

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Ana Caroline Rangel Marega

**ATUAÇÃO OFICIOSA DO JUIZ NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA
DO PROCESSO PENAL**

Porto Alegre

2020/02

Ana Caroline Rangel Marega

**ATUAÇÃO OFICIOSA DO JUIZ NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA
DO PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Dr. Mauro Fonseca Andrade

Porto Alegre

2020/02

Ana Caroline Rangel Marega

**ATUAÇÃO OFICIOSA DO JUIZ NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA
DO PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Departamento de Ciências Penais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 19 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade (orientador)

Professor Doutor Odone Sanguiné

Professor Doutor Marcus Vinicius Aguiar Macedo

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me auxiliado a superar cada etapa perniciososa.

À minha mãe, Silvia Regina Rangel Flores, por ter apoiado os meus objetivos, me auxiliado movendo mundos, retirando parte da sua vida para dedicar parte à minha. Aos seus carinhos, afetos e cuidados quando tudo parecia não ter solução.

Ao meu pai, Cledimilson Rodrigues Marega, por, diariamente, lutar para manter tudo de pé, para dar o seu melhor ao futuro de uma jovem menina que luta incansavelmente por um sonho. Por ter paciência com as minhas ausências, por compreender mais do que ninguém essa trajetória diária de estudos.

À Suellen Rangel Marega, minha irmã, que antes mesmo de eu estar na universidade foi a grande inspiração de eu estar onde estou, que plantou a sementinha do bem em meio ao caos em que já vivemos; por ser irmã e mãe por inúmeras vezes, por me escutar e me amar incondicionalmente.

À minha irmã Juliana Machado por ser outra fonte de inspiração, uma mulher guerreira que venceu por seus próprios meios, que demonstra uma inteligência tão motivadora, e que esteve em vários momentos bons e difíceis ao meu lado.

À Camila Pereira Rocha, minha melhor amiga, por se fazer presente em todo o meu período universitário. Por entender as minhas ausências e fazer dos dias presentes sempre os mais intensos. Sem dúvida, mais uma irmã que a vida me deu!

A todos os professores que, desde o ensino pré-escolar, foram os responsáveis pela minha formação. Em especial, ao Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade, pela orientação e apoio aos raciocínios processuais penais.

Aos meus colegas, amigos e parceiros que tornaram tudo tão melhor!

Aos profissionais com quem tive a honra de trabalhar e me desenvolver como ser humano. Em especial à Franciene Clós Schilling, que mais do que uma chefe, foi uma amiga que, certamente, permanecerá nesta jornada ao meu lado.

A esses e tantos outros que contribuíram neste caminho, o meu mais sincero e carinhoso agradecimento, pois não se trata de uma vitória individual e sim dos frutos de um trabalho em equipe. Sem vocês, eu não seria quem eu sou hoje. Gratidão por todas as oportunidades que me foram lançadas!

RESUMO

Este trabalho propõe uma análise crítica sobre a atuação oficiosa do juiz na produção de provas durante a instrução processual penal, de forma que procura analisar o Código de Processo Penal, a Lei de Interceptação Telefônica n.º 9.296/1996 e a interpretação jurisprudencial e doutrinária acerca das principais controvérsias que, como será demonstrado, trazem alguns equívocos a partir da errônea concepção do que se deve entender por processo acusatório e processo inquisitório. Em um primeiro momento, trabalha-se com a atuação do juiz no processo penal, abarcando sua atividade nos sistemas processuais penais e a suposta passividade na instrução processual. Num segundo momento, aborda-se a ideia da atuação de ofício pelo juiz na produção de provas nos dispositivos do Código de Processo Penal e da Lei de Interceptação Telefônica, apontando as críticas e casos em que ao magistrado é dada a possibilidade ou impossibilidade na instrução probatória. No terceiro momento, apresenta-se o instituto do *iuria novit curia*, que trata dos poderes do juiz ao aplicar as normas de ofício sob o preceito e a presunção de ser ele conhecedor do direito.

Palavras-chave: Processo Penal. Sistemas processuais penais. Atuação oficiosa do juiz na instrução probatória. *Iuria Novit Curia*.

ABSTRACT

This work proposes a critical analysis of the judge's unofficial performance in the production of evidence during the criminal procedural instruction, in a way that seeks to analyze the Code of Criminal Procedure, the Telephone Interception Law No. 9,296 / 1996 and its jurisprudential and doctrinal interpretation about the main controversies that, as will be demonstrated, bring some misunderstandings from the erroneous conception of what should be understood by the accusatory process and the inquisitorial process. At first, the judge works in the criminal process, covering his activity in the criminal procedural systems and the supposed passivity in the procedural instruction. In a second step, we approach the idea of the judge acting officially in the production of evidence in the provisions of the Code of Criminal Procedure and the Telephone Interception Law, pointing out the criticisms and cases in which the magistrate is given the possibility or impossibility in the instruction evidence. In the third moment, the institute of *iuria novit curia* is presented, which deals with the powers of the judge in applying the rules of office under the precept and the presumption that he is aware of the law.

Keywords: Criminal proceedings. Criminal procedural systems. Unofficial performance of the judge in the evidence. *Iuria Novit Curia*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF/88 – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 03-10-1941)

PGR – Procurador-Geral da República

STF – Supremo Tribunal Federal

HC – Habeas Corpus

PIC – Procedimento Investigatório Criminal

IP – Inquérito Policial

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I - ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL	9
1.1 A atuação do juiz no Sistema Inquisitório	9
1.2 A atuação do juiz no Sistema Acusatório.....	11
1.3 A atuação do juiz no Sistema Misto	14
1.4 A atuação do juiz no Sistema Processual Penal Brasileiro	17
1.5 A passividade na atuação do juiz.....	19
CAPÍTULO II - ATUAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ NA PRODUÇÃO DE PROVAS .	24
2.1 Noções preliminares	24
2.2 Críticas à atuação oficiosa do juiz na instrução das provas no Código de Processo Penal.....	28
2.2.1 Noções preliminares	28
2.2.2 A prova da alegação feita de ofício pelo juiz antes de iniciada a ação penal.....	29
2.2.3 A prova da alegação feita de ofício pelo juiz no curso da instrução ou antes de proferir a sentença.....	32
2.2.4 A produção de prova testemunhal pelo juiz.....	33
2.3 Críticas à atuação oficiosa do juiz na interceptação telefônica	37
CAPÍTULO III - <i>IURIA NOVIT CURIA</i> NA FASE PROBATÓRIA.....	45
3.1 Casos frequentes.....	50
3.1.1 <i>Emendatio libelli</i>	50
3.1.2 <i>Mutatio libelli</i>	53
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS.....	60

INTRODUÇÃO

A presente monografia visa analisar possibilidade de atuação oficiosa do juiz para produção de provas durante a fase de *instrução* do processo penal, tendo em vista inúmeras discussões acerca da suposta violação ao sistema acusatório, principalmente diante afirmações de uma violação à imparcialidade e ao *dever* de inércia do juiz no processo penal. Assim, passa-se a analisar, criticamente, os dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) e a Lei de Interceptação Telefônica no que tange à produção probatória na fase de instrução, bem como o instituto do *iuria novit curia*, que prima pela correta aplicação do direito diante da prova produzida.

Como se sabe, desde a Carta Magna de 1988 foi definido a quem compete a acusação penal pública no Brasil, de forma que a doutrina majoritária e a jurisprudência brasileira, entendiam pela adoção do sistema acusatório no processo penal, razão penal grande parte da doutrina afirmava que o juiz, ao atuar na instrução probatória, estaria agindo sob o pálio da inquisitorialidade. Desta feita, com a recente reforma do CPP advinda pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, principalmente no que tange ao artigo 3-A, passou-se a definir a estrutura do sistema processual como acusatória, e a vedação à iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Destarte, o objetivo deste trabalho é desfazer alguns equívocos, ou, pelo menos, esclarecer alguns conceitos. Observa-se que, *produzir prova de ofício quando esta deva ser realizada pelo órgão de acusação*, não quer dizer que o juiz estará substituindo a acusação, tampouco que o juiz deve ser inerte durante a produção probatória. Neste sentido, nota-se que a iniciativa probatória do magistrado deve limitar-se ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos, sendo, portanto, desnecessário e ineficiente decidir com base em um material defeituoso que lhe foi apresentado. Ademais, não pode o juiz prever o resultado da prova por ele determinada de ofício — se será efetivamente produzida e nem a qual das partes beneficiará.

Veremos que o agir de ofício pelo magistrado na fase pré-processual e durante a instrução processual penal são ações bem distintas, já que antes de instaurada a ação penal, o juiz (salvo exceções) ainda não recebeu os autos do inquérito. Portanto, ainda não teve notícia do crime.

Por fim, será visto que o magistrado está livre no que tange à análise do direito (*iura novit curia*), justamente por não se subordinar ao direito alegado pelas partes, mas, sim, aos fatos. E, conforme determina este instituto: *dá-me o fato, que eu te darei o direito*. Ou seja, dá-me o que se precisa, e será visto qual o direito aplicado. Dessa forma, o juiz analisará o pedido e converterá àquilo ao que é adequado ao caso concreto.

Por meio do método de revisão bibliográfica, que consiste na análise comparativa e de revisão da bibliografia existente, busca-se explanar o surgimento e a evolução dos sistemas processuais penais, as bases fundantes de tais sistemas, principalmente do que vem a ser a inquisitorialidade judicial, abordando a discussão quanto à possibilidade de o magistrado atuar de ofício durante a produção de provas e no momento de dizer e aplicar o que lhe foi solicitado.

A escolha deste tema ocorreu, principalmente, diante da massiva absolvição por insuficiência de provas, as quais são expostas nas jurisprudências diárias dos tribunais brasileiros. Por essa razão, o Estado precisa de maior eficiência na produção de provas a fim de garantir o cumprimento das leis e, conseqüentemente, a paz social, que, primordialmente, se atinge com a efetiva aplicação das regras necessárias à convivência, já que o objetivo da prova no processo penal é, dentro das possibilidades e da legalidade, influir na absolvição ou condenação do réu.

CAPÍTULO I - ATUAÇÃO DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Para a compreensão da atuação do juiz no processo penal é necessária a análise minuciosa dos sistemas processuais penais adotados até os dias atuais, a fim de vislumbrar sua variação ao passar dos anos, dada a alteração contínua de movimentos sociais e políticos que levaram a compreensão processual dos sistemas, que se denominam: Sistema Inquisitório, Acusatório e Misto¹.

Ressalta-se que a intenção de compreender cada sistema está diretamente ligada ao grau de imparcialidade que o Estado Democrático de Direito prioriza, já que, como será apresentado adiante, quanto maior for o grau de imparcialidade, mais próximo do sistema acusatório é o sistema processual e, quanto mais baixo for o grau de imparcialidade, mais próximo está do sistema inquisitório.

1.1 A atuação do juiz no Sistema Inquisitório

No sistema inquisitório, não há a obrigatoriedade de existência de acusação por órgão público ou pelo ofendido, sendo lícito ao juiz iniciar o processo criminal *ex officio*. O magistrado não precisa ser sempre quem acusa, mas ele é detentor da legitimidade para acusar. Ao juiz inquisidor é conferida a iniciativa probatória, tendo liberdade para determinar de ofício a colheita de provas em toda persecução penal (fase investigativa e instrutória) e uma vez tendo as provas concentradas no juiz, chegava-se à conclusão inferida.²

O início do sistema inquisitivo difundiu-se, primeiramente, quando houve a ascensão do Cristianismo na religião oficial do Império Romano por volta de 380 d.C. Nesse período, quem resolvia os delitos era o chefe religioso ou político, ou seja, o rei assumia a acusação e o julgamento. Após, houve

¹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 54.

² GARCIA, Rafael de Deus. Verdade real e a impossibilidade de condenação após manifestação do Ministério Público por absolvição. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 3, 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/81>. Acesso em: 13 out. 2020.

um vácuo entre a democracia ateniense e queda do império romano, passando depois o retorno do sistema inquisitivo no direito canônico. Assim, manteve-se este modelo em roga até a sua reinserção na Idade Média.³

O direito local passou a ganhar espaço com o término do Império Romano, sendo exercido pelos senhores feudais de tais locais. Porém, permaneceram as características acusatórias e ainda carecia de garantias processuais romanas ou atenienses.⁴

Com o desenrolar dos séculos, o direito local dos senhores feudais passou a contrariar os interesses da monarquia, a qual queria, de qualquer maneira, concentrar o poder nas mãos dos reis.

Assim, sobreveio o modelo político de monarquia absolutista com diversas reformas, a qual incluiu o sistema jurídico inquisitivo para extirpar a atribuição de julgamento e centralizar todo o poder jurisdicional na figura do rei.⁵

Mauro Fonseca Andrade explica como ocorriam as manifestações do processo penal no sistema inquisitivo:

O exame das fontes formadoras do sistema inquisitivo torna possível que outros elementos, além dos comumente citados, façam parte deste rol representativo dos elementos mais ligados a tal sistema. Na nossa visão, as manifestações do sistema inquisitivo permitem representá-lo como, via de regra, sendo constituídos pelos seguintes elementos: a) o acusado é prescindível ao processo, o que não implica sua completa exclusão do sistema inquisitivo; b) o processo pode ser instaurado com o ajuizamento de uma acusação, notitia criminis ou de ofício; c) o órgão encarregado de julgar está formado por funcionários públicos, abandonando o modelo que admitia representantes do povo; d) a persecução criminal é regida pelo princípio da oficialidade; e) o procedimento é secreto, escrito e sem contraditório efetivo; f) há desigualdade entre as partes; g) a obtenção de provas é uma tarefa inicial do juiz, ao invés de ser confiada exclusivamente às partes; h) o juiz que investiga também julga; i) o sistema de provas é o legal, com sua divisão em prova plena e semiplena; j) para a obtenção da prova, admite-se a tortura do imputado e das testemunhas; l) possibilidade de defesa quase nula; m) possibilidade de recurso contra decisão de primeira instância; e n) nulidade como consequência das inobservâncias das leis e formas estabelecidas.⁶

³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição espanhola e seu processo criminal**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 11.

⁴ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 279.

⁵ *Ibidem*, p. 280.

⁶ *Ibidem*, p. 359.

Dessa forma, o juiz do sistema inquisitório atuava de forma parcial, tendo, portanto, uma postura acusatória no processo, não sendo possível visualizar uma divisão do que vem a ser a iniciativa probatória e a iniciativa acusatória do juiz penal.

Em suma, depreende-se um sistema rigoroso, secreto, que adota, inclusive, ilimitadamente, a tortura para elucidar os fatos e atingir a finalidade do processo penal,⁷ ações que podem ser consideradas como já superadas no direito processual penal brasileiro.

Destarte, ao tratar de sistema inquisitorial, Renato Brasileiro refere que:

Por essas características, fica evidente que o processo inquisitório é incompatível com os direitos e garantias individuais, violando os mais elementares princípios processuais penais. Sem a presença de um julgador equidistante das partes, não há que se falar em imparcialidade, do que resulta evidente violação à Constituição Federal e à própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, art. 8º, nº 1).⁸

Assim, é notório que o sistema inquisitório não se adéqua aos princípios constitucionais e processuais penais que vigem no direito brasileiro, que clama pela garantia do Estado Democrático de Direito voltado à imparcialidade do julgador.

1.2 A atuação do juiz no Sistema Acusatório

Segundo Paulo Rangel, o sistema acusatório, ao contrário do inquisitório, tem notável separação das funções, visto que o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, somente se manifestando quando provocado. A parte autora é quem faz a acusação, aderindo todo o ônus da acusação, enquanto a parte ré deve se defender, de forma que utilize todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Desse modo, cria-se o *actum trium personarum* no sistema acusatório, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu.⁹

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 42-43.

⁸ *Ibidem*, p. 43.

⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 122.

Assim, não há mais início da ação penal *ex officio* pela autoridade judicial, havendo um órgão estatal próprio para instauração da ação penal pública correspondente. Ou no caso das ações penais privadas, ao querelante.

No final do século XIV, na França, surgiram *les procureurs du roi* (os procuradores do rei), dando origem ao órgão do Ministério Público que passou a ser titular da ação penal pública, afastando o juiz do início da ação penal. Portanto, é imprescindível haver a distinção das figuras julgadora e acusadora de forma efetiva, impossibilitando o juiz de determinar a postura a ser assumida pelo acusador, sob pena de utilizá-lo como bem lhe convier, a fim de camuflar a intenção acusatória no processo presidido por ele mesmo.¹⁰

Neste sentido, afirma Mauro Fonseca Andrade:

Quantas e quantas vezes tivemos oportunidade de nos depararmos com pedidos de busca e apreensão apresentados pela polícia judiciária, onde o magistrado, além do endereço indicado pelo presidente daquela investigação, de ofício também determinou o ingresso autorizado em uma residência não apontada no requerimento encaminhado a juízo. Ou, então, pedidos de interceptação telefônica em que o magistrado, igualmente de ofício, inseriu número telefônico mencionado ao longo da investigação, mas que a autoridade investigante entendeu não estar sendo utilizado no esquema criminoso investigado por ela. Igual situação, e ainda mais frequente, foram os casos de decreto de prisão temporária de ofício.¹¹

O julgador, ao atuar de ofício, interferiria diretamente no sistema acusatório. Assim, “não há qualquer justificativa para que o juiz saiba mais das necessidades da investigação que a própria autoridade investigante ou o futuro acusador”.¹²

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal (STF), em mais de uma oportunidade e, mais recentemente, em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.104,¹³ definiu que o sistema processual

¹⁰ ANDRADE, 2009, op. cit., p. 75.

¹¹ Ibidem, p. 74-75.

¹² Ibidem, p. 75.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5104/DF – Distrito Federal.** Relator Min. Roberto Barroso, maio 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088758>
Acesso em: 12 out. 2020.

adotado no Brasil é, realmente, o acusatório; sistema este que recebe diversas definições pelos doutrinadores.

Neste sentido, observa Mauro Fonseca Andrade “não há como negar que a corrente majoritária se definiu por apregoar que aqui vigora o sistema acusatório”, ao tratar sobre o sistema que vigora no processo penal brasileiro que, em seu entendimento, possui apenas dois elementos fixos. Assim explica:

Em primeiro lugar, identificamos a obrigatória separação entre as figuras do acusador e do julgador, que aqui tratamos como a necessidade de um acusador distinto do juiz, e que corresponde ao princípio acusatório. O segundo elemento se refere a um particular efeito produzido pelo ajuizamento da acusação, que é determinar a abertura do processo. Isso implica dizer que a investigação criminal, no sistema acusatório, constitui-se em uma atividade de natureza administrativa, e que a abertura do processo acusatório significa, na verdade, igualmente o início do julgamento, com a apresentação de defesa e obtenção de provas.¹⁴

Assim, como já referido, o processo acusatório é regido pelo o *actum trium personarum*, ou seja, exige a atuação de três pessoas distintas (juiz, defesa e acusação), cada qual com as suas atribuições específicas. Enquanto que no sistema inquisitivo há uma investigação lastreada pela atuação de ofício do juiz durante o inquérito, inclusive.

E mais, analisado o conceito de processo acusatório e de processo das partes, vendo que a acusação e a defesa são sujeitos da relação jurídica processual junto ao juiz, não se vislumbra compatibilidade com a iniciativa acusatória baseada na instrução probatória produzida pelo juiz no processo penal com a necessidade do *actum trium personarum*.¹⁵ Nesse sentido, haverá melhor exposição do tema no item 1.5 deste capítulo.

No que tange a produção probatória no sistema acusatório, são apresentados dois modelos que mudam substancialmente como deve ser entendida a participação do juiz no decorrer do processo. São eles: o *adversarial system* e o *inquisitorial system*. E essa definição será demonstrada por uma opção legislativa, que mostrará qual a finalidade do

¹⁴ ANDRADE, 2013, op. cit., p. 464.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 18, jan./jun., 2005. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/RevistadoConselhoNacionaldePoliticaCriminalePenitenciaria2005.pdf#page=15>. Acesso em: 13 out. 2020.

processo penal. Sendo, portanto, o legislador o responsável pela lei que disporá o seu país, os seus valores e pensamento da sociedade em que está inserido.¹⁶

O sistema acusatório que adota o *adversarial system* é regido pela definição jurídica apresentada unicamente pela vontade das partes. Então, no momento do julgamento, o juiz pode fazer o uso de um material defeituoso ou, ainda, submeter-se a um acerto entre as partes. Sendo esse acerto, uma espécie de acordo.¹⁷

Já o ordenamento jurídico que adota o sistema acusatório *inquisitorial system*, tem uma ideologia de carácter público, em que o juiz poderá suprir a omissão (proposita ou por pura incompetência das partes na produção probatória). Assim, ele poderá determinar a realização de certas diligências de ofício, e, claro, sempre observando as restrições e limites definidos pelo mesmo legislador. E como esclarece Mauro Fonseca Andrade:

Se empreendermos um pouco mais de profundidade na análise dos motivos autorizadores desse ativismo judicial, chegaremos à conclusão não de uma vinculação à famigerada verdade real, mas de uma preservação do próprio instituto da jurisdição, criada para evitar a vingança privada (uso da força pelo ofendido) e a impunidade (uso da força pelo ofensor). Ou seja, será com o afastamento da postura adotada pelos envolvidos no conflito — leia-se, proposita ou irresponsável déficit na produção probatória — que estará justificada a intervenção estatal em temas de ordem criminal, e a classificação desse ramo do direito como sendo de interesse público.¹⁸

Portanto, há duas formas de interpretar a atuação do juiz no sistema acusatório. E a que parece mais adequada ao fim social é a *inquisitorial system*. Pois, a passividade do juiz não pode ser considerada um elemento fixo do sistema acusatório, mas sim, um elemento que pode variar e se adequar a cada caso que lhe for apresentado.

1.3 A atuação do juiz no Sistema Misto

O sistema misto advenho após a Revolução Francesa e em virtude das manifestações filosóficas do período, as quais acabaram por influenciar

¹⁶ ANDRADE, 2013, op. cit., p. 238.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem.

também o processo penal vigente através dos dois sistemas descritos anteriormente, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a *instrução preliminar*, com os elementos do sistema inquisitivo, e a *fase de julgamento*, com a preponderância do sistema acusatório. No primeiro momento, há um procedimento secreto, escrito e sem contraditório, já no segundo, surge a presença da oralidade, a publicidade, o contraditório, a concentração dos atos processuais, a intervenção de juízes populares e a livre apreciação das provas.¹⁹

No entanto, a definição da origem deste sistema inclina-se a ser equivocada. Assim, para melhor entendimento, é necessário compreender, primeiramente, que o sistema misto é definido pelos elementos fixos, a fim de que possa, posteriormente, compará-lo com os ordenamentos jurídicos existentes no decorrer da história do processo penal.

Destarte, Mauro Fonseca Andrade definiu que são elementos fixos do sistema misto: a presença do princípio acusatório e o fato de que o processo deve ser iniciado sem uma acusação, “em outras palavras, seu processo será necessariamente bifásico, já que a função da acusação – que é o resultado prático do princípio acusatório – é iniciar uma segunda etapa do processo”.²⁰

Isto é, a partir da acusação, tem-se a fase de julgamento. O processo, porém, começa com a abertura da investigação. E, no momento de início do processo, é usado o sistema inquisitivo, já que começa de ofício ou via *notitia criminis*.

Analisando o contexto histórico, esbarramo-nos nas *instruções de dezenove e vinte de Torquemada*, cujo contexto evidencia que a exclusividade da atividade acusatória competia à figura do fiscal, estando, portanto, desagregada da figura do acusador e do julgador.²¹

Ademais, em 1561 foram publicadas as instruções por Dom Fernando Valdés, o que deixou evidente que o processo inicia através da denúncia, restando inquisitiva a fase pré-processual.²²

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 55-56.

²⁰ ANDRADE, 2013, op. cit., p. 395.

²¹ ANDRADE, 2011, op. cit., p. 35-37.

²² Ibidem.

Mas ressalta-se que, de fato, o código de instrução criminal francês de 1808 (Code 1808), teve extrema importância no desenvolvimento do processo penal. E, passou-se a visualizar isso quando numerosos países europeus e americanos passaram a adotar o sistema misto.²³

Neste sentido, aduz Paulo Rangel:

O sistema misto tem fortes influências do sistema acusatório privado de Roma e do posterior sistema inquisitivo desenvolvido a partir do Direito Canônico e da formação dos Estados nacionais sob o regime da monarquia absolutista. Procurou-se com ele temperar a impunidade que estava reinando no sistema acusatório, em que nem sempre o cidadão levava ao conhecimento do Estado a prática da infração penal, fosse por desinteresse ou por falta de estrutura mínima e necessária para suportar as despesas inerentes àquela atividade; ou, quando levava, em alguns casos, fazia-o movido por um espírito de mera vingança. Nesse caso, continuava nas mãos do Estado a persecução penal, porém feita na fase anterior à ação penal e levada a cabo pelo Estado-juiz.²⁴

Portanto, é evidente que o Code de 1808 influenciou no rompimento entre o sistema inquisitivo defendido pelas monarquias absolutistas, acarretando em um enfrentamento entre um sistema duro estabelecido, e um recém-criado para combater seus excessos.

Então, mesmo que o sistema misto tenha trazido uma evolução em comparação ao sistema inquisitório, é uma evolução mitigada, não sendo a melhor opção a ser seguida, já que o juiz ainda participa da fase probatória antes mesmo da fase preliminar de acusação.²⁵

Conforme disciplina David Metzker, “há doutrinador que defende que o nosso processo penal adotou o sistema processual misto, vez que não há um seguimento somente dos princípios constitucionais”.²⁶

No entanto, o sistema processual penal depreende um princípio unificador, de forma que proporcione a garantia da segurança jurídica dos direitos fundamentais e, principalmente, do devido processo legal.

Dessa forma, é importante identificarmos um núcleo que funda o processo penal, o qual irá guiar todas as regras dispostas no ordenamento

²³ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Código de instrução criminal francês de 1808**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 23.

²⁴ RANGEL, op. cit., p.53.

²⁵ Ibidem, p. 127.

²⁶ METZKER, David. **Lei anticrime - Lei 13.964/2019**: comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento. Timburi, SP: Cia do eBook, 2020. p. 33.

jurídico penal e processual penal. Aliás, no direito, na maioria dos casos, sempre haverá uma exceção ao direito posto.

Portanto, vimos que o sistema misto surgiu para findar os excessos arbitrários do sistema inquisitivo, mesmo que persista em seu núcleo certas características deste.

1.4 A atuação do juiz no Sistema Processual Penal Brasileiro

Desde Constituição Federal de 1988 (CF/88), os dispositivos processuais penais eram interpretados à luz de um sistema penal acusatório fundado no contraditório, na ampla defesa, na titularidade da ação penal, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. No entanto, ainda carecia de uma disposição expressa, o que dava margem para outras interpretações (como dito no tópico anterior). Assim, quanto ao sistema processual adotado, não há dúvida de que é o acusatório.

Conforme explica David Metzker, é de suma importância lembrar que o atual CPP foi ditado numa época inquisitiva e suas reformas, a maior parte delas, ocorreram já sob os princípios da CF/88. Desta feita, ao verificar o código à luz da Constituição, temos um sistema acusatório no processo penal brasileiro. Assim aborda o aludido autor:

Não há que se falar em sistema misto em razão do inquirido ser inquisitório, pois este tem a função de embasar a formação da *opinio delicti* ao titular da ação penal, em que pese algumas provas serem produzidas no inquirido e utilizadas no processo penal.²⁷

A fim de sanar a lacuna de um código elaborado em outro cenário, de certa forma, inquisitivo, houve reforma legislativa no processo penal brasileiro em 24 de dezembro de 2019, com a Lei n.º 13.964, que inseriu no CPP o art. 3º-A, com a seguinte redação: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.”²⁸

²⁷ METZKER, op. cit., p. 34-35.

²⁸ BRASIL. **Lei 11.690, de 09 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato20072010/2008/lei/111690.htm#:~:text=Altera%20dispositivos%20do%20Decreto%2DLei,prova%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs
Acesso em: 11 out. 2020.

Entende Renato Brasileiro que, com o novo artigo 3º-A, não há mais dúvida acerca da inação do juiz-ator-inquisidor que atue de ofício na fase de pré-processual ou mesmo que produza prova de ofício quando esta deve ser realizada pelo órgão de acusação. Neste sentido, observa o autor que:

O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova.²⁹

Assim, dizer que o art. 3º-A do CPP veda a iniciativa do juiz na fase de investigação vai de encontro (e não contra) ao que defende o sistema acusatório, ou seja, aquele a quem não compete ao juiz investigar, nem mesmo estará o juiz substituindo ao acusador, de forma que a parte investigatória pertencerá à Polícia Judiciária e ao Órgão Ministerial, por exemplo. O magistrado irá atuar quando verificar que há algum ponto a ser esclarecido durante a instrução, a fim de garantir o julgamento justo.

É importante ressaltar que, por ora, o art. 3º-A supracitado encontra-se suspenso em razão da propositura das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADIns) n.º 6.298, n.º 6.299, n.º 6.300 e n.º 6305 por ter vínculo com a inovação legislativa da Lei n.º 13.964/2019 que criou a figura do juiz das garantias (sendo seus conseqüentários, portanto, os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, do CPP).

Para maior compreensão do que foi decidido até o presente momento sobre a suspensão de tal dispositivo, em sede de decisão liminar, o Ministro Luiz Fux, decide, por ora, suspender tais artigos sob, em síntese, o seguinte argumento:

O ponto controverso consiste na natureza jurídica desses dispositivos, o que definiria a legitimidade para a respectiva iniciativa legislativa e, em consequência, a satisfação do requisito de constitucionalidade formal. Afinal, a Constituição Federal define regras específicas de competência e de iniciativa legislativa em relação a determinadas matérias, que devem ser observadas como condição *sine qua non* para a regularidade da norma a ser produzida. O artigo 22 da Constituição define que compete privativamente à União legislar sobre direito processual. Por sua vez, o artigo 24 autoriza a União, os Estados e o Distrito Federal a

²⁹ LIMA, **Manual de processo penal**, op. cit., p. 44.

legislarem concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual, no âmbito do que a competência da União se restringirá ao estabelecimento de normas gerais. Por fim, o artigo 96, inciso II, determina que *cabem ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, [...]: [...] d) a alteração da organização e da divisão judiciárias*.³⁰

Todavia, mesmo estando tal dispositivo suspenso, a CF/88 já havia deixado evidente a quem competia a instauração da ação penal pública, de forma que já era pacificado que aplicava-se o sistema processual penal acusatório ao tornar função privativa do Ministério Público a propositura de ação penal pública (art. 129, inciso I).³¹

Cumprido ressaltar que o conteúdo disposto no CPP é muito antigo, sendo muito mais principiológico do que legislado. Então, os dispositivos do CPP, apesar disso, devem ser sempre visualizados e interpretados à luz da CF/88 e dos princípios e garantias constitucionais que refletem sobre o processo penal.

1.5 A passividade na atuação do juiz

Mauro Fonseca Andrade, em uma análise crítica, refere que a passividade do julgador é entendida, por grande parte da doutrina, como a inércia do juiz perante a persecução penal. Sendo considerada, inclusive, um dos elementos fundantes do sistema acusatório.³²

Assim, a questão não é tão simples quanto parece, sendo complexa a compreensão da estrutura de um modelo efetivamente acusatório (mesmo que seja esse o definido pela CF/88 e agora no CPP), principalmente, diante do caráter inquisitivo do texto originário do CPP. Razão pela qual veio sofrendo várias alterações a fim de melhor adequar as normas ao sistema processual vigente (o acusatório).

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn n.º 6298/DF**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

³¹ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.” In: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

³² ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 198-199.

Conforme dispõe o CPP, a iniciativa probatória do juiz deve limitar-se ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos da nova redação do art. 156, inciso II do CPP, trazida pela Lei nº 11.690/08. Conforme ensina o professor Eugênio Pacelli, “não se quer nenhum juiz inerte, mas apenas o fim do juiz investigador e acusador, de tempos, aliás, já superados”.³³

Portanto, a passividade judicial é, geralmente, entendida como a inércia do juiz, em que ele somente poderá se manifestar quando for provocado por uma das partes. Logo, não poderia ele buscar provas condenatórias ou absolutórias, fazer perguntas e decretar medidas cautelares no processo, sob a égide de ser considerada uma postura de juiz acusador. E é assim entendida porque o que se pretende é impedir que o julgamento tome como base a utilização de provas ou argumentos que não tenham sido trazidos exclusivamente pelas partes.

Assim, conforme explicita Mauro Fonseca Andrade, a crítica que se percebe é que, parte da doutrina, compreende, erroneamente, que a inércia da autoridade judicial preservaria a imparcialidade do julgador, quando considera que a atuação do juiz deva resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado.³⁴

Para adquirir argumentos para a passividade judicial (inércia do juiz), Aury Lopes Júnior buscou respaldo histórico no direito romano, utilizando-se do instituto *non liquet* para justificar a inação do juiz.³⁵

Dessa forma, a decisão proferida pelos julgadores da *accusatio* romana (formada por um colegiado) quando não tinham a certeza sobre a condenação ou absolvição do réu era dita como “ficar em cima do muro”, expressão equiparada por Gilberto Thums à atual absolvição por insuficiência de provas.³⁶

³³ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

³⁴ ANDRADE, 2009, op. cit., p. 198-199.

³⁵ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 99.

³⁶ THUMS, Gilberto. O mito sobre a verdade e os sistemas processuais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 4, n. 8, p. 99, 2003.

Mas contrariamente ao que refere Aury, a decisão pelo *non liquet* (aquilo que não está líquido, não está claro) não se dava com um juiz inerte, que esperava pelas partes para verificar a realidade dos fatos, mas sim, que havia uma ampliação do julgamento para que as partes pudessem convencer os julgadores com a apresentação de melhores provas ou argumentos, instituto denominado de *ampliatio*.

Assim, descreve Mauro Fonseca Andrade:

Em termos práticos, a prevalência de votos *non liquet* nada mais era do que a exteriorização do sentimento de que a maioria dos juízes não estava satisfeita com o desempenho das partes na produção probatória. E aqui aparece o principal motivo de o *non liquet* jamais poder servir de cobertura histórica para a figura do juiz passivo: os julgadores romanos não estavam obrigados a resignar-se - usando a expressão de Lopes Júnior - com o material defeituoso apresentado pelas partes. Havia, portanto, uma clara restrição histórica ao entendimento de que os juízes deveriam votar em obediência ao brocardo *Iudex iudicare secundum allegata e probata partium*³⁷.

De fato, analisando tais proposições, percebe-se que o instituto da *ampliatio* torna, no mínimo, questionável a conclusão de que os julgadores do modelo acusatório romano eram inertes e resignados, tornando contraditório dizer que as bases do sistema processual acusatório não possibilitam a atuação do juiz de ofício.

Assim, parte da doutrina entende que a iniciativa probatória da autoridade judicial tem resquícios de inquisitorialidade. Jacinto Coutinho, por exemplo, ao falar sobre o princípio da inércia do magistrado sustenta que:

[...] decorre a impossibilidade do juiz julgar além, fora ou aquém do que foi imputado ao acusado na peça inicial: *ultra, extra et citra petitum*. Dessa maneira, quando o juiz proferir uma decisão, não poderá modificar a imputação fática realizada na peça acusatória (*thema decidendum*), devendo haver sempre uma correlação exata entre a imputação e a sentença.³⁸

No entanto, Jacinto Coutinho deixa claro que o magistrado está livre no que tange à análise do direito (*iura novit curia*), justamente por não se

³⁷ ANDRADE, 2008, op. cit., p. 201.

³⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba: UFPR, ano 30, n. 30, p. 178, 1998. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1892/1587>. Acesso em: 11 out. 2020.

subordinar ao direito alegado, mas aos fatos.³⁹ Por essas razões, o estudo do instituto *iuria novit curia* será ampliado no capítulo III.

A alegação mais recorrente na doutrina tendente a abolir a iniciativa instrutória dos magistrados, é de que não cabe a eles a missão de procurar a verdade dos fatos alegados pelas partes, porque, se assim o fizessem, atingiriam a sua imparcialidade.⁴⁰

Mas o raciocínio que deve ponderar é o de que a iniciativa probatória do juiz não compromete sua imparcialidade, pois não haveria como prever se a prova beneficiaria o acusador ou a defesa. Assim, não pode o juiz *adivinhar* o resultado da prova - se será produzida e nem a quem ela beneficia - no exato momento em que determinar a sua produção, de forma que a não produção da prova também beneficia um dos litigantes.⁴¹

Renato Brasileiro subdivide a imparcialidade em: imparcialidade subjetiva e imparcialidade objetiva. A primeira ocorre no íntimo da convicção do magistrado cujo objetivo é evitar que o processo seja conduzido por alguém que já tenha formado uma convicção pessoal prévia acerca do objeto do julgamento. Já a segunda é constatada em uma postura da entidade julgadora que não deverá deixar qualquer espaço de dúvida de que conduz o processo sem ter preferência qualquer das partes, ou seja, não basta ser imparcial, sendo indispensável que o juiz aparente tal imparcialidade. E, baseando-se na teoria da aparência, havendo dúvida razoável e fundada acerca da parcialidade do julgador, deve afastar-se do curso processual.

Assim, explica o autor:

Portanto, mais do que um julgamento imparcial, há de se assegurar uma aparência de imparcialidade à atividade jurisdicional, já que a sua própria legitimidade depende, consoante leciona Ferrajoli, da confiança das partes e da sociedade na imparcialidade do magistrado, de modo que não se pode ter temor de que o julgamento esteja veis no caso de tomada de decisões e de conhecimento de novas informações que coloquem em xeque a primeira impressão.⁴²

³⁹ *Ibidem*, p. 178.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 179.

⁴¹ MARTINS, Charles Emil Machado. **A reforma e o “poder instrutório do Juiz”**: será que somos medievais? In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). Reformas do código de processo penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. *Ibidem*, p. 179.

⁴² LIMA, Manual de processo penal, op. cit., p. 121.

Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira aduz ser preferível que o juiz seja parcial atuando, do que parcial se omitindo, já que, dessa forma, estaria se aproximando da verdade real.⁴³

Vistas as correntes doutrinárias quanto à atuação do juiz, é necessário discorrer a atuação de ofício pelo juiz na produção de provas diante dos casos práticos e artigos controvertidos na legislação pátria brasileira.

⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). **Reformas do código de processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPÍTULO II - ATUAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ NA PRODUÇÃO DE PROVAS

2.1 Noções preliminares

A produção de provas basicamente representa signos materiais, ferramentas que proporcionam uma reconstrução histórica do fato que se quer conhecer, sobre a qual incidirá a averiguação das hipóteses formuladas pelo julgador, tendo, como finalidade o convencimento do juiz.⁴⁴ Portanto, a atividade probatória está relacionada com o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato, podendo ser questionados quanto à possibilidade de iniciativa do juiz na instrução da prova, já que ele próprio é o destinatário do conteúdo produzido.

Ao falar da atuação de ofício pelo juiz no Brasil, quer-se falar da sua atuação durante a fase de instrução em que já há uma peça acusatória formulada pelo órgão ministerial, “razão pela qual o período de *instrução* se destina à coleta de informações que corroborem os termos da acusação ou os termos da defesa”.⁴⁵

Assim, a atuação de ofício do juiz baseada no devido processo legal e na possibilidade de contraditório entre as partes não deve ser confundida com a atuação do juiz inquisidor, que deixa de observar as formalidade legais, que instaura o próprio inquérito, que arrola as próprias provas sem manifestação das partes envolvidas e sem denúncia produzida pelo Ministério Público (o que ainda ocorre no Brasil).

Basta verificar o caso das *fake news* abordado na decisão do dia 10 de junho de 2020 da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - (ADPF) n.º 572, que determinou, em sede de indeferimento liminar, como legal e constitucional o Inquérito n.º 4781 cujo objeto era a Portaria 69/2019 da Presidência do STF, instaurado com o objetivo de investigar a existência de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares.

⁴⁴ RANGEL, op. cit., p. 721.

⁴⁵ ANDRADE, 2013, op. cit., p. 205.

Um dos votos contrário à decisão do colegiado (convergente com o tema deste trabalho) é do Ministro Marco Aurélio que tece argumentos no sentido de que o artigo 43 do Regimento Interno do STF, que embasa a instauração do inquérito na Suprema Corte, não foi recepcionado pela CF/88, havendo flagrante violação do sistema penal acusatório, visto que, o procedimento investigativo não foi provocado pelo Procurador-Geral da República (PGR), o que, conseqüentemente, acaba contaminando o processo.⁴⁶

A presença do *parquet* é imperiosa porque, primeiramente, é o destinatário dos elementos de informações das investigações criminais e, mais do que isso, é atribuição do Ministério Público atuar como *custos legis*, garantindo o devido processo legal, guardando pela garantia dos direitos fundamentais dos investigados. Essa proteção que cabe ao Ministério Público é substancialmente necessária quando as medidas são restritivas de direitos (tão resguardadas pela CF/88).

Neste sentido, o PGR, Augusto Aras, elaborou pedido cautelar incidental requerendo a suspensão da tramitação do Inquérito 4.781/DF supracitado, asseverando o que segue:

Portanto, não é possível que as investigações preliminares transitem diretamente entre a autoridade judiciária responsável pela condução das investigações preliminares e o organismo policial designado para prestar auxílio na condução da investigação (polícia federal), sem a indispensável supervisão do titular da *persecutio criminis* (art. 129, inciso I, da CF/88). Para além das considerações a respeito do sistema acusatório, a Constituição Federal outorga à Corte Suprema competência originária para processar e julgar, criminalmente, apenas as autoridades públicas mencionadas no seu art. 102, inciso I, b e c. Trata-se de regramento que, de forma indubitosa, estabelece foro por prerrogativa de função a essas autoridades exclusivamente na qualidade de autoras, nunca de vítimas, conforme expressamente delimitado no texto constitucional.⁴⁷

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572/DF – Distrito Federal**. Relator Min. Edson Fachin. 13 ago. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>. Acesso em: 12 out. 2020.

⁴⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. **Petição ASSEP nº 163489/2020**. Medida Cautelar Incidental de suspensão da tramitação do Inquérito 4.781. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADPF000572DFPEDIDOCAUTELARINCIDENTAL.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2020.

Deve, portanto, o inquérito judicial respeitar os princípios da inércia jurisdicional e do juiz natural e, principalmente, do julgador competente e imparcial, para que, caso seja elaborada uma denúncia, esteja assegurado o devido processo legal.

No pedido de suspensão da tramitação do Inquérito 4.781/DF, o Procurador-Geral refere que:

A Procuradoria-Geral da República viu-se surpreendida com notícias na grande mídia de terem sido determinadas dezenas de buscas e apreensões e outras diligências, contra ao menos 29 pessoas, sem a participação, supervisão ou anuência prévia do órgão de persecução penal que é, ao fim, destinatário dos elementos de prova na fase inquisitorial, procedimento preparatório inicial, para juízo de convicção quanto a elementos suficientes a lastrear eventual denúncia.⁴⁸

Assim, como se percebe, a atuação judicial de ofício nestes casos é inquisitorial, afrontando a CF/88, sem a participação do órgão capaz de formar a *opinio delicti*. Neste ponto, deve-se vetar a atuação de ofício do juiz na produção probatória, de forma que a lei processual não pretende vetar a atuação do juiz durante a fase de instrução para o esclarecimento dos fatos mas, tão somente durante a fase investigativa. Em verdade, o Estado de Direito necessita é de maior eficiência na persecução penal.

A proteção dos bens jurídicos arrolados no direito material interessa à sociedade, cabendo ao Estado proporcionar eficiência na persecução penal, primando pelo cumprimento das leis, uma vez que a paz social somente se chega com a efetiva atuação das regras necessárias à convivência social. Por isso, quanto mais o provimento jurisdicional se aproximar da vontade do direito substancial, mais próximo estará da verdadeira paz social.

Entretanto, percebe-se, no direito brasileiro que, em termos eventuais, é inderrogável a luta pela vontade das autoridades constituídas, âmbito em que a jurisdição, de fato, está nas mãos do *Tribunal do Crime*, em que o devido processo legal substantivo não passa de uma quimera, nomeadamente, porque a criminalidade encontra no Estado de Direito um amparo fértil para a impunidade, quer no âmbito legislativo, quer no âmbito interpretativo.

⁴⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. **Petição ASSEP nº 163489/2020**. op. cit.

A paz social, lamentavelmente, já não é o que mais importa ao Estado de Direito, ocupado que está com a divinização da liberdade dos que não respeitam a condição humana de seus semelhantes, o que acaba por influir no raciocínio jurídico quando se busca pela eficácia probatória.

Neste sentido, expõe Ada Pellegrini Grinover:

Trata-se da função social do processo, que depende de sua efetividade. Nesse quadro, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo, refém das partes. Não pode ele ser visto como mero espectador de um duelo judicial de interesse exclusivo dos contendores. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo. Somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social.⁴⁹

A fim de chegar o mais próximo possível da probabilidade da verdade dos fatos, deve o juiz estimular o contraditório sempre que necessário for. Caso contrário, se está, na maioria dos casos, sob o risco de absolvição por insuficiência de provas, de forma a favorecer a impunidade dos que atentam contra os seus semelhantes.

Por isso, é razoável que a atividade probatória seja, principalmente, produzida pelas partes. Entretanto, se o juiz vislumbrar alguma prova relevante, por elas não explorada — maxime na ação penal pública, que é obrigatória e indisponível ao Estado — deve ter a possibilidade de complementar, sempre tomando como base a devida fundamentação legal, de forma que, ao produzir tal prova, seja ela submetida ao contraditório, valorada em sentença, e seja respeitada, portanto, a devida fundamentação das decisões judiciais, já que o objetivo da prova no processo penal é, dentro das possibilidades e da legalidade, absolver o inocente e condenar o culpado.

⁴⁹ GRINOVER, 2005, op. cit. p. 24.

2.2 Críticas à atuação oficiosa do juiz na instrução das provas no Código de Processo Penal

2.2.1 Noções preliminares

Visando a apontar as críticas e casos nos quais ao magistrado é dada a possibilidade ou impossibilidade na instrução probatória, é importante discorrer sobre os dispositivos legais que geram controvérsias entre os juristas e doutrinadores do Processo Penal Brasileiro.

O CPP, nos artigos 3º-A e art. 282, trata da atuação de ofício pelo juiz.⁵⁰

Segundo Aury Lopes Júnior:

O art. 3º-A veda a atuação do juiz na fase de investigação, o que é um acerto, proibindo, portanto, que o juiz atue de ofício para decretar prisões cautelares, medidas cautelares reais, busca e apreensão, quebra de sigilo bancário, etc..⁵¹

O aludido autor entende que o legislador, ao descrever no art. 3-A que é vedada a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, refere-se a qualquer iniciativa probatória do juiz, e que, o ato de determinar a produção de prova equivale a substituição, visto que, para Aury, a atribuição da carga probatória é inteiramente do acusador, referindo que a defesa não tem qualquer carga probatória, de forma que há presunção da inocência quanto à parte ré quando ausentes elementos probatórios.⁵²

Porém, tal argumento, não deve persistir, até porque a presunção de inocência só terá lugar quando a dúvida do magistrado for insuperável. E, não o sendo, deverá atuar o juiz para sanar o que for possível.

⁵⁰ Cf. art. 3º-A: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação; [...]”

Cf. art. 282, § 2º: “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.” In: BRASIL. **Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 11 out. 2020.

⁵¹ LOPES JR., 2020, op. cit., p. 98-99.

⁵² Ibidem.

2.2.2 A prova da alegação feita de ofício pelo juiz antes de iniciada a ação penal

No que se refere ao art. 156, inciso I do CPP,⁵³ que permite ao juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, é muito criticado por parte da doutrina,⁵⁴ sob o argumento de que, em tais provas *urgentes*, não haverá o exercício da jurisdição se forem determinadas *antes mesmo de iniciada a ação penal*.

Eugênio Pacelli entende que, não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, especialmente porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. Destarte, antes da prolação da sentença, a coleta de material probatório, deve ser produzida, precipuamente, por àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal.⁵⁵ No entanto, será demonstrado a seguir, que tal argumento se contrapõe em parte.

O aludido autor ainda acrescenta que, somente deveria ser invalidado o inciso I do art. 156 do CPP, já que, durante a fase de investigação, não se justifica tutela dos procedimentos que competem ao magistrado. O qual, ao tratar das medidas cautelares, não está, nesse momento, protegendo os interesses da investigação criminal, mas atuando como garantidor que é das liberdades públicas, exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades.

Nesse ponto, cabe o registro do professor Eugênio Pacelli:

É por isso que se instituem as chamadas cláusulas da reserva da jurisdição, segundo as quais somente ao juiz se defere o tangenciamento de direitos e garantias individuais, como ocorre, por exemplo, em relação à inviolabilidade do domicílio (mandado de busca e apreensão), da liberdade individual (prisão cautelar), do direito à intimidade e à privacidade (interceptação telefônica e ambiental etc.).

Por isso, nenhuma providência deve ser tomada de ofício pelo magistrado, para fins de preservação de material a ser colhido em fase de investigação criminal. Nem prisão de ofício, nem qualquer outra medida acautelatória, até porque o que deve ser acautelado, em tais situações, é a investigação e dela não há de cuidar e nem por ela responder o órgão da jurisdição.

⁵³ Cf. art. 156: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (...)” In: BRASIL. **Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941**. op. cit.

⁵⁴ Segundo entendimento de Aury Lopes Júnior e Eugenio Pacelli.

⁵⁵ PACELLI, 2020, op. cit., p. 12.

Já Aury Lopes Júnior, afirma que a definição do sistema acusatório de forma expressa pelo art. 3º-A e pela CF/88 também tornou incompatível o art. 156 do CPP por completo.⁵⁶

Neste sentido, o Aury Lopes Júnior menciona que faltou o legislador revogar expressamente o art. 156 do CPP, já que não mais pode mais perdurar, por estar tacitamente revogado. Referindo que não é possível o agir de ofício, na busca de provas, por parte do juiz, seja na investigação, seja na fase processual de instrução e julgamento. Afirma também que a luta agora passa a ser para retirar/expurgar a eficácia de todos os dispositivos que vão de encontro ao núcleo inquisitório, discordante a essência constitucional acusatória, primando pela modificação cultural e a tomada de uma postura acusatória das partes do processo. Logo, para esse autor, o art. 156 do CPP deve ser revogado tacitamente por completo.

Verificando todo o conteúdo que foi exposto até a atual conjuntura, é compreensível que cause estranheza o texto disposto no art. 156, inciso I, do CCP. Pois, de praxe, a atuação de um juiz durante a persecução penal, não possibilita a ele acesso à investigação. Até porque não teria como ele ter conhecimento do que é necessário ou não, sem nem mesmo ter acesso aos autos do inquérito (e se tivesse, dentro da normalidade dos atos processuais, estaria violando o sistema acusatório).

Todavia, o mesmo inciso I do art. 156 dispõe: observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. E, nesse ponto, o legislador demonstra abarcar situações excepcionais.

Para esclarecer tal raciocínio, cabe mencionar o seguinte exemplo: durante uma audiência de custódia é apresentado o indivíduo X, preso pela Polícia Militar por tráfico de drogas. Em suas alegações, o custodiado defende-se afirmando que não estava no local onde os policiais disseram ter o visto traficando. Referindo que, estava em casa e que, sabia que existia uma câmara de segurança de uma empresa pública em frente a sua residência, o que comprovaria sua declaração.

A questão é que, em uma situação hipotética, na qual, nem a defesa e nem o Ministério Público estejam presentes, o juiz não pode deixar de tomar

⁵⁶ LOPES JR., 2020, op. cit., p. 22.

uma iniciativa de ofício. Devendo ele determinar de imediato a busca das imagens. Já que, essa determinação, irá influenciar em sua decisão quanto à (des)necessidade de manutenção da privação de liberdade, decretando-se sua prisão preventiva, o relaxamento da prisão, revogando a prisão temporária ou concedendo liberdade provisória (tendo, portanto, jurisdição para isso).

Logo, a audiência de custódia é um processo de conhecimento atípico e de natureza condenatória. Então, esta etapa do processo é sim jurisdicional, podendo o juiz, inclusive, determinar a busca e apreensão de objetos capazes de verificar os fatos. Neste sentido, abordam Mauro Fonseca Andrade e Pablo Rodrigo Alflen:

[...] o que salta aos olhos é que o papel a ser exercido pelo juiz da audiência de custódia recairá sobre a ocorrência de uma infração praticada pelo sujeito apresentado ou pelas autoridades responsáveis por sua prisão. Com isso, a audiência de custódia assume o caráter de 'ato de investigação de eficácia restrita e limitada', abrindo margem à discussão sobre sua conformidade constitucional e manutenção da imparcialidade de um juiz que, segundo nossa cultura processual, deverá ser o mesmo a atuar no processo de conhecimento.⁵⁷

A propósito, durante a audiência de custódia, o juiz fará perguntas ao conduzido. A fim de obter elementos que justifiquem a homologação, ou não, do Auto de Prisão em Flagrante. Elementos esses que apuram, preliminarmente, a tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, indícios de autoria e materialidade. Deverá também averiguar se há situações que caracterizam maus-tratos ou tortura. Portanto, realmente, a audiência de custódia foi criada para ser executada por um juiz que terá funções investigativas (ainda que seja restrita àquela audiência).⁵⁸

Logo, em situações excepcionais, como a referida, haverá uma adequada interpretação do sistema acusatório (*inquisitorial system*), já que o juiz, conforme descrevem Mauro Andrade e Pablo Alflen, “terá a necessária imparcialidade para, posteriormente, também vir a presidir o processo de conhecimento de natureza condenatória”.⁵⁹

⁵⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 139.

⁵⁸ Ibidem, p. 141.

⁵⁹ Ibidem, p. 145

E, embora não caiba discussão de mérito a respeito da audiência de custódia por não se restringir ao tema desta monografia, a realidade que se apresenta é a de haver um entrave constitucional a permitir a adequação de tal instituto ao sistema acusatório, mais precisamente um *ajuste argumentativo* que se alinhe a orientação do sistema proposto pela CF/88.⁶⁰

Por essas razões, está equivocada a ideia de que toda a produção de provas de ofício antes de iniciada a ação penal viola o sistema acusatório e é inconstitucional.

2.2.3 A prova da alegação feita de ofício pelo juiz no curso da instrução ou antes de proferir a sentença

No que se refere inciso II do art. 156 do CPP,⁶¹ já que para retirar/expurgar a eficácia de todos os dispositivos que vão de encontro ao núcleo inquisitório (como dito por Aury Lopes Júnior), é necessário compreender o que vem a ser esse núcleo inquisitório.

Assim, a CF/88 quando traz o princípio acusatório, delimita as funções do juiz e as atribuições do Ministério Público, de forma que, ao magistrado, compete atuar como um redutor e/ou controlador da aplicação do mencionado dispositivo frente à imparcialidade que deve orientar a atuação judicial.

Todavia, ao tratar da imparcialidade, não se quer somente expulsar interferências externas sob o argumento de que podem influir no julgamento do juiz, como ocorre nos casos de impedimento, suspeição ou incompatibilidade, previstos nos arts. 112, 252, 253, 254, todos do CPP. E é justamente por tais razões que existem esses artigos, de forma que se procura evitar a contaminação do julgador.

O que se pretende na análise da imparcialidade é a verificação quanto à atuação concreta do juiz no processo, ou seja, após instaurada a ação penal de modo a impedir que este adote postura tipicamente acusatória, sendo

⁶⁰ ANDRADE; ALFLEN, op. cit., p. 146.

⁶¹ Cf. 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." In: BRASIL. **Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941**. op. cit.

plenamente possível estabelecer uma divisão do que vem a ser *iniciativa probatória* e *iniciativa acusatória* do juiz penal.

A iniciativa inquisitiva a que refere Aury Lopes Júnior estará sempre presente quando o juiz, qualquer que seja o argumento declinado, empreenda atividade probatória de iniciativa da acusação (diferente o que vem a ser a conjuntura da possibilidade de o juiz agir de ofício após a demanda penal ser proposta).

Assim, diferente é a situação do juiz que atua como verdadeiro substituto do órgão de acusação ou até mesmo atuando de forma supletiva ao ônus probatório do Ministério Público (art. 156 do CPP). Situação, que como já citado no exemplo do início deste capítulo, assemelha-se com o ativismo judicial do caso das *fake news*, ocorrido entre a Suprema Corte, em que o próprio tribunal instaura seu inquérito e produz as provas ditas necessárias, antes mesmo da manifestação ministerial.

Neste sentido, também entende Charles Emil Machado Martins:

No processo penal brasileiro o juiz tem o poder de iniciativa probatória para a apuração dos fatos postos pelas partes, não ficando vinculado a julgar *secundum allegata et probata a partibus*, podendo livremente buscar provas ou indagar sobre a verdade dos fatos colocados pelos litigantes, toda vez que se defrontar com inércia intolerável ao seu sentimento de justiça. Esse é o comando da parte final do caput do art. 156 CPP, bem como dos seus incisos.⁶²

2.2.4 A produção de prova testemunhal pelo juiz

Outro meio de produção de prova que merece destaque, é a oitiva de testemunhas durante a instrução do processo, as quais, na visão de Taruffo, cuida-se da “pessoa que supostamente conhece algo relevante sobre os fatos do caso e a quem se interroga sob juramento, com o objetivo de permitir que expresse o que sabe sobre tais fatos”.⁶³

E, sendo um meio importante para a descoberta da verdade real, tendo o juiz reserva de jurisdição, poderá chamar outras testemunhas além das

⁶² MARTINS, Charles Emil Machado. A reforma e o “poder instrutório do juiz”. In: CALLEGARI; WEDY, op. cit., p. 5.

⁶³ TARUFFO apud NUCCI, 2020, op. cit., p. 732.

elencadas pelas partes. Assim dispõe o art. 209 do CPP “o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”.

Guilherme Nucci, refere que “a determinação para a colheita de prova testemunhal de ofício pelo juiz é uma decorrência do princípio da busca da verdade real, vigente no processo penal”.⁶⁴

Neste mesmo entendimento, houve o recente julgamento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 154.680/PE, tendo resultado no desprovimento do recurso sob o seguinte argumento:

Conforme se depreende do acórdão em apelação, tendo o Juízo, encerrada a audição das testemunhas da defesa, concluiu necessária a tomada de depoimentos de duas pessoas não arroladas pelas partes – George Pereira Passos e Alberto Alves dos Santos –, as quais figuravam, respectivamente, como preposto e sócio de empresa envolvida na prática criminosa. Atuou conforme o versado no artigo 209 do Código de Processo Penal – possibilidade de ouvir-se testemunhas não indicadas pelas partes. Considerados os princípios da busca da verdade real e do livre convencimento motivado, admite-se a iniciativa probatória, de maneira subsidiária, por parte do órgão julgador.⁶⁵

Logo, apurada a necessidade de ouvir outras testemunhas, o magistrado pode ouvir tantas pessoas quantas achar necessário para o seu convencimento, já que o objetivo das provas no processo penal é aproximar, o máximo possível, da realidade dos fatos. E assim fará, sem ferir o sistema penal acusatório.

2.2.5 A complementação da inquirição sobre pontos não esclarecidos

Verifica-se, também, controvérsia na doutrina processual penal quanto à atuação oficiosa do juiz no que tange ao artigo 212, parágrafo único, do CPP, o qual dispõe “sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”. A crítica é que haveria uma violação ao sistema acusatório, já que quem faz perguntas é quem produz as provas, afirmando

⁶⁴ TARUFFO apud NUCCI, 2020, op. cit., p. 750.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RO HC n.º 154.680/PE**. Relator Min. Marco Aurélio, outubro 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754084579>. Acesso em: 02 nov. 2020.

que esse exercício por parte do juiz vai contra artigo 3º-A do CPP. Há, como mencionado por Aury Lopes Júnior, no que se refere ao art. 156 do CPP, uma revogação tácita do parágrafo único do artigo 212 do CPP. É assim que também entende David Metzker⁶⁶.

No entanto, não é o que entendem os Ministros do Supremo Tribunal de Justiça:

Não há nulidade por ofensa ao art. 212 quando, a despeito de o Juiz haver formulado perguntas diretamente às testemunhas, a defesa, presente à audiência, deixa de manifestar qualquer inconformismo quanto ao sistema de inquirição adotado pelo Juiz. Ademais, por se tratar de nulidade relativa, para seu reconhecimento, há necessidade de demonstração de prejuízo, o que, in casu, não ocorreu. (HC 159.885-SP, 6.ª T., rel. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 21-6-2016, v.u.).⁶⁷

Eventual inobservância à ordem estabelecida no art. 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, sob pena de preclusão. Precedentes do STJ e do STF. 2. No caso dos autos, tendo a defesa anuído com a manutenção do sistema presidencialista de inquirição, não arguido tempestivamente a matéria, e tampouco demonstrado eventual dano concreto acarretado ao paciente, não há que se falar em invalidação do ato como requerido na impetração. Inteligência dos arts. 571 e 563 do Código de Processo Penal. (HC 383.337-SC, 5.ª T., rel. JORGE MUSSI, 16-3-2017, v.u.).⁶⁸

De acordo com o abordado o início deste capítulo, a tese dos tribunais superiores vai de encontro com a ideia de que não há ofensa a imparcialidade do juiz, o simples ato de inquirir o réu. De forma que é permitido também ao destinatário da prova – o julgador – perguntar em primeiro lugar, inclusive. Bem como complementar com outras questões ao longo do depoimento, ou até mesmo ao final dele.

Além do mais, se a tal ordem de inquirição não fosse respeitada, a teor do que defende a jurisprudência supracitada, seria apenas uma falha técnica, sendo imprescindível a prova do prejuízo. Havendo, portanto, uma nulidade relativa no processo penal.

⁶⁶ METZKER, op. cit., p. 34-35.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n.º 383.337/SC**. Relator Min. Jorge Mussi. 22 fev. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=62596933&num_registro=201000085470&data=20160701&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 12 out. 2020.

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **HC 383337 SC 2016/0332928-7**. Relator Min. Jorge Mussi. Julgado em: 16 mar. 2017. Diário de Justiça, 22 mar. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69841168&num_registro=201603329287&data=20170322&tipo=51&formato=PDF. Acesso em: 03 set. 2020.

Nesse sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

Devemos frisar que jamais qualquer defensor ou promotor conseguiu demonstrar o prejuízo havido quando o juiz principia a colheita do depoimento e, somente depois, concede a palavra às partes para reperguntas. E nunca conseguiram porque realmente inexistiu prejuízo algum.⁶⁹

Como verificado, na prática, não há prejuízo ao réu quando o juiz participa das perguntas. E, se houver, precisa ser demonstrado pelas partes prejudicadas quais foram os vícios ocorridos. Já que, inclusive, dispõe o julgador de boa-fé em seu julgamento, até que se prove o contrário.

Mas, é evidente que a produção probatória deve recair majoritariamente sobre as partes, o que, no entanto, não significa dizer que o magistrado deva adotar um comportamento absolutamente inerte durante a instrução do processo. Destarte também explica Renato Brasileiro: “Na busca de um processo justo, pode o magistrado atuar de maneira subsidiária, complementando o quanto trazido aos autos pelas partes”.⁷⁰

Ada Pellegrini, a fim de analisar a dicotomia entre a condução do processo por disposição das partes e impulso oficial pelo juiz, trouxe à tona o caso referido pela literatura inglesa de um juiz cujo julgamento foi anulado, sendo ele convencido a demitir-se por ter formulado às testemunhas muitas perguntas, o que feriria o *fair trial*, ou seja, o julgamento justo⁷¹.

Destarte, aponta José Carlos Barbosa Moreira que, no sistema brasileiro, bem que alguns juízes mereceriam, ao contrário, ao menos uma advertência por fazer poucas perguntas, ou por suas inércias perante os atos realizados durante as audiências judiciais.⁷²

Até porque, a análise dos fatos que restará prejudicada, no momento de proferir a sentença, é a do próprio magistrado. Desse modo, é inviável impedir que ele esclareça algum ponto dúbio que influa num ato propriamente judicial.

⁶⁹ NUCCI, op. cit., p. 856.

⁷⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote anticrime**: comentários à Lei nº 13.964/19. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 97.

⁷¹ GRINOVER, 2005, op. cit. p. 17.

⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. In: GRINOVER, 2005, op. cit., p. 98.

2.3 Críticas à atuação oficiosa do juiz na interceptação telefônica

A inviabilidade das comunicações telefônicas decorre de expressa proteção constitucional disposta no art. 5º, inciso XII, da CF, que assegura o direito fundamental ao sigilo de dados e das comunicações telefônicas (decorrente do direito à intimidade), com ressalva à autorização judicial para fins de investigação criminal e instrução processual penal. Verifica-se o que dispõe o artigo correspondente:

Art. 5º, XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.⁷³

Dada a ordem constitucional de formulação de uma lei que tratasse do tema (norma de eficácia contida), sobreveio a Lei n.º 9.296/96, que aborda a interceptação de comunicações telefônicas e do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática. Cumpre ressaltar que, após a alteração da Lei n.º 13.964/2019, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para fins de investigação criminal e em instrução processual penal também foi incluída na Lei de Interceptação Telefônica.

Diante dessa autorização constitucional de relativização do direito fundamental, coube à Lei n.º 9.296/96 disciplinar os requisitos e procedimentos inerentes ao manejo do meio de obtenção de prova conhecido como interceptação telefônica.

Antes de iniciar, torna-se necessário abordar no que consiste a interceptação telefônica.

Conforme conceitua José Geraldo da Silva, “é a captação de conversa telefônica por terceiro, através de meio remoto, sem a ciência ou autorização de qualquer dos interlocutores”.⁷⁴ Já para Renato Brasileiro, “a expressão deve ser compreendida como o ato de captar a comunicação alheia”.⁷⁵

⁷³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. op. cit.

⁷⁴ SILVA, José Geraldo da. **Leis penais especiais anotadas**. 11. ed. Campinas, SP: Millennium, 2010. p. 391.

⁷⁵ LIMA, **Pacote anticrime**, op. cit, p. 514.

É de suma importância esclarecer que o presente trabalho se preocupa em analisar a interceptação telefônica em sentido estrito, ou seja, a captação realizada por terceiro sem o conhecimento dos interlocutores, já que há diferença entre conceitos de interceptação, escuta, gravação telefônica.

No que tange à natureza jurídica da medida, de acordo com o conteúdo normativo, pode-se concluir que a lei tem um teor eminentemente processual. Por mais que apresente no art. 10 e art. 10-A tipos penais criminalizadores, a lei tem como objetivo a obtenção de prova,⁷⁶ ou seja, é, em seu maior conteúdo, um meio para a consecução de prova dentro do processo, não sendo considerada tal lei, por si só, fonte de conhecimento, mas sim, uma forma capaz de se chegar à prova.

Depois de realizada a interceptação e, quando incluída no processo, passa a se constituir como prova, não havendo hierarquia com as demais provas, prevalecendo, portanto, o princípio da relatividade das provas durante análise judicial e o livre convencimento do juiz.

O constituinte, ao disciplinar a interceptação telefônica, deixou evidente que é uma medida extremamente excepcional que, quando utilizada, deverá ser realizada com toda cautela possível, observando todos os requisitos legais.

Como será visto, a crítica que se extrai do art. 3, *caput*, da Lei n.º 9.296/96, que prevê que a interceptação telefônica pode ser decretada de ofício pelo juiz *no curso das investigações* e durante a instrução processual é de que o dispositivo está em desacordo com um sistema processual acusatório – modelo escolhido pela norma constitucional brasileira, já que afronta o art. 129, inciso I da CF/88 e a garantia de imparcialidade do magistrado.

Segundo Renato Brasileiro, o que compete ao juiz é “desde que seja provocado - analisar a necessidade da medida, concedendo-a caso presentes os requisitos acima analisados”.⁷⁷ Tais requisitos são os elencados no artigo 2º da Lei n.º 9.296/1996.⁷⁸

⁷⁶ HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 509.

⁷⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 537.

⁷⁸ Cf. art. 2º: “Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

É imprescindível que se observe uma separação de funções durante toda a persecução criminal. Não cabendo ao juiz, dentro de um modelo acusatório, manifestar-se de ofício quanto a um fato que ainda nem tenha tido acesso, ou seja, estando na fase de investigação. Os atos de natureza probatória durante a investigação são incoadunáveis com o sistema processual penal escolhido pela Constituição Federal de 1988.

Em virtude da nova redação do art. 3-A do CPP, foi proposta a ADI n.º 3.450. Nesta seara, explica Renato Brasileiro:

Acerca do assunto, aliás, importa registrar que foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n.º 3.450) em face do art. 3º da Lei n.º 9.296, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do referido dispositivo, excluindo-se a interpretação que permite ao juiz, na fase pré-processual penal, determinar de ofício da interceptação de comunicações telefônicas.⁷⁹

Assim, mais uma vez, nota-se que a doutrina majoritária opina pela exclusão da atuação oficiosa do juiz na fase pré-processual por não ser dotado de interesse probatório (já que não é ele competente para propor ação penal). Razão pela qual, entende-se que deve o juiz permanecer inerte durante a fase pré-processual.

Todavia, cabe o controle judicial para assegurar a regularidade dos ritos processuais, ou seja, do devido processo legal, que nada mais é do que seguir os ditames legais, assegurando às partes o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Dessa forma, é imperioso haver um julgador distante da produção das provas na fase investigativa.

Neste sentido, como referido acima, o Procurador-Geral da República (inclusive, chefe geral do órgão de acusação capaz de produzir provas) propôs a ADI requerendo a inconstitucionalidade parcial no que se refere somente à atuação oficiosa antes de instaurada a ação penal.

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada." In: BRASIL. **Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. Op. cit.

⁷⁹ LIMA, **Legislação criminal especial comentada**, op. cit., p. 537.

Conforme o acima exposto, e, de acordo com a ideia descrita do capítulo I, item 1.5, a iniciativa probatória do juiz não compromete sua imparcialidade no que tange a um processo já iniciado, já que, caso fosse decretada uma interceptação telefônica não teria como fazer uma previsão sobre ser uma prova benéfica ou maléfica ao acusado.

Assim sendo, excepcionalmente, e de forma fundamentada, verificando que ainda não foi requerida por nenhuma das partes, poderia ser decretada uma interceptação telefônica de ofício durante o curso processual, sempre embasando-se pelos documentos já trazidos durante a persecução penal.

A doutrina que refere ofensa à imparcialidade. Já que estaria atuando como juiz-acusador, lastreado pelo o princípio *in dubio pro reo*, se houver dúvida sobre os fatos alegados, e diante do material probatório produzido pelas partes, deve o juiz absolvê-las.⁸⁰

Porém, como bem observa Renato Brasileiro quando trata da imparcialidade objetiva,⁸¹ constata-se em uma postura da entidade julgadora, que não deverá deixar qualquer espaço de dúvida de que conduz o processo sem ter preferência qualquer das partes, ou seja, não basta ser imparcial, sendo indispensável que o juiz aparente tal imparcialidade. E, para uma aparente imparcialidade, já existe dispositivo do CPP que o afasta do processo, como é o caso de uma alegada suspeição em que há questões negativas do magistrado no que tange ao *animus* subjetivo relacionado às partes.

O artigo 3º da Lei de Interceptação Telefônica, quando estabelece a possibilidade de a interceptação ser decretada de ofício pelo juiz na fase pré-processual, aproxima-o de uma função persecutória, investigativa. Sendo, por consequência, um juiz atuante, que busca pela prova, aproximando-se de um sistema inquisitorial.⁸² Como exemplo dessa compreensão é o caso já citado das *fake news*, em que os juízes da Suprema Corte passaram, em fase pré-processual, a solicitar provas diretamente para a Polícia Judiciária.

⁸⁰ MARTINS. In: CALLEGARI; WEDY, op. cit., p. 07.

⁸¹ vide item 1.5 do capítulo I.

⁸² CÂMARA, Jorge Luis. A inserção da interceptação telefônica em um sistema acusatório coerente com a centralidade do direito de defesa. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. (Org.). **Interceptação telefônica**: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

Portanto, se, diante de um sistema acusatório existe a obrigatoriedade de haver três atuações distintas entre juiz, autor e réu,⁸³ também não há mais início da ação penal *ex officio* pela autoridade judicial, como se via no sistema inquisitivo, havendo um órgão estatal próprio para instauração do Inquérito Policial (IP), do Procedimento Investigatório Policial (PIC) e da ação penal pública.

Dessa forma, o art. 3º da Lei de Interceptações Telefônicas, ao dar a possibilidade de o juiz atuar no lastro probatório de ofício *antes mesmo de ter iniciado a fase processual e sem a devida provocação das partes*, está em desacordo com a mandamento constitucional de um modelo acusatório.

Destarte, verifica-se flagrante inconstitucionalidade parcial do referido artigo no que tange à intervenção do juiz para que atue de ofício durante a investigação. Assim, a atuação do juiz na fase investigativa deve ocorrer somente mediante determinação do meio de obtenção de prova por requerimento da autoridade policial (art. 3º, inciso I) e/ou do Ministério Público (art. 3º, inciso II) – órgão detentor do *opinio delicti*.

Nessa perspectiva, preciso é o entendimento de Paulo Rangel:

Assim, mais uma vez, o legislador coloca o juiz, durante a fase do inquérito policial, colhendo provas, em verdadeira afronta ao sistema acusatório. Pensamos que se deva dar uma interpretação coerente e harmoniosa ao sistema vigente entre nós, adotando o princípio da interpretação conforme a Constituição. Ou seja, o juiz somente poderia, nos termos do art. 3º em comento, determinar, *ex officio*, a interceptação telefônica durante a fase judicial e não durante o inquérito policial, pois deste ele está devidamente afastado para manter intacta sua imparcialidade. Assim, há que se interpretar a regra do art. 3º da Lei nº 9.296/1996 de acordo com o sistema acusatório vigente, sob pena de o afrontarmos.⁸⁴

O processo penal deve ser guiado pelas garantias constitucionais, e é por isso que a CF/88 arrolou uma série de mandamentos descritos no art. 5º que se relacionam com a fase do *ius persecuendi*.

Conforme disciplinam Valine Castaldelli e Alexandre Ribas de Paulo, “as garantias constitucionais qualificam o direito processual como instrumento para a concretização dos direitos fundamentais atribuídos no processo às

⁸³ RANGEL, op. cit., p. 122.

⁸⁴ RANGEL, op. cit., p. 135.

partes”.⁸⁵ Por conseguinte, mesmo que haja previsão legal, toda e qualquer violação das garantias constitucionais contraria o processo em si.

E por essas razões, percebe-se que, mesmo diante de regras tão claras expostas na Constituição Federal, o legislador, mesmo com a recente atualização da Lei de Interceptação Telefônica no pacote anticrime (Lei 13.964/2019), optou por manter o artigo 3º que permite a produção de provas pelo juiz antes mesmo de iniciado o processo (momento em que lhe compete atuação).

A Lei 13.964/2019 trouxe a disposição de novos artigos ao tratar dos artigos 8º-A, 10 e 10-A na Lei de Interceptação Telefônica. No que tange ao artigo 8-A, poderá ser decretada pelo juiz, a requerimento da Autoridade Policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para fins de investigação ou instrução criminal. É assim que dispõe a Lei 9.296/96.⁸⁶

Tais equipamentos utilizados para a obtenção da captação ambiental são meios eletrônicos de produção de provas.⁸⁷ A natureza jurídica da captação ambiental é embasada nas comunicações ambientais, que são fontes de prova à persecução penal.

Explica Renato Brasileiro que:

A interceptação ambiental, por sua vez, funciona como técnica especial de investigação, mais especificamente como medida cautelar processual, de natureza coativa real, consubstanciada em uma apreensão imprópria, no sentido de por ela se apreenderem elementos óticos e acústicos que formam a comunicação ambiental. Pode seu turno, a gravação da interceptação das comunicações ambientais é o resultado da operação técnica, e portanto, a materialização da fonte de prova, Por fim, a transcrição das gravações funciona como meio de prova, que será juntado aos autos para que possa ser valorado pelo magistrado.⁸⁸

⁸⁵ SILVA, Valine Castaldelli; DE PAULO, Alexandre Ribas. A iniciativa probatória do magistrado ius persequendi: o descompasso entre o Código de Processo Penal de 1941 e a Constituição Federal de 1988. **Captura Críptica: direito, política, atualidade**, v. 7, n. 1, p. 31-39, 2018. Disponível em: <http://www.nexos.ufsc.br/index.php/capturacriptica/article/view/3209>. Acessado em: 26 jul. 2020.

⁸⁶ Cf. art. 8-A: “Para investigação ou instrução criminal, poderá ser autorizada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, quando:

I - a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis e igualmente eficazes; e

II - houver elementos probatórios razoáveis de autoria e participação em infrações criminais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou em infrações penais conexas.

(...)” In: BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Op. Cit.

⁸⁷ LIMA, **Pacote anticrime**, op. cit., p. 442.

⁸⁸ Ibidem.

Feitas as explicações do que vem a ser o instituto da captação ambiental, depreende-se que o legislador da Lei n.º 13.964/19, nesse novo dispositivo incluído, veda a possibilidade de o juiz determinar a interceptação das comunicações de ofício, de forma que ele somente decretará se houver representação do Delegado de Polícia e/ou requerimento do Ministério Público. Essa vedação vai de encontro ao proposto sistema acusatório do art. 3º-A do CP, também introduzido pela CF/88 no art. 129, inciso I.

No entanto, limita a busca pela verdade real e limita o objetivo da atividade jurisdicional que é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, para o atingimento da paz social. E limita porque impede o juiz de atuar de ofício na decretação de captação ambiental durante a fase de instrução.

Além dos dispositivos novos já citados, vale lembrar também da nova redação dada ao art. 282 do CPP, cujo § 2º passou a dispor que “as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. Logo, o mesmo legislador que deixou de alterar o art. 3º da lei 9.296/96, previu de forma diversa no CPP e na própria lei de interceptação telefônica no art. 8º-A, causando uma lacuna jurídica quanto à possibilidade ou não de o juiz decretar a interceptação telefônica, seja na fase de investigação, seja na fase de instrução processual.

Assim, analisando o que já fora discutido, devemos dar uma interpretação convergente ao sistema acusatório previsto na CF, adotando o princípio da interpretação conforme a Constituição, de forma que o magistrado somente poderia, nos termos do art. 3º da lei de interceptação telefônica, atuar de ofício durante a fase judicial e não durante a fase investigativa do IP ou do PIC, visto que nesses ele deve ser afastado em prol do sistema acusatório e de sua imparcialidade.

Portanto, sendo a interceptação um meio de prova, é perfeitamente cabível que o juiz atue ativamente a fim de aplicar as normas do direito substancial diante dos fatos que não forem adequadamente demonstrados. Já que, o resultado advindo da prova é um fator importantíssimo para a conclusão do processo penal e a adequada aplicação do direito.

É importante ressaltar que podem existir outros dispositivos com controvérsias a serem discutidas. No entanto, procurou-se abordar as que são mais contraditórias no processo penal. Por fim, passamos a discorrer o instituto *iuria novit curia*, ponto também extremamente importante e colaborativo com as ideias acima expostas, realizando, portanto, uma análise crítica ao referido instituto, referente aos fundamentos utilizados para sua criação.

CAPÍTULO III - *IURIA NOVIT CURIA* NA FASE PROBATÓRIA

A expressão latina *iura novit curia*, é um instituto que trata dos poderes do juiz sob o preceito e sob a presunção de ser ele conhecedor do direito, das regras legislativas, sendo uma obrigação do juiz conhecer o direito, atualizar-se e aplicar o seu conhecimento ao caso concreto. À vista disso, o julgador não está limitado ao lastro jurídico arrolado pelas partes, já que, diante da presunção de que conhece o direito, tem o dever de aplicar as normas de ofício.⁸⁹E, para aplicar as normas corretamente, deve ter a prerrogativa de averiguação da veracidade dos fatos alegados, caso verifique pontos controvertidos, ou deficiência probatória durante a persecução penal.

Se o elemento essencial ou definidor da função jurisdicional recai sobre a resolução de conflitos entre as partes, é, portanto, a missão do juiz eliminar os conflitos, resolvendo-os segundo a fundamentação demonstrada pelas partes. Assim, a máxima *iura novit curia* identifica-se com a expressão *da mihi factum dabo tibi jus*, isto é, “dá-me o fato que te darei o direito” e ambas expressões se configuram como elemento constitutivo do poder jurisdicional.⁹⁰

Analisando o Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 140, a decisão judicial não se vincula obrigatoriamente ao direito trazido pelas partes. Conforme se depreende, pode o juiz analisar o caso em apreço sem estar vinculado à peça apresentada, ou ao direito trazido.⁹¹

O CPP segue a mesma lógica, principalmente porque assegura bens jurídicos mais importantes dos nossos semelhantes. É necessário que se tenha um órgão central como assim o é o Poder Judiciário, que analise as questões apresentadas de forma crítica. Aliás, seria um desperdício ter alguém tão qualificado intermediando os direitos materiais apresentados de

⁸⁹ TÖRNQVIST, Tomas. ***Iura Novit Curia***. Universidade de Lund-Faculdade de Direito. Tese em litígio–2000, p. 81. Disponível em: <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/1562703>. Acesso em: 08 nov. 2020.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Cf. art. 140: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.” In: BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm Acesso em: 11 out. 2020.

forma equivocada, quando, em verdade, pode agir para proporcionar maior eficiência no processo penal e na ordem jurídica. Portanto:

É razoável, com efeito, que o Estado, personificado nos órgãos da justiça, se recuse a reconhecer um direito subjetivo somente porque a parte que o solicita não conseguiu determinar as normas pelas quais o próprio Estado o consagrou? De forma alguma, a menos que, como disse, isso implique a transgressão de direitos e garantias fundamentais como os já mencionados, o que, como se verá, não tem de acontecer.⁹²

Assim, não se verificando que o juiz está indo além dos limites legais, não havendo comprovação de má-fé em sua conduta perante as partes, não há razões lógicas para impedir que o magistrado atue para sanar o erro no pedido que lhe foi apresentado, seja para beneficiar, seja para piorar a situação do réu. Seja durante a instrução, como também antes (como ocorre em situações durante a audiência de custódia).

Pois, assim como deve o juiz corrigir o pedido equivocado feito pela defesa, também deve corrigir o pedido equivocado feito pelo órgão acusador, ou até mesmo a autoridade policial, *se e quando* houver algum equívoco na descrição do pedido. Portanto, o juiz, evidenciando uma fundamentação dos fatos corretamente discorrida, vendo o equívoco no momento do pedido, irá fazer a correção a fim de aplicar o direito adequado à fundamentação exposta.

Entretanto, essa atuação de ofício deve ocorrer quando houver uma conexão entre o pedido e os fatos operantes na causa de pedir, não devendo o magistrado extrapolar os limites, as razões e os fatos expostos. Assim, com a máxima do *iuria novit curia*, se os advogados e a acusação errarem, agirem negligentemente, não acarretará, necessariamente, uma objeção ao julgamento da causa. E, se porventura, houver violação à imparcialidade, devem ser aplicadas as causas de suspeição (instituto criado justamente para evitar tais situações).

⁹² “Es razonable, en efecto, que el Estado, personificado en los órganos de justicia, se niegue a reconocer un derecho subjetivo sólo porque la parte que lo solicita no ha atinado a designar las normas mediante las cuales el propio Estado ha establecido tal derecho? No lo es en absoluto, a no ser, como decía, que ello implicase la transgresión de derechos y garantías básicas como las ya apuntadas, cosa que, como se verá, no tiene por qué suceder.” TÖRNQVIST, op. cit., p. 84 (tradução nossa)

Paulo Roberto de Gouvêa Medina afirma que o direito argentino considera a existência de três hipóteses que comportam a aplicação do instituto, podendo o juiz atuar em cada uma delas:

- a) aplicar o direito não alegado pelas partes, se este é o que corresponde à relação litigiosa;
- b) aplicar o direito correto, quando foi erroneamente invocado pelas partes;
- c) contrariar a qualificação jurídica dos fatos efetuada pelos próprios interessados, especialmente quando da relação fática apresentada na demanda não surge com clareza o tipo de pretensão sustentada.

⁹³

Hipóteses essas também comportadas no direito processual penal brasileiro.

É importante ressaltar que as partes, ao encaminhar um pedido ao Poder Judiciário, devem ater-se motivar com muito cuidado as suas pretensões, a fim de que seja oportunizado o contraditório entre as partes. Então, a demanda que vier a surgir diante da modificação dispositiva feita pelo juiz, deve ser oportunizado às partes um debate justo daquela modificação em específico, a fim de que seja dada a oportunidade de defesa de uma nova imputação.⁹⁴

Ocorre que, quando o juiz faz a modificação do tipo penal no momento de sentenciar, acaba por não permitir que o réu apresente defesa sobre o tipo penal que fora modificado de ofício, já que a fase de instrução do processo já ocorreu. Entende-se, portanto, que, durante a fase de instrução, o réu realiza a sua defesa diante dos fatos imputados, sendo irrelevante a classificação jurídica, possibilitando a alteração do dispositivo de ofício pelo juiz.

Márcio Carvalho Faria, em posicionamento contrário, observa que, quando o juiz corrige o dispositivo legal de ofício na própria sentença, certamente prejudica o contraditório e a ampla defesa, pois, assim, ele não se defende de tudo, apenas e tão somente daquilo que o autor lhe imputou.⁹⁵

Ada Pellegrini discorre sobre o princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamado por ela de *congruência da condenação com a*

⁹³ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa Medina. **Iura Novit Curia: a máxima e o mito**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 181.

⁹⁴ TÖRNQVIST, op. cit., p. 95.

⁹⁵ FARIA, Márcio Carvalho. Da correlação entre a acusação e a sentença no processo penal brasileiro contemporâneo: o art. 384, caput, do cpp e a ofensa ao sistema acusatório e às funções privativas do Ministério Público. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 1, n. 1, 2007.

imputação, ou, ainda, da correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença que, no processo penal, atribui a garantia de que o réu não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender de tal condenação. Com isso, não pode o juiz condenar o réu por fato não descrito na peça acusatória e/ou fato que fique demonstrado durante o fluir da instrução processual penal. Assim, caso houvesse algum entendimento diverso do juiz sobre o dispositivo penal que lhe fora imputado, ou abranger na sentença novo corrêu não incluído na denúncia, cuja coautoria venha a ficar evidenciada durante a instrução; nessas hipóteses, impõe-se nova acusação, por aditamento ou denúncia separada. E, havendo aditamento, o réu deve ser citado, realizando-se nova instrução, sob pena de nulidade.⁹⁶

Portanto, verifica-se que o problema maior entre o juiz agir ou não de ofício está em ele deixar de notificar as partes a fim de que haja defesa prévia da nova classificação jurídica, principalmente, porque, como visto, parte da doutrina afirma que estaria cerceando o direito de defesa do novo delito que foi imputado ao réu.

O *iuria novit curia* se aplica aos pedidos em gerais que são encaminhados ao juiz, e quando passa-se a análise da petição, percebe-se que a fundamentação é contrária ao pedido. Verificando esta situação, por exemplo, um pedido com uma fundamentação X, tudo muito bem justificado, porém, no momento do pedido final, ocorre um equívoco. Assim, o magistrado vai determinar a produção de provas, ou o proferirá uma sentença conforme o que foi fundamentado (e não conforme o pedido equivocado).

E, ao decretar uma medida, fazer um julgamento conforme o que foi fundamentado, não quer dizer que ele estará agindo de ofício, pois a produção da prova X, ou o julgamento pelo crime X não partiu de seu próprio intelecto, nem da sua própria vontade, mas, simplesmente, da fundamentação apresentada pelas partes.

Cabe, nesse sentido, a análise do seguinte exemplo para a apresentação de esclarecimentos: o Ministério Público fundamenta a sua representação com argumento de que requer uma interceptação telefônica,

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 208-229.

indicando telefones no seu texto. Mas na parte referente ao pedido, pede uma busca e apreensão (ou seja, diferente da narrativa exposta).

Assim, ao conceder o que está sendo narrado, irá alterar o pedido diante do que foi fundamentado. Então, quando o juiz altera o pedido, ele não está agindo de ofício, mas alterando a nomenclatura.

E como determina este instituto: *dá-me o fato, que eu te darei o direito*. Ou seja, dá-me o que se precisa, e será visto qual o *direito* aplicado. Dessa forma, o juiz analisará o pedido e o converterá ao direito adequado ao caso concreto.

Outro exemplo vê-se durante uma audiência de custódia, em que o Ministério Público pede a oitiva de algumas pessoas que viram a cena do crime, a fim de que descrevessem o que viram. Mas, analisando o auto de prisão em flagrante, percebe-se que foi em frente estabelecimento que dispunha de câmeras de monitoramento. Portanto, o fim desejado (saber como se deu na cena do crime), pode ser sanado com a simples visualização das imagens que registraram toda a cena.

Nesse caso, o juiz determinará a busca dessas imagens, sem a necessidade de ouvir qualquer pessoa. E, ainda assim, atingirá o pedido do Órgão Ministerial (isto é, a visualização do ocorrido). E isso não é agir de ofício. Ressalta-se, inclusive, que, nesse exemplo, é uma produção de prova determinada pelo juiz, antes do ajuizamento da ação penal.

E, como explicado no início deste trabalho,⁹⁷ existem duas formas que entender a participação do juiz no sistema acusatório (*inquisitorial system e adversarial system*). Sendo que a primeira, esclarece que a passividade do julgador não pode ser considerada um elemento fixo do sistema acusatório, mas sim, um elemento que varia a cada caso concreto (como é visto no caso determinação de produção de provas pelo juiz na audiência de custódia, antes mesmo de iniciar a ação penal).

Visto o instituto do *iuria novit curia* na instrução probatória. Passaremos a ver os casos mais frequentes que ocorrem no nosso ordenamento jurídico, a fim demonstrar que, *mutatis mutandis* (mudando o que deve ser mudado) o legislador brasileiro optou sim, por um sistema acusatório *inquisitorial system*,

⁹⁷ Cf. cap. I, 1.2.

ou seja, aquele que pretende atingir o interesse público e, afastar a vingança privada na sociedade.

3.1 Casos frequentes

3.1.1 *Emendatio libelli*

A *emendatio libelli* é a expressão latina mais eloquente do compromisso com a preservação da ordem jurídica. E ampara-se na antiga expressão *narra-me o fato que te darei o direito*. E, certamente, a pena a ser aplicada não resulta da escolha do autor da ação penal, mas da lei.

Neste sentido, ensina Eugênio Pacelli:

A *emendatio* não é outra coisa senão a correção da inicial (libelo, nessa acepção), para o fim de adequar o fato narrado e efetivamente provado (ou não provado, se a sentença não for condenatória, caso em que seria dispensável a *emendatio*) ao tipo penal previsto na lei.⁹⁸

Nos termos do art. 383 do CPP, com redação dada pela Lei nº 11.719/08, “o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”.

Na redação da lei, deve-se entender por definição jurídica precisamente a capitulação ou classificação feita pelo autor na ação penal, em cumprimento da exigência prevista no art. 41 do CPP que visa dar a definição jurídica do fato, ou seja, promover o juízo de tipicidade, ou melhor, adequar o fato ocorrido ao modelo legal de conduta. Basta analisar o seguinte exemplo: A agride B com a intenção de matá-lo, sem conseguir o seu intento, dá-se a definição jurídica de tentativa de homicídio. Com isso, teremos a classificação do crime, que é o resultado desse processo mental/visual. De forma que o réu incorre no art. 121, caput, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal. A propósito, Guilherme Nucci assevera que:

O juiz pode alterá-la, sem qualquer cerceamento de defesa, pois o que está em jogo é a sua visão de tipicidade, que pode variar conforme o seu livre convencimento. Se o promotor descreveu, por exemplo, um furto com fraude (pena de dois a oito anos de

⁹⁸ PACELLI, op. cit., p. 780

reclusão), mas terminou classificando como estelionato (pena de um a cinco anos de reclusão), nada impede que o magistrado corrija essa classificação, condenando o réu por furto qualificado – convenientemente descrito na denúncia – embora tenha que aplicar pena mais grave.⁹⁹

Neste contexto, primando pela manutenção do Estado de Direito, e pelo objetivo da atividade jurisdicional de assegurar a manutenção da paz social, é mais do que uma possibilidade, mas um dever do julgador suprir a equívocos normativos do autor ou do réu, ou, até mesmo, corrigir os eventuais erros cometidos nas pretensões e defesas das partes, podendo, inclusive trazer um terceiro argumento, sem mudança dos fatos, não dependendo de concordância das partes.

Cabe salientar que, no processo penal, a acusação é composta da imputação mais o pedido. Portanto, quando o juiz vai proferir a sentença ele não está vinculado ao pedido, mas sim à imputação, sendo estabelecido o princípio da correlação ou o princípio da congruência. Logo, não interessa o pedido que o Ministério Público formulou, o que vincula o juiz é a narrativa fática, sendo assim, o que pode ocorrer de diferença é que na hora de aplicar o artigo de lei, o juiz pode fazer uma emenda, ou seja, *emendatio libelli*.

Destarte frisar que, quando o juiz leva os autos conclusos para sentenciar, analisa a fundamentação do pedido e verifica que o crime não é aquele tipo penal indicado na denúncia. Assim, poderá fazer a adequação. Entretanto, se ao analisar o processo, verificar ser ele incompetente para o julgamento da conduta que realmente foi praticada, deverá declinar da competência. Ou, na hipótese de cabimento de algum benefício, como por exemplo, a suspensão condicional do processo, o juiz deve instar o Ministério Público para que se manifeste sobre a oferta do benefício.¹⁰⁰

Outrossim, deve estar sempre vinculado a apresentação das provas e aos fatos ocorridos. Assim agindo, não há violação ao contraditório quando ele apresenta uma nova tese jurídica, amparado pela incidência do princípio do *iuria novit curia*.

Neste sentido, ao tratar da possibilidade jurídica do pedido, o professor Eugênio Pacelli explica:

⁹⁹ NUCCI, op. cit., p.1044-1045.

¹⁰⁰ NUCCI, op. cit., p.1044-1045.

Entretanto, pelo menos nas ações penais condenatórias, é bem de ver que, ainda que se requeira a condenação do acusado à pena de morte, por exemplo (caso típico de ausência de previsibilidade da providência requerida), nada impede que a ação penal se desenvolva regularmente, porque ao juiz permite-se a correta adequação do fato à norma penal correspondente, com a aplicação da sanção efetivamente cominada, por força da *emendatio libelli* prevista no art. 383 do CPP. Por isso, não se podendo extinguir o processo pela impossibilidade jurídica do pedido assim aviado, não se pode, também, aceitar tal hipótese como de condição da ação penal condenatória.¹⁰¹

Dessa feita, a alteração realizada pelo juiz será unicamente da questão de direito (capitulação legal dos fatos), como sintetizado no art. 383 do CPP. E alterar a capitulação legal é alterar a consequência jurídica do fato imputado na denúncia ou queixa. O fato, evidentemente, há de permanecer o mesmo.

Ocorrendo um equívoco, seja na capitulação ou na tipificação, não será causa de inépcia da denúncia ou queixa, já que no dispositivo supracitado, o CPP prevê a *emendatio libelli*, ou seja, a correção e adequação da classificação do delito a ser feita pelo juiz da causa, no momento da sentença.¹⁰²

Também se verifica a atuação de ofício pelo juiz quando há a desclassificação, podendo o juiz discordar da classificação feita na denúncia ou queixa, de forma que venha a corrigir a inicial, adequando o caso da forma mais correta possível, independentemente de qualquer providência, já que o réu defende-se do fato imputado e não de sua classificação (consoante se observa do disposto no art. 41 do CPP).¹⁰³ Assim, descreve o art 383, § 2º do CPP: “§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos”. E assim agindo, estará o juiz recebendo e processando a denúncia na forma da lei, mesmo que o Ministério Público requeira providência de cunho declaratório diverso.

Portanto, o entendimento majoritário é de que o réu se defende dos fatos. E a definição jurídica (classificação do crime) é a subsunção do fato à norma, compreendendo-se que este possa ser alterado, pois, não obstante a

¹⁰¹ PACELLI, op. cit., p. 137.

¹⁰² PACELLI, op. cit., p. 211.

¹⁰³ Cf. art. 41: “A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.” In: BRASIL. **Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941**. op. cit.

presunção legal de que a lei é conhecida por todos, a verdade é que o réu não se defende de um delito em específico, mas sim, do fato criminoso que lhe foi imputado.

3.1.2 *Mutatio libelli*

A *mutatio libelli*, diferentemente da *emendatio libelli*, ocorre quando o juiz verifica uma modificação do contexto fático da conduta em relação à ação penal anteriormente perpetrada. Na *mutatio* não há nova ação, mas aproveitamento daquela já instaurada em razão de provas surgidas apenas na fase de instrução e antes de proferir a sentença. Neste sentido, esclarece Grinover:

[...] Outra situação existe quando o fato considerado pelo juiz, em face da prova, já não é o mesmo, ou seja, devido a uma circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, o fato é outro.

Alguma particularidade altera-lhe a fisionomia, exigindo do juiz determinadas providências para a garantia ampla do direito de defesa. Com elas, evita-se o julgamento além do pedido.¹⁰⁴

De acordo com o artigo 384 do CPP, o fato surge depois. Então, o Ministério Público oferece a denúncia, indicando uma conduta supostamente praticada e formulando um pedido de condenação. Por exemplo, a denúncia é oferecida por roubo e o Ministério Público pede a condenação nas penas do artigo 157 do Código Penal. Durante a instrução criminal, surgem provas de que não houve violência ou grave ameaça, ocorrendo uma desclassificação do crime enunciado. Portanto, de acordo com a Lei, o Ministério Público teria que realizar o aditamento. Depois a defesa se manifestaria e, somente então, o juiz poderia julgar o furto aplicando as penas corretas.

Por outro lado, David Metzker refere que aos artigos 383 e 384, ambos do CPP, não condizem com a constituição, tendo em vista que o sistema acusatório que coloca o julgador como expectador e não como atuante nas provas e demais atos da acusação. Discorre que o artigo 384 do CPP, o julgador toma iniciativa sem provocar o Ministério Público, o que, ao seu ver, é uma substituição da atuação probatória.¹⁰⁵

¹⁰⁴ GRINOVER, 2005, op. cit., p. 208-229.

¹⁰⁵ METZKER, op. cit., p. 35.

No entanto, como visto em todo decorrer deste trabalho, não é o pensamento que prepondera, visto que o magistrado, ao provocar o órgão acusador, não está produzindo prova alguma. Aliás, as provas já foram produzidas durante a instrução processual.

Então, a função do juiz é dizer o direito diante das provas produzidas durante a instrução, independentemente de quem as tenha provocado. Sendo válidas, legais e tendo produzido o contraditório e garantido a ampla defesa, produzirão o que lhe compete, isto é, a decisão judicial conforme o direito provado e mudando que deve ser mudado, pois o que se pode provar no inquérito, por inúmeras vezes, são rasos indícios. Por isso existe a necessidade de produção de provas durante a instrução processual penal e, mudando-se as provas, angariando mais certeza jurídica, também é viável mudar o direito trazido.

Foi breve a exposição desses dois institutos (*mutatio e emendatio libelli*), mas o objetivo é demonstrar qual o posicionamento adotado pelo legislador no CPP, isto é, o sistema penal acusatório (qual seja, o *inquisitorial system*). Bem como, demonstrar qual é a interpretação que deve ser dada à passividade do julgador que não pode ser considerada um elemento fixo do sistema acusatório, mas sim, um elemento variável, que possibilite ao juiz a análise pedido, seja de recebimento da ação penal, de julgamento e, inclusive, de produção de provas, podendo adequar o *direito* do material trazido à fundamentação exposta.

CONCLUSÃO

Conforme apresentado ao longo deste trabalho monográfico, a opção de um sistema processual penal acusatório retrata a escolha de uma ideologia política a ser seguida em todos os ramos do processo. Assim, ao entender que há a necessidade de um sistema único que forme um todo inteligível, verificou-se a impossibilidade de um suposto sistema misto. Partindo disso, o que passa a interessar é o estabelecimento de um sistema inquisitório ou acusatório.

Como visto, desde a CF/88 o sistema penal adotado já era o sistema acusatório, tendo agora um amparo no CPP no artigo 3º-A. No entanto, a maior controvérsia que se percebe quando o assunto é produção de provas pelo juiz, é a afronta ao sistema acusatório, afirmando que estaria o juiz atuando erroneamente e conforme princípios inquisitórios.

Ao entender que a atuação do magistrado, no sistema inquisitório, é livre para a colheita de provas em toda persecução penal, ficam as provas concentradas na figura do juiz, passando depois ele a decidir sobre um processo que, por vezes, ele próprio tinha criado. Nesse caso, obviamente, fere a imparcialidade, pois ele próprio cria a *opinio delicti* e ele próprio julga o caso. Assim, é notório que não é adequado ao ordenamento jurídico brasileiro. É, portanto, um equívoco dizer que o juiz com iniciativa instrutória está afrontando o sistema acusatório.

O que elimina esse equívoco histórico é o esclarecimento da decisão pelo *non liquet*, que ocorria com a ampliação do julgamento para que as partes pudessem convencer os julgadores com a apresentação de melhores provas ou argumentos, instituto denominado de *ampliatio*, o que torna contraditório dizer que as fontes do sistema acusatório, advindas do direito romano, tinham juízes inertes e resignados; e torna também equivocada dizer que as bases do sistema processual acusatório não possibilitam a atuação do juiz de ofício na instrução do processo.

Assim, notou-se que a iniciativa probatória do juiz, durante a instrução processual, não compromete sua imparcialidade, pois não haveria como prever se a prova beneficiaria o acusador ou a defesa. Logo, não pode o juiz prever o resultado da prova, se será produzida e nem a quem ela beneficia, no exato momento em que o juiz determinar a sua produção. Aliás, há duas formas de interpretar a atuação do juiz no sistema acusatório e, a mais adequada ao fim social é a *inquisitorial system*.

Pois, a passividade do juiz não pode ser considerada um elemento fixo do sistema acusatório, mas sim, um elemento que pode variar e se adequar a cada caso que lhe for apresentado (como foi visto no caso de produção de provas na audiência de custódia).

Neste sentido, o juiz irá atuar de ofício, mas sempre observando a fundamentação jurídica necessária, baseada no devido processo legal, com a possibilidade de contraditório e ampla defesa das partes envolvidas. E isso não pode ser confundido com a ação de um juiz inquisidor, que instaura o próprio inquérito e arrola as próprias provas.

E, analisando o caso das *Fake News* (ADPF nº 572), cita-se em que se decidiu, liminarmente, pela legalidade e constitucionalidade do Inquérito nº 4781 cujo objeto era a Portaria 69/2019 da Presidência do STF, instaurado com o objetivo de investigar a existência de notícias fraudulentas, denúncias caluniosas e ameaças contra a Corte, seus ministros e familiares. Fora a questão de que a CF/88, no art. 102, inciso I, b e c, garante o foro por prerrogativa quando estiverem na qualidade de autores e nunca como vítimas. O que cabe afrontar aqui é a atuação judicial do ofício que, nesse caso, como demonstrado nesta monografia, afronta o sistema acusatório.

No que tange à imparcialidade, verificou-se que o problema é quando o magistrado adota postura tipicamente acusatória, de forma que se pode distinguir o que é uma *iniciativa probatória* da *iniciativa acusatória*. Na iniciativa probatória, o juiz não precisa proferir uma decisão vinculada somente ao material probatório trazido pelas partes, podendo ele buscar as provas que achar necessárias ou indagar as partes sobre a verdade dos fatos. E, pode também agir sempre que se defrontar com uma inércia intolerável ao viés de justiça.

Em que pese se observe a possibilidade do juiz atuar de ofício durante a instrução do processo, o mesmo não se verifica durante a investigação, mais precisamente, porque os autos ainda nem chegaram em suas mãos, ou seja nem iniciou a atividade judicial naquele caso. Deste modo, percebeu-se que o art. 156 do CPP, que permite ao juiz, de ofício, ordenar, mesmo *antes de iniciada a ação penal*, a produção de provas consideradas urgentes e relevantes deve haver uma interpretação mais precisa, porque o juiz não terá acesso aos autos de investigação antes de ser provocado. Deste feita, não haveria razões para o seu exercício de jurisdição.

No entanto, podem ocorrer situações excepcionais antes de iniciada a ação penal. Logo, em dadas situações, como no caso da necessidade urgente de produção de provas durante a audiência de custódia, haverá uma adequada interpretação do sistema acusatório (*inquisitorial system*). Já que o juiz terá uma necessária imparcialidade para, posteriormente, também vir a presidir o processo de conhecimento de natureza condenatória. Logo, percebe-se um entrave constitucional nesse sentido, porém, sendo viável a adequação do sistema acusatório, principalmente, um ajuste argumentativo que se alinhe a orientação do sistema proposto pela CF/88. Por essas razões, estaria equivocado dizer que toda a produção de provas de ofício antes de iniciada a ação penal viola o sistema acusatório e é inconstitucional.

Nos demais casos, como o art. 156, inciso II do CPP, como visto, o juiz pode, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, determinar a realização de diligências para dirimir alguma dúvida sobre ponto relevante. Afinal, é de sua autoria a prolação de uma sentença com um julgamento justo.

Ainda na busca pela verdade dos fatos, conforme descreve o art. 209 do CPP, o juiz poderá diligenciar a fim de ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes, às quais considere importante para o adequado julgamento.

Já o art. 212 do CPP destaca que não haverá ofensa ao processo quando o juiz houver formulado perguntas diretamente às testemunhas e à defesa, presente à audiência, devendo o advogado, quando houver alguma forma de inquisitorialidade, insurgir-se e demonstrar o prejuízo ocorrido.

Quanto à Lei de Interceptação Telefônica, sendo a interceptação de conversas um meio de prova, parece haver afronta ao sistema acusatório quando o juiz determina durante a investigação, pois como visto nesta monografia, quando o magistrado tratar das medidas cautelares, não está, nesse momento, protegendo os interesses da investigação criminal, mas atuando como garantidor que é das liberdades públicas, está, portanto, exercendo o controle constitucional das restrições às inviolabilidades. Por esse motivo, não poderá atuar de ofício antes de ter acesso ao conteúdo investigatório. Então, não sendo o responsável pela acusação ou investigação policial, não há razões para cuidar da investigação e nem por ela responder o órgão da jurisdição. Mas, ressalta-se, que isso não pode ser estendido a todos os casos, visto que há situações em que o juiz poderá usar o instituto do *iuria novit curia* e não estará atuando de ofício.

Foi visto também que, recentemente, em dezembro de 2019, no pacote anticrime, o legislador alterou a lei de interceptação telefônica. No entanto, deixou (não se sabe se foi de propósito ou se foi por um descuido) o texto que permite a determinação de interceptação telefônica de ofício pelo juiz durante a investigação. A recém-sancionada Lei 13.964/2019 também trouxe nova disposição de artigos ao tratar dos artigos 8º-A que disciplinou a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos para fins de investigação ou instrução criminal, podendo tal prova ser decretada pelo juiz, a requerimento da Autoridade Policial ou do Ministério Público. Essa alteração deixou o operador da lei ainda mais confuso, visto que a natureza jurídica de ambos os institutos é igual, ou seja, a produção de provas através de conversas alheias sem que os envolvidos saibam.

Porém, a solução mais adequada parece ser uma interpretação convergente ao sistema acusatório previsto na Constituição Federal, adotando o princípio da interpretação conforme a Constituição, de forma que o magistrado somente poderia, nos termos do art. 3º da lei de interceptação telefônica, atuar de ofício durante a fase judicial e não durante a fase investigativa, devendo-se excluir a interpretação que permite ao juiz, na fase pré-processual, determinar de ofício a interceptação.

Essa é, inclusive, a proposta da ADI nº. 3.450 realizada pelo Procurador-Geral da República e a solução, aparentemente, mais adequada, que primará pela imparcialidade e conformidade do sistema acusatório. O que, mais uma vez, não impedirá o magistrado de utilizar o instituto do *iuria novit curia*, invocando o *mihi factum dabo tibi jus*, isto é, “dá-me o fato que te darei o direito”.

Por fim, com relação ao instituto do *iuria novit curia*, observamos que o juiz, detentor da atividade jurisdicional, poderá modificar de ofício o tipo penal no momento da prolação da sentença, já que o réu se defende dos fatos que lhe foram imputados e não da capitulação legal. E tal ponto é ligado também à produção de provas, já que o magistrado, conhecedor o direito, poderá, analisando os autos, verificar que a fundamentação de uma produção de provas não condiz com o pedido. Assim, ele vai converter o pedido conforme o que fora fundamentado. É, portanto, uma consequência lógica que vem da oficialidade durante o processo que está sob o seu amparo judicial.

O CPP trata deste instituto nos artigos 383 e 384. O artigo art. 383 prevê que a *emendatio libelli* almeja promover o juízo de tipicidade, ou melhor, adequar o fato ocorrido ao modelo legal da conduta. Assim, o juiz, ao alterar a capitulação legal, altera

a consequência jurídica do fato imputado na denúncia ou queixa. O fato, portanto, permanece o mesmo.

Já a *mutatio libelli*, evidenciada no art. 384, diferentemente da *emendatio*, ocorre quando o juiz verifica modificação do contexto fático da conduta em relação a ação penal perpetrada. Na *mutatio* não há nova ação, mas aproveitamento daquela já instaurada em razão de provas surgidas apenas na fase de instrução, antes de proferir a sentença e diante das provas produzidas.

Depreende-se que interpretação que deve ser dada quanto à passividade do julgador não pode ser considerada um elemento fixo do sistema acusatório, mas sim, um elemento variável que possibilita ao juiz a análise pedido, seja de recebimento da ação penal, de julgamento, e inclusive, de produção de provas, podendo adequar o direito do material trazido à fundamentação exposta.

Então, a função do juiz é dizer o direito diante das provas produzidas durante a instrução ou quando houver necessidade de exercício de jurisdição, independentemente de quem as tenha provocado. Sendo válidas, isto é, estando dentro dos parâmetros legais, produzirá o que lhe compete, isto é, a decisão judicial conforme o direito provado e mudando o que deve ser mudado.

Portanto, o juiz que atua, excepcionalmente, dentro da fase de instrução probatória, está amparado pelo cumprimento das atribuições do órgão de jurisdição. E, assim agindo, irá ampliar as possibilidades de verificação da verdade real dos fatos, ou seja, estará agindo eficientemente na busca da verdade real, não precisando estar inerte, ser passivo e ficar refém de um material mal produzido pelas partes. E, como visto, o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico para a manutenção da paz social, sendo a produção de provas o meio capaz de reproduzir, nos autos, o que de fato ocorreu, cumprindo, assim, com a razão de ser do direito penal e processual penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Código de instrução criminal francês de 1908**. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Inquisição espanhola e seu processo criminal**. Curitiba: Juruá, 2011.

ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. **Revista de Informação Legislativa**, v. 183, p. 167-188, 2009. Disponível em: https://amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1270580511.pdf. Acesso em: 12 out. 2020.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais penais e seus princípios reitores**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Livraria do Advogado Editora, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. **Decreto Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. **Lei 11.690, de 09 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm#:~:text=Altera%20dispositivos%20do%20Decreto%2DLei,prova%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. **Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o [inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal](#) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm#:~:text=Constitui%20crime%20realizar%20intercepta%C3%A7%C3%A3o%20de,a%20quatro%20anos%2C%20e%20multa. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Petição ASSEP nº 163489/2020**. Medida Cautelar Incidental de suspensão da tramitação do Inquérito 4.781. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADPF000572DFPEDIDOCAUTELARINCIDENTAL.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. **HC 383337 SC 2016/0332928-7**. Relator Min. Jorge Mussi. Julgado em: 16 mar. 2017. Diário de Justiça, 22 mar. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=69841168&num_registro=201603329287&data=20170322&tipo=51&formato=PDF Acesso em: 03 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572/DF – Distrito Federal**. Relator Min. Edson Fachin. 13 ago. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>. Acessado em: 12 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5104/DF – Distrito Federal**. Relator Min. Roberto Barroso, maio 2014. Disponível em: 12 out. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088758>. Acesso em: 31 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn n.º 6298/DF – DF**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RO HC n.º 154.680/PE**. Relator Min. Marco Aurélio, outubro 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754084579>. Acesso em: 02 nov. 2020.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. (Org.). **Reformas do código de processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba: UFPR, ano 30, n. 30, p. 178, 1998. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1892/1587>. Acesso em: 11 out. 2020.

FARIA, Márcio Carvalho. Da correlação entre a acusação e a sentença no processo penal brasileiro contemporâneo: o art. 384, caput, do cpp e a ofensa ao sistema acusatório e às funções privativas do Ministério Público. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 1, n. 1, 2007.

GARCIA, Rafael de Deus. Verdade Real e a Impossibilidade de Condenação após Manifestação do Ministério Público por Absolvição. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 3, n. 3, 2017. Disponível em:

<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/81>. Acesso em: 13 out. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**, Brasília, v. 18, jan./jun., 2005.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote anticrime**: comentários à Lei nº 13.964/19. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa Medina. **Iura Novit Curia**: a máxima e o mito. Salvador: Juspodivm, 2020.

METZKER, David. **Lei anticrime - Lei 13.964/2019**: comentários às modificações no CP, CPP, LEP, Lei de Drogas e Estatuto do Desarmamento. Timburi, SP: Cia do eBook, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza (Org.). **Interceptação telefônica**: os 20 anos da Lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SILVA, José Geraldo da. **Leis penais especiais anotadas**. 11. ed. Campinas, SP: Millennium, 2010.

SILVA, Valine Castaldelli; DE PAULO, Alexandre Ribas. A iniciativa probatória do magistrado ius perseguendi: o descompasso entre o Código de Processo Penal de

1941 e a Constituição Federal de 1988. **Captura Críptica**: direito, política, atualidade, v. 7, n. 1, p. 31-39, 2018.

THUMS, Gilberto. O mito sobre a verdade e os sistemas processuais. Revista **Ibero-Americana de Ciências Penais**. Porto Alegre, v. 4, n. 8, 2003.

TÖRNQVIST, Tomas. **Iura Novit Curia**. Universidade de Lund-Faculdade de Direito. Tese em litígio–2000, p. 81. Disponível em: <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/1562703>. Acesso em: 08 nov. 2020.