistema inquisitivo, o magistrado teria ampla liberdade para buscar outras provas. Andrade, referindo-se a ela, ensina:

Nesse contexto, em que o sistema acusatório aparece ora como autorizador, ora como limitador de uma mesma postura judicial, merece especial destaque a chamada **teoria da gestão da prova, que aportou no cenário nacional com a pretensão de simplificar a identificação de um ou outro sistema processual penal**, e acabar, de uma vez por todas, com uma controvérsia surgida há mais de cento e sessenta anos no meio doutrinário internacional. **Em termos simples, ela prega que a diferença entre os sistemas acusatório e inquisitivo estaria na postura do juiz durante a fase probatória.** Assim, nas legislações em que o juiz está autorizado a adotar uma postura ativa nessa fase – portanto, autorizado, ainda que sob determinadas condições, a questionar e produzir prova *ex officio* –, o sistema seria inquisitivo; e nas legislações em que o juiz tem o dever de adotar uma postura completamente inerte, figurando como um mero árbitro da atuação das partes, o sistema seria acusatório.¹²⁷ – grifo nosso.

Melchior, a propósito, acrescenta que “o princípio acusatório tem na gestão da prova o seu mais fundamental elemento de estrutura”¹²⁸.

Lopes Jr., na mesma linha, destaca que a gestão da prova seria o elemento principal a caracterizar o sistema adotado por um país. Se possível determinar a produção de provas *ex officio judicis*, então o sistema seria o inquisitivo; se não, caso do juiz inerte, então configurada estaria a hipótese do sistema acusatório.¹²⁹

¹²⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Teoria da Gestão da Prova: Um Confronto Consigo Mesma.** Disponível em <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br>.

¹²⁸ MELCHIOR, Antonio Pedro. **O Juiz e a Prova: O Síntoma Político do Processo Penal.** Curitiba: Juruá, 2013, p. 172.

¹²⁹ LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional).** 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 169.

De acordo com essa doutrina, portanto, adotando o Brasil o sistema acusatório, deveria o magistrado se manter inerte no decorrer do processo. Não é isso, contudo, que se observa da leitura do nosso Código de Processo Penal.

Por essa razão, Coutinho não titubeia em afirmar que “o *sistema processual penal brasileiro* é, indubitavelmente, inquisitório, porque seu *princípio unificador* é o inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, senhor do processo”¹³⁰.

Lopes Jr., na mesma linha, aduz: “o processo penal brasileiro é inquisitório, do início ao fim”¹³¹.

Assim, sendo o sistema brasileiro inquisitivo, o juiz desenvolveria “quadros mentais paranoicos” (expressão utilizada por Franco Cordero para caracterizar o juiz inquisidor), daí porque autores brasileiros, utilizando esse trecho de uma obra do autor italiano, defendem a inércia do magistrado.

Ocorre, no entanto, que o doutrinador da Velha Bota em momento algum afirmou que a produção probatória de ofício pelo juiz é incompatível com o sistema acusatório. Ele apenas salientou que o juiz inquisitivo desenvolve quadros paranoicos. Além disso, a fim de dirimir qualquer controvérsia que tenha havido em decorrência da sua frase, destacou não só que inexistente incompatibilidade entre o juiz ativo e o sistema acusatório, como também que compartilha da ideia de ser a determinação de provas *ex officio judicis* inclusive necessária ao bom julgamento. Nas palavras de Andrade:

E, quanto a este último país, ninguém menos que Franco Cordero – aquele mesmo festejado autor que vê o juiz do sistema inquisitivo como um paranóico – encara a atividade probatória do juiz, em solo italiano, como plenamente compatível com o sistema acusatório, que lá, como já visto, é adotado por expressa determinação legal. Mais que isso, **esse autor textualmente afirma ser a atividade probatória *ex officio judicis* necessária ao sistema acusatório contemporâneo**, o que demonstra a perfeita convivência entre ambos os institutos, e o equívoco em se vincular obrigatoriamente o sistema acusatório ao juiz inerte, e o sistema inquisitivo à

¹³⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um Devido Processo Legal (Constitucional) é Incompatível com o Sistema do CPP, de Todo Inquisitorial. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 257.

¹³¹ LOPES JR., Aury. *Op. Cit.*, p. 170.

possibilidade de uma atividade probatória *ex officio judicis*.¹³² – grifo nosso.

Na mesma linha, Souza explica:

Na realidade, porém, as considerações de Cordero sobre o “primado das hipóteses sobre os fatos” e do desenvolvimento pelo magistrado de “quadro mental paranoico” referem-se ao juiz do sistema inquisitivo, que, sozinho, investiga, acusa, recolhe a prova e julga. De acordo com o autor, a iniciativa do julgador é necessária (desde que exercida na fase processual) e, aliada à obrigatoriedade e irretratibilidade da ação penal, caracteriza o modelo acusatório italiano, distinto do anglo-americano. **Enfim, segundo Cordero, não há incompatibilidade entre a iniciativa probatória judicial e o sistema acusatório, ao contrário do que Aury Lopes Jr. dá a entender.**¹³³ - grifo nosso.

Andrade, ainda, simplifica toda a questão envolvendo Franco Cordero:

O que fica claro, portanto, é que, **na visão do professor italiano, o juiz integrante do sistema inquisitivo segue sendo paranoico. Contudo, o fato de um juiz determinar a produção de provas de ofício não faz com que ele sofra desse mal e, muito menos, passe a ser visto como um inquisidor.** Em suma, não será a figura do juiz ativo na fase probatória que irá definir quando um sistema será acusatório ou inquisitivo, razão pela qual o próprio Cordero afirma que o processo penal italiano é seguidor do sistema acusatório.

Em termos práticos, **o professor italiano simplesmente põe abaixo a tese do juiz inerte, que autores nacionais construíram e tanto se esforçam para impor ao processo penal brasileiro, a partir de um trecho de uma frase emitida pelo professor italiano. Ou seja, é o próprio Cordero que os desautoriza a falar em seu nome, ainda mais sobre algo que ele não pensa e nunca disse.**¹³⁴ – grifo nosso.

A propósito do tema, relevante sinalar que o Novo Código de Processo Penal italiano permite ao juiz, expressamente, determinar, de ofício, a produção de provas que entenda necessária ao melhor deslinde do processo, desde que cumpridos certos requisitos. Sobre o ponto, Andrade invoca, como exemplo, os artigos 70, 195, 224, 237, 507, 511 e 603 do aludido código, evidenciando,

¹³² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Reflexões Em Torno De Um Novo Código De Processo Penal.** Disponível em: <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br>

¹³³ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro: Uma Abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli.** Curitiba: Juruá, 2013, p. 119.

¹³⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores.** Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 209/210.

especialmente, o art. 507, o qual autoriza o julgador a determinar a produção de “novos meios de prova”¹³⁵.

Souza, ademais, acrescenta, na linha do exposto por Mauro Andrade, que, “na Itália, também não se vê incompatibilidade com o sistema acusatório, considerando-se a iniciativa probatória judicial até mesmo necessária, desde que exercida na fase processual (e não na etapa preliminar)”¹³⁶.

Portanto, “a ideia de que a ‘gestão da prova’ é o critério distintivo entre os sistemas processuais não resiste a uma análise mais acurada”¹³⁷, não sendo possível invocar, como visto, os ensinamentos de Franco Cordero para fins de subsidiar a tese da passividade judicial. A adoção do princípio acusatório, como explica também Picó i Junoy, não exclui a possibilidade de o juiz criminal deter certa iniciativa probatória.¹³⁸

4.2.2. O entendimento da Suprema Corte e do Tribunal Superior no Brasil

Passada essa pequena análise dos fundamentos da teoria da gestão da prova, não se poderia esquecer de mencionar o posicionamento vertido nos Tribunais Superiores brasileiros.

Após a reforma do Código de Processo Penal, ocorrida em 2008, sobreveio, em 2009, o primeiro julgamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria. Nessa decisão, utilizada como referência obra de Jacinto Coutinho (“O novo papel do juiz no processo penal”), não restaram dúvidas de que “a principal característica desse sistema processual [inquisitivo] é a concentração de poder nas mãos do julgador, o qual detém a gestão da prova e faz do acusado mero objeto de investigação e não o considera sujeito de direitos”. Mais uma vez, portanto, foi

¹³⁵ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 209.

¹³⁶ SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro: Uma Abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 106.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 117.

¹³⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. **El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2007, p. 130.

defendida – agora pelo Superior Tribunal de Justiça – a atuação inerte do Magistrado ao longo da instrução probatória, sob o argumento de que a gestão da prova é o elemento que diferencia o modelo de sistema adotado por determinado país. Colaciono, por conveniente, a ementa do acórdão do julgado acima referido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. QUADRILHA. REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO POR JUIZ DURANTE A FASE INQUISITÓRIA, ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 3º, DA LEI DE PRISÃO TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO QUE PERMITA AO MAGISTRADO PROCEDER À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. RETORNO AO SISTEMA INQUISITÓRIO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E GARANTIAS DO CIDADÃO. RECURSO PROVIDO.

(...)

4. O magistrado que pratica atos típicos da polícia judiciária torna-se impedido para proceder ao julgamento e processamento da ação penal, eis que perdeu, com a prática dos atos investigatórios, a imparcialidade necessária ao exercício da atividade jurisdicional.

5. O sistema acusatório regido pelo princípio dispositivo e contemplado pela Constituição da República de 1988 diferencia-se do sistema inquisitório porque nesse a gestão da prova pertence ao Juiz e naquele às partes.

6. No Estado Democrático de Direito, as garantias processuais de julgamento por Juízo imparcial, obediência ao contraditório e à ampla defesa são indispensáveis à efetivação dos direitos fundamentais do homem.

7. Recurso provido. ¹³⁹ – grifo nosso.

Mesma linha, entretanto, não seguiram os julgamentos posteriores. Em setembro de 2012, por exemplo, o Ministro Jorge Mussi firmou o posicionamento no sentido de que a formação do livre convencimento do Juiz permite que julgador determine a produção de outras provas, sem que isso implique qualquer ilegalidade. Nessa senda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). JUNTADA DE LAUDO DE EXAME TOXICOLÓGICO DEFINITIVO DE OFÍCIO PELO JUIZ. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVAS NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO DO SEU LIVRE CONVENCIMENTO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.

1. Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que **o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a**

¹³⁹ STJ, RHC nº 23.945/RJ, Relatora Ministra Jane Silva (desembargadora convocada do TJ/MG), 6ª Turma, Dje. 16/03/2009.

formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade.

2. Nesse sentido é o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao magistrado, de ofício, "determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante."

3. Por sua vez, o artigo 56 da Lei 11.343/2006, prevê que o togado, ao receber a denúncia, requisite os laudos periciais referentes ao ilícito em tese praticado. (...) ¹⁴⁰ – grifo nosso.

Posteriormente, em dezembro de 2012, o Tribunal Superior consolidou sua posição e afirmou que inexistente incompatibilidade entre o sistema acusatório e a determinação de produção de provas *ex officio judicis*. Segundo a Ministra Relatora Assusete Magalhães, a posição ativa do magistrado ao longo da instrução criminal visa à formação do seu convencimento, de forma alguma podendo configurar perda da imparcialidade, especialmente porque “a diligência requerida pode beneficiar, indistintamente, a acusação ou a defesa”. Por relevante, segue a ementa desse julgado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONDENAÇÃO, EM PRIMEIRO GRAU, PELA PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). APREENSÃO DE COCAÍNA E MACONHA. JUNTADA DO LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO, RELATIVO À MACONHA, POR DETERMINAÇÃO DO JUIZ, APÓS A APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS. ABERTURA DE NOVO PRAZO PARA MANIFESTAÇÃO DAS PARTES. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 156, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO, À IGUALDADE ENTRE AS PARTES E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE, A ENSEJAR A CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

(...)

VII. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que "a determinação de juntada aos autos do laudo de exame toxicológico de ofício pelo togado singular, ao contrário do que sustentado na inicial do writ, não caracterizou ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois conquanto a mencionada prova tenha sido utilizada para corroborar a tese da acusação, foi considerada indispensável pelo Juízo para analisar o

¹⁴⁰ STJ, HC nº 192.410/MS, Relator Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, Dje 18/09/2012.

mérito da causa, estando a atuação jurisdicional, no caso em apreço, em consonância com as regras constitucionais e processuais penais pertinentes" (STJ, HC 192.410/MS, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 18/09/2012).

VIII. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que "descabe o argumento relativo à nulidade do processo em virtude da juntada tardia do laudo de exame toxicológico, já que não ficou demonstrado o prejuízo sofrido pelo paciente. O laudo foi apresentado antes da prolação da sentença e apenas confirmou a toxicidade da substância apreendida" (STF, HC 104.871, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 07/10/2011).

IX. A possibilidade de o Juiz, nos termos do art. 156, II, do Código de Processo Penal, determinar, de ofício, a juntada de laudo pericial não afronta o sistema acusatório, mas, ao contrário, confere ao julgador posição ativa na instrução criminal, a fim de buscar a formação do seu convencimento, não se confundido, outrossim, com parcialidade.

X. A determinação de diligências, no curso da instrução criminal, a fim de dirimir dúvida sobre ponto relevante, milita em favor da busca da verdade real, princípio basilar do processo penal, não havendo falar em desigualdade entre as partes, já que a diligência requerida pode beneficiar, indistintamente, a acusação ou a defesa.

(...)

XIII. Habeas corpus não conhecido. ¹⁴¹ - grifo nosso.

Mas não somente o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre o tema. O Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2013, em acórdão de relatoria da Ministra Rosa Weber, assentou a jurisprudência de que a inércia do juiz não é condição de um sistema acusatório. Nas palavras da Ministra, o "sistema acusatório não pressupõe magistrado como mero espectador estático no curso do processo penal, admitindo-se, ainda que excepcionalmente, a iniciativa probatória *ex officio*". A propósito, colaciono a ementa do acórdão aludido:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADMISSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 102, II, a. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS CONSUMADOS E TENTADOS. NULIDADES. CONDENAÇÃO CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA.

(...)

2. As nulidades suscitadas pela Defesa foram devidamente analisadas e rejeitadas tanto pelo Juízo de primeiro grau quanto pelo Tribunal de Apelação, não se vislumbrando qualquer omissão. A indigitada contrariedade às regras do sistema acusatório não foi objeto de exame nem na decisão ora atacada nem nos acórdãos da Corte de apelação, o que impede sua análise por esta Corte, sob pena de dupla supressão de instância. **O sistema acusatório não**

¹⁴¹ STJ, HC nº 176.424/MS, Relatora Ministra Assusete Magalhães, 6ª Turma, DJe. 01/02/2013.

pressupõe magistrado como mero espectador estático no processo penal (...).¹⁴² – grifo nosso.

Portanto, o que se percebe é que os nossos próprios tribunais superiores já afastaram as equações “juiz inerte = sistema acusatório” e “juiz ativo = sistema inquisitivo”. O pensamento ideológico/político do processo penal, assinala-se, não foi incorporado pelas mais altas cortes do país.

¹⁴² STF, HC nº 109.713/RJ, Relatora Ministra Rosa Weber, 1ª Turma, Dje. 05/03/2013.

5. APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

Ao longo do presente trabalho, buscou-se a exposição das diferentes posturas passíveis de serem adotadas por um juiz quando o contexto probatório disposto no caderno processual se demonstra frágil, insuficiente ou mesmo dúbio. A aplicação das máximas *in dubio pro reo* e *in dubio pro societate*, nesse sentido, mereceram relevante importância.

No que tange ao *in dubio pro reo*, é possível extrair que guarda uma relação fundamental com a presunção de inocência, sendo, a bem da verdade, uma decorrência dessa, devendo ser aplicado tão somente quando houver dúvida insuperável acerca dos fatos investigados no curso do processo. Portanto, diante de um estado relativo de dúvida, não se vê razão a impedir eventual atividade probatória de ofício pelo juiz. Válido ressaltar, no caso, que a dúvida pode haver tanto para a hipótese de condenação quanto de absolvição, não sendo a determinação de produção de provas uma tentativa de comprovar uma ou outra, senão de permitir ao juiz que diminua ao máximo a possibilidade de proferir uma decisão injusta.

A máxima *in dubio pro societate*, por sua vez, encontra aplicação, basicamente, no juízo de admissibilidade da peça inicial acusatória e na decisão de pronúncia – essa no procedimento do Tribunal do Júri. Sobre o tópico, chama a atenção que a aplicação do brocardo requer a presença de indícios de autoria e de presença de materialidade. Ambos, uma vez existentes, tornam preenchidos os requisitos autorizadores do emprego do princípio em tela, eis que, ante a necessidade de esclarecimento dos fatos, a dúvida se resolve *em favor da sociedade*.

É preciso salientar, contudo, que o cerne deste trabalho não foi apresentar os momentos em que os princípios antes mencionados podem ser aplicados. A rigor, o grande objetivo foi demonstrar, à (quase) exaustão, os argumentos utilizados por processualistas – nacionais e estrangeiros – para sustentar ou criticar a atuação mais ativa do juiz durante a instrução.

Nesse diapasão, pode-se observar que, dentre a linha argumentativa que defende a inércia judicial, a principal questão invocada foi a perda da imparcialidade do julgador ao buscar outras provas. Viu-se que dados históricos de outros países foram mencionados como tentativa de conceder credibilidade a essa tese. Registros romanos (como o *non liquet*) chegaram a ser mencionados para fins de demonstrar que, à ausência de provas, o processo se resolve com a absolvição, e não com a oportunidade de serem realizadas novas provas. Ademais, a todo instante, deparou-se a pesquisa com a invocação de que o juiz deve julgar conforme o alegado e o provado pelas partes, de modo que o julgador, ao determinar a produção de outras provas, acaba por assumir a posição do órgão acusador. Não bastasse isso, a correlação entre o sistema processual adotado (se acusatório ou inquisitivo) e a atuação do juiz também foi contemplada por essa teoria, a qual, é válido ressaltar, frisou que a gestão da prova é o ponto nevrálgico para se determinar o sistema eleito por cada país. Não se poderia deixar de abordar, por fim, a persistência em relacionar a atividade probatória *ex officio judicis* com um Estado autoritário, antidemocrático e repressivo.

Em um chamado *meio-termo* entre a inércia e a atividade judicial, foi possível averiguar a existência de autores que, a princípio, defendem a passividade do juiz, sob o manto da imparcialidade, porém que não enxergam a sua violação caso essa atividade seja em favor exclusivamente do acusado. Isso porque, segundo essa linha argumentativa, a justiça material, a presunção de inocência e a paridade de armas permitiriam a interferência do até então considerado terceiro imparcial no desenrolar da produção probatória.

Todavia, após colher informações de diversos autores, foi possível notar que tanto a inércia judicial quanto a atividade pró-réu mostram-se carentes do ponto de vista argumentativo. Os dados utilizados pelos seus defensores não refletem, ao contrário do que afirmam, a realidade histórica. Conteúdos romanistas foram utilizados de forma equivocada. Princípios foram modificados. Reformas processuais ocorridas em diversos países europeus não invocaram a necessidade da inércia judicial. Juristas de país do *Common Law* criticam veementemente o *adversarial system*. Ainda, a atuação probatória *ex officio judicis* não é o elemento fundamental a distinguir um sistema (acusatório ou inquisitivo) de outro.

Nenhumas das críticas expostas, entretanto, podem ser comparadas aos dois mais graves equívocos apresentados no capítulo precedente.

A modificação do brocardo *iudex iudicare secundum allegata e probata, non secundum conscientiam*, ocorrida a partir do alemão Wach e seguida por Chiovenda, certamente contribuiu em muito para que uma nova concepção – errada – fosse utilizada como pilar de sustentação da teoria da passividade judicial. Ainda que não se saiba se tal recepção foi voluntária ou não, não se pode olvidar que isso repercutiu e ainda repercute no âmbito da doutrina processualista.

Talvez mais grave seja o que ocorre no Brasil. Alguns autores insistem em atribuir a Franco Cordero o pensamento de que a atividade probatória judicial é incompatível com o sistema acusatório. Contudo, a pesquisa claramente demonstrou que o próprio italiano assume como necessária ao bom julgamento a atividade probatória *ex officio iudicis*.

Diante disso, a partir dos estudos realizados, foi possível compreender que a perseguição pela busca da verdade no processo não significa permissão a uma caça sem fim a provas que visem à condenação do acusado. Não se trata de uma autorização à utilização de quaisquer meios para a obtenção dessa verdade. Existem mecanismos de controle da atividade judicial justamente para impedir que o órgão jurisdicional perca a sua característica de garante do processo. Ademais, apenas é facultada ao magistrado a produção de provas de ofício em caráter complementar à atuação de ambas as partes. Logo, o juiz não assume uma postura de órgão acusatório ou defensivo. Se a ele é dada a responsabilidade máxima no processo (que, inegavelmente, é determinar a verdade sobre os fatos), parece contraditório que não tenha a possibilidade de obter o conhecimento necessário para tanto.

Em uma última análise, extrai-se que a busca da verdade é a busca da justiça no caso concreto ou a tentativa de eliminar ao máximo a viabilidade de se proferir uma decisão injusta, que pode se traduzir não só em favor do réu, mas também contra ele.

Para encerrar, fica o ensinamento de Picó i Junoy, segundo o qual, o processo penal não será mais garantista ou mais acusatório se houver a negação à iniciativa probatória do juiz. Ele será, sim, e provavelmente, menos eficaz.¹⁴³

¹⁴³ PICÓ I JUNOY, Joan. **El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual.** Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2007, p. 159.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. **Dicionário Escolar da língua portuguesa**. 1ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

_____. **O Sistema Acusatório Proposto no Projeto de Novo Codex Penal Adjetivo**. Disponível em <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br>.

_____. **Reflexões Em Torno De Um Novo Código De Processo Penal**. Disponível em <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br>.

_____. **Teoria da Gestão da Prova: Um Confronto Consigo Mesma**. Disponível em <http://www.paginasdeprocessopenal.com.br>.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROS, Marco Antônio. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os Juízes, vistos por nós, os Advogados**. Tradução de Ivo de Paula. São Paulo: Editora CD, 2009.

CAROFIGLIO, Gianrico. **El Arte de la Duda**. Tradução de Luisa Juanatey. Madrid: Marcial Pons, 2010.

CARVALHO, Salo de. Da Necessidade da Efetivação do Sistema Acusatório no Processo de Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de. **Crítica à Execução Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um Devido Processo Legal (Constitucional) é Incompatível com o Sistema do CPP, de Todo Inquisitorial. *In*: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coord.). **Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 Anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em <http://www.dudh.org.br/declaracao>.

DECRETO-LEI Nº 678/92. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm

DECRETO-LEI Nº 3689/41. **Código de Processo Penal**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal: Considerações Críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNADES, Antônio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional)**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARINHO, Guilherme; GUIMARÃES, Leonardo Avelar. Limites à Busca da Verdade: desmistificando a verdade real no processo penal. *In*: GILSON BONATO (Org.). **Processo Penal, constituição e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MELCHIOR, Antonio Pedro. **O Juiz e a Prova: O *Sinthoma* Político do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2013.

MONDIN, Batista. **Introdução à Filosofia: problemas, sistemas, autores, obras**. 2ª ed. Tradução de J. Renard. Milão: Massimo Editrice, 1976.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PICÓ I JUNOY, Joan. El juez y la prueba: **Estudio de la errónea recepción del brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* y su repercusión actual**. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2007.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça**. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/>.

SOUZA, João Fiorillo de. **A iniciativa instrutória do juiz e o sistema processual penal brasileiro: Uma Abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli**. Curitiba: Juruá, 2013.

TARUFFO, Michele. **La Prueba**. Tradução de Laura Manríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____ **Simplemente la Verdad**. El juez y la construcción de los hechos. Tradução de Daniela Accatino Scagiotti. Madrid: Marcial Pons, 2010.

THUMS, Gilberto. O Mito sobre a Verdade e os Sistemas Processuais. *In*: CARVALHO, Salo de (Org.). **Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 1**. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.