



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**PODERES OFICIOSOS EM MATÉRIA PROBATÓRIA E A
IMPARCIALIDADE DO JUIZ PENAL**

RIVALDO PEREIRA NETO

Dissertação

Mestrado Científico em Direito

Área de Especialização em Ciências Jurídicas-Criminais

2018



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**PODERES OFICIOSOS EM MATÉRIA PROBATÓRIA E A
IMPARCIALIDADE DO JUIZ PENAL**

RIVALDO PEREIRA NETO

Orientação pelo Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes
Mestrado Científico em Direito
Área de Especialização em Ciências Jurídicas-Criminais
Lisboa, 2018

RIVALDO PEREIRA NETO

**PODERES OFICIOSOS EM MATÉRIA PROBATÓRIA E A
IMPARCIALIDADE DO JUIZ PENAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, área de especialização em Ciências Jurídicas-Criminais

Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes (Orientador) – FDUL

(Presidente)

(Arguente)

(Vogal)

2018

DEDICAÇÃO

A minha esposa, LUCILA GABRIELLA MACIEL CARNEIRO VILHENA, pelo amor, companheirismo, incentivo, auxílio direto e sua dedicação integral à família em meus muitos momentos de ausência.

A meus amados filhos, HENRIQUE VILHENA PEREIRA e ARTHUR VILHENA PEREIRA, que constituem todo o sentido de continuar sempre em frente.

A meus pais, RALDES DE ALMEIDA PEREIRA e MARIA ELEITE ALENCAR DE ALMEIDA PEREIRA, por todo o carinho, cuidado e por proporcionarem a minha formação moral.

A meus queridos irmãos, FERNANDA e FRANCISCO, eternos e fiéis amigos para todas as horas.

AGRADECIMENTOS

A meu estimado, admirado e competente orientador, PROFESSOR DOUTOR PAULO DE SOUSA MENDES, por estimular o interesse ao aprofundamento e rigor acadêmico.

Ao TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE, por ter autorizado o afastamento de minhas atividades laborais para estudo e frequência ao Mestrado em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, permitindo a minha evolução intelectual, ciente que repercutirá no melhoramento e qualificação de minha atividade judicante.

Resumo:

O objetivo do presente trabalho é abordar a possibilidade de conciliação da iniciativa probatória do juiz criminal com o modelo acusatório imposto constitucionalmente em Portugal e no Brasil, e com o princípio da imparcialidade do julgador, especialmente, em face à sua feição objetiva sedimentada pela construção jurisprudencial do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Investigaremos se juiz, de posse do material probatório produzido na investigação preliminar, o qual foi construído em regra de forma unilateral pela polícia ou Ministério Público, ao deparar-se com um acusado que nega os fatos, e coloca em prática seus poderes oficiosos de produção de prova, poderia assumir, de fato, uma posição equivalente a de parte contrária a do arguido, e se estaria, assim agindo, participando da desconstrução do princípio da presunção da inocência. Abordaremos, ainda, se a busca da verdade material e o interesse público implicam na necessidade de se atribuir ao julgador uma postura ativa na instrução probatória no processo penal, ou se o processo de raízes continentais pode conviver com um juiz penal afastado da seara probatória. Verificaremos se um reposicionamento do *locus* processual do juiz, deslocando-o das atividades instrutórias ainda lhe atribuídas pela legislação infraconstitucional, para uma posição de apenas destinatário destas provas, pode acarretar o rompimento do caráter público do processo penal.

Palavras-chave:

Processo Penal – Sistema Acusatório - Iniciativa Probatória do Julgador - Imparcialidade – (In)compatibilização

Abstract:

The main propose of the present study is to discuss the possibility of conciliating the probative initiative of the criminal judge facing to the accusatory system imposed from the portuguese and brazilian Constitutions, as well as with the principle of impartiality of the judge, especially in view of its objective point of view constructed by the European Court of Human Rights jurisprudence. We aim to investigate whether a judge, in possession of the probative material produced in the pretrial investigation, which was unilaterally produced by the police or the Prosecutor, when faced with an accused who denies the facts, and puts into practice his power of fact findind, could assume a position equivalent to an opponent of the accused, and would thus be acting, participating in the deconstruction of the principle of the presumption of innocence. We will also consider whether the search for material truth and the public interest imply the need to give the judge an active stance in the probative investigation in the criminal process, or if the continental European system can coexist with a criminal judge that is far from the probationary duty. We will verify if a repositioning of the procedural locus of the judge, shifting it from the instructional activities still attributed to him by the infraconstitutional legislation, to a position of only the recipient of these proofs, can cause the public character of the criminal process to be broken.

Keywords:

Criminal Procedure – Adversary System - Evidentiary powers of judge – Impartiality- (In)compatibility

Siglas e abreviaturas

A., AA.	-	autor, autores
AA.VV.	-	autores vários
art., arts.	-	artigo, artigos
cap.	-	capítulo
CCM	-	Crime Control Model
CP	-	Código Penal
CPP	-	Código de Processo Penal
DPM	-	Due Process Model
ed., eds.	-	edição, edições; editora, editoras
<i>e. g.</i>	-	exempli gratia (por exemplo)
FDUL	-	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Min.	-	Ministro
MP	-	Ministério Público
n.	-	número, números
org.	-	organizador, organização
p.	-	página, páginas
s., ss.	-	seguinte, seguintes
s. d.	-	sem data
séc.	-	século
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça
TEDH	-	Tribunal Europeu de Direitos do Homem
trad.	-	tradução (de), traduzido (por)
<i>v. g.</i>	-	verbi gratia (por exemplo)
v.	-	volume, volumes

Sumário

Introdução	12
1. Sistemas processuais ocidentais e modelos de prova	19
1.2. A dicotomia Adversarial/Inquisitorial	27
1.3. Inserção dos sistemas processuais dentro dos modelos sociais de Packer e dos modelos ideais de administração de justiça de Damaška.....	34
1.3.1. O modelo de Packer.....	34
1.3.2. O modelo de Damaška.....	37
1.4. Configurações essenciais dos sistemas e a gestão da prova	44
1.5. Possível superação da dicotomia: ideia de <i>Fair Trial</i> – dimensão internacional delineada pelo TEDH.....	49
2. Poderes oficiosos do julgador penal em matéria de prova.....	54
2.1. Fundamentos	54
2.2. Princípios informadores	57
2.2.1. Indisponibilidade dos interesses em jogo no processo penal	57
2.2.2. Obrigatoriedade ou oficialidade	58
2.2.3. Investigação da realidade histórica dos fatos: a verdade material	60
2.3. Atuação probatória judicial: obrigatoriedade ou facultatividade?	63
2.4. Construções doutrinárias tendentes a compatibilizar a iniciativa instrutória no atual processo penal: subsidiariedade da atuação oficiosa do juiz e respeito ao contraditório.....	66
2.5. Problemas da atividade probatória do julgador	71
2.6. Aproximação do problema da atuação probatória <i>ex officio</i> do juiz: insuficiência das construções doutrinárias de harmonização: resultados incontornáveis da atuação probatória <i>ex officio</i>	73
2.6.1. Impossibilidade de controle e indefinição do momento de deflagração	73
2.6.2. A presunção de inocência e a produção <i>ex officio</i> de provas	76
2.7. Análise de jurisprudência (Tribunais portugueses/brasileiros) sobre como os juízes/tribunais têm utilizado seus poderes probatórios.....	83

2.8. Experimentos sobre o alegado ganho de efetividade dos poderes instrutórios do julgador para a descoberta da verdade no processo penal	87
2.8.1. Estrutura do processo penal reformado potencializando a afronta a imparcialidade – Contato do juiz com o material probatório produzido na investigação preliminar – Decisão de recebimento da ação penal - Experimento de Schünemann.....	88
2.8.1.1. Experimento sobre o comportamento do juiz criminal na audiência de instrução e julgamento e o contato prévio com os autos da investigação preliminar.	91
2.8.1.2. Experimento sobre a postura do juiz no momento da decisão de recebimento da denúncia e suas consequências para o desempenho imparcial do juiz criminal.....	96
2.8.1.3. Análise do experimento de Schünemann.....	98
2.8.2 Experimento comparativo entre os sistemas adversarial e inquisitório sobre o grau de eficiência na descoberta da verdade.....	103
3. Impossibilidade da atuação <i>ex officio</i> do juiz em matéria de produção de prova..	106
3.1. Imparcialidade judicial.....	106
3.1.1. Noções e fundamentos.....	106
3.1.2. Dimensão objetiva da imparcialidade delineada pelo TEDH.....	113
3.1.3. Garantias de imparcialidade em julgamento	116
3.1.4. Densificação do conteúdo da imparcialidade: princípio reinante do processo penal.....	121
3.2. Impossibilidade da iniciativa probatória do julgador.....	125
4. Impropriedade das críticas dos efeitos do afastamento do juiz na arena probatória	136
4.1. Justiça procedimental <i>versus</i> justiça material	137
4.2. Dilemas práticos.....	139
4.2.1. Dilema entre estratégia e descobrimento da verdade	139
4.2.2. Dilema hermenêutico.....	140
4.2.3. Dilema de <i>Lohengrin</i>	141
4.3. Impropriedade das críticas: Afastamento do juiz na seara probatória sem total conformação do processo penal continental na ortodoxia adversarial. Ausência de risco de perda da justiça da decisão e de desnaturação da natureza pública do processo penal.....	142

Conclusão.....	149
Bibliografia	152

Introdução

A iniciativa probatória do juiz penal é um tema com um amplo horizonte de perspectiva de análise, colocando, invariavelmente, o investigador em contato com os problemas fundamentais do processo penal.

A atribuição ao juiz de poderes instrutórios não é apenas uma opção de técnica legislativo-processual, mas também possui implicações ideológicas no processo penal. A possibilidade de o julgador participar da dialética probatória tem direta relação não só com os modelos de processo penal adotado (adversarial e inquisitivo), como também com a ideologia dominante e às opções políticas que determinada sociedade pretende da figura do juiz na resolução do conflito penal.

É verdade que há certa imprecisão em definir os perfeitos contornos do que venham a ser os sistemas processuais. Até mesmo o sistema adversarial, conforme afirma McEwan¹, possui problemas de se apontar a característica fundamental. Tal dificuldade estaria no sentido de que não há atualmente um sistema inteiramente puro. Na prática, todos os sistemas processuais concretos já seriam híbridos, na medida em que cada um incorporou diferentes elementos do outro, de um amplo menu de opções e institutos. Não obstante, a dicotomia acusatório-adversarial ainda é bastante utilizada como ferramenta conceitual útil para análise e descrição comparativa².

Com efeito, Damaška³ seguiu por um caminho diverso da tradicional análise comparativa, e buscou destacar a íntima relação entre os tipos de organização política de Estado e os modelos do processo judicial. Constatou que nos Estados em que predomina a concepção de implementação de políticas públicas (Estado de bem-estar social), o processo é normalmente um instrumento voltado para proporcionar um resultado substantivo correto, projetando valores estatais, como o interesse público, que deve servir de norte para fundamentação e prática dos institutos processuais. No campo criminal, nessa espécie de organização estatal, a administração da justiça não visa apenas resolver a disputa entre as partes, mas merece consideração na medida em

¹ MacEWAN, Jenny. From adversarialism to managerialism: criminal justice in transition. *Legal Studies*, Cambridge, v. 31, n. 04, p. 522, 2011.

² MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 32-33.

³ DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority. A comparative approach to the legal process*. Yale: Yale University Press, 1986.

que infração penal implica na quebra das políticas estatais subjacentes. Ao lado desse Estado ativista, é apontada a presença de outro tipo, os Estados reativos, onde o foco é de manter apenas os marcos para a integração social, sem penetrar nas relações sociais, proporcionando um apoio mínimo dentro do qual os cidadãos perseguem os seus próprios objetivos. Aqui, o processo é voltado para a resolução de conflitos e não está inserido dentro da ótica de implementação de programas de melhorias morais e materiais para os cidadãos.⁴

Mais afinado ao primeiro modelo de Estado, temos os sistemas processuais do *civil law*, que estabelecem, com maior ou menor extensão, iniciativa instrutória ao tribunal. No segundo modelo, temos os países de tradição anglo-americana, que estabelecem um julgador passivo diante do protagonismo das partes.

Nos sistemas continentais, sedimentou-se a ideia de que a existência dos poderes instrutórios do juiz penal decorre da própria concepção pública de processo, como mecanismo de pacificação social através de um julgamento justo. Tem-se aqui que a decisão justa somente pode advir após uma investigação profunda do fato histórico sujeito a julgamento. Nesta tarefa, o juiz teria papel fundamental, na medida que seus poderes instrutórios serviriam para alargar as bases fáticas para correta apreensão do caso, e superar eventuais omissões e ardis das partes na produção de provas. Assim, partem da consideração de que o afastamento do juiz da arena probatória implicaria no completo desvirtuamento do processo continental, que de uma justiça material passaria a ostentar apenas a condição de uma justiça procedimental de feições adversariais, onde as partes é que têm a missão de definir o alcance do julgamento.

De fato, os poderes instrutórios do tribunal trazem à reflexão a sua relação com o caráter público do processo e o alegado contributo na busca da verdade, contudo, também trazem à tona a situação de um potencial conflito ou indeterminação de papéis entre os sujeitos processuais, com risco de quebra da imparcialidade do julgador.

Não obstante o processo reformado ter atribuído à condução da investigação preliminar e o aforamento da acusação ao Ministério Público, criado artificialmente justamente para esta finalidade, a fim de que o responsável pelo ajuizamento da ação penal fosse agente distinto do julgador, no que se atine à

⁴ DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. *University Pennsylvania Law Review*. Filadélfia, v. 121, n. 3, p. 506-588, 1973.

instrução processual, praticamente nada mudou estruturalmente em relação ao antigo processo inquisitivo. O juiz permanece com domínio completo do processo, recebendo na totalidade os autos da investigação preliminar/inquérito, com base nos quais decidirá se há justa causa em desfavor do acusado para o início da ação penal. Após, dirigirá a audiência de instrução e julgamento com os autos da investigação preliminar em mãos, utilizando-os como diretriz na condução de seu trabalho, tendo ainda o poder de produzir provas autonomamente para, em seguida, proferir a sentença final. É verdade que o Ministério Público e o acusado, através de defensor, podem contribuir nas referidas atividades, mediante o contraditório, mas possuem uma função apenas lateral, que não é suficiente para descaracterizar a função inquisitorial do juiz que tanto dirige, produz provas e decide em caráter final.

Argumenta-se que sem a iniciativa probatória *ex officio*, o ideal de processo justo estaria comprometido na medida em que um pronunciamento judicial tivesse que recair sobre um acervo probatório mutilado por interesse, negligência, ardid ou mesmo incapacidade das partes. Daí, que o juiz não poderia estar adstrito às provas apresentadas pelas partes, devendo ir além em busca de material probatório para expandir as bases do julgamento, já que, como dito, um julgamento justo dependeria de uma precisa verificação do fato histórico.

Por outro lado, em função da imparcialidade, como qualidade imanente da jurisdição, o órgão judicial deve manter-se sempre equidistante dos interesses envolvidos no conflito. O impulso probatório do julgador, ainda que permeado por boas intenções e pelo motivo de reunir mais material para aumentar as bases para a decisão, pode acabar por transmudar em uma hipótese pessoal de reconstrução do fato, em uma atitude psicológica apta a comprometer a objetividade dos fatos. Conforme já prelecionou Cordero⁵, a atribuição de poderes probatórios ao julgador conduz a um quadro mental de paranoia, onde haveria uma prevalência das hipóteses sobre os fatos. O juiz primeiro decide e depois vai atrás dos fatos que justificam a decisão. Na mesma linha, conforme preleciona Geraldo Prado⁶, a ação do julgador visando a produção de material probatório é precedida da consideração psicológica de que rumo que o referido material, se efetivamente incorporado aos autos, possa resultar. Nesta senda, o juiz ao deflagrar os poderes instrutórios tem um prognóstico

⁵ CORDERO, Franco. Guida alla Procedura Penale. Torino: Utet, 1986, p. 51.

⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p. 136-137.

mais ou menos seguro de que consequências a prova trará para a definição do fato discutido, o que representa uma tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.

Como se vê, a iniciativa instrutória do julgador penal encontra-se em um cenário bastante desafiador, marcado pelo conflito de interesses do processo penal, entre imparcialidade, de um lado, a busca da verdade e o caráter público do processo, de outro, o que nos convoca à reflexão que move a presente investigação.

Neste ambiente, acrescente-se o experimento de Schünemann, a ser explorado no bojo desta dissertação, apto a lançar robusto golpe nos poderes probatórios do julgador, colocando em xeque o argumento principal de que a presença destes no processo penal representa uma função primordial à salvaguarda da justiça da decisão. Partindo do formato da audiência de instrução e julgamento no processo penal alemão, mas com igual valia em relação aos casos português e brasileiro, que permitem o contato do juiz com os autos da investigação preliminar, o eminente professor alemão teceu profundas críticas aos fundamentos dos poderes instrutórios do juiz criminal, na medida em que sinalizou que o ganho de efetividade deste instituto não se verifica na prática, uma vez que atividade instrutória judicial já vem em grande parte atrelada ao rumo já traçado pela investigação preliminar, em regra, produzido sem participação efetiva da defesa. Em verdade, o experimento parece indicar que o juiz, com funcionário público, tende a atuar em favor da versão estatal dos fatos.

Partindo destas considerações, e também do marco normativo constitucional expresso ou implícito das Constituições dos Estados português e brasileiro, que impõe a adoção do modelo acusatório para o sistema processual penal⁷,

⁷ No caso português, cumpre destacar que por força de dispositivo expresso de sua Constituição, o sistema processual penal deve assumir estrutura acusatória. Constituição Portuguesa, Art. 32, n. 5: “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório”. No que respeita ao sistema brasileiro, inexistente na respectiva Constituição disposição expressa estabelecendo o sistema acusatório. Contudo, tem-se entendido, inclusive, por força de diversos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, que o modelo brasileiro é também acusatório, não só em decorrência da outorga da privatividade da ação penal pública ao Ministério Público, como pela previsão de diversas garantias processuais. Neste sentido: Acórdãos do Supremo Tribunal Federal brasileiro: 1) “(...) A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes.(...) (STF -ADI 5104 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)”. 2) “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISICÃO DE

investigaremos se a postura do juiz que detém poderes para introduzir provas no processo penal pode desnaturar o sistema acusatório, ou este já estaria assegurado apenas com a previsão de ajuizamento da ação penal por sujeito diverso do juiz, em um ambiente de respeito a direitos e garantias individuais, como contraditório e ampla defesa. Assim, teremos o objetivo principal de verificar se o sistema acusatório pode conviver com um juiz atuante em tema probatório, especialmente, sem tensões significativas com a imparcialidade do julgador.

Neste desiderato, seguiremos a razão de ordem que cremos ser a indicada a trazer mais alguns argumentos relevantes para uma aproximação de respostas mais seguras a tais questionamentos.

De início, abordaremos os sistemas processuais ocidentais e os respectivos modelos de prova, com uma breve digressão histórica que nos permitirá apreender a atual dicotomia entre os modelos adversarial e inquisitorial, e que de maneira estes implicam em uma atitude de passividade ou atividade do juiz no campo probatório. Apresentaremos, ainda na parte relativa à apresentação dos sistemas processuais, os modelos sociais de Parker e os modelos ideais de administração da justiça de Damaška, com seus contributos para a correta aferição das configurações essenciais dos sistemas processuais, especialmente, no tocante à gestão de prova, bem como considerações sobre uma possível superação da referida dicotomia pela ideia do *fair*

INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA. 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida.(STF- HC 115015, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 11-09-2013 PUBLIC 12-09-2013)”. “3) HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA. 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida.(HC 115015, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 11-09-2013 PUBLIC 12-09-2013)”.

trial em dimensão conferida pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Humanos - TEDH.

Em seguida, o foco será a apresentação dos poderes oficiosos do julgador penal em matéria de prova, especificamente, os princípios da sua base argumentativa, que prestigiam, em linhas gerais, a busca da verdade material como um valor legitimador da atividade judicial, na medida em que não se poderia prescindir da ideia de que uma decisão só é justa na medida em que está embasada em um conjunto probatório apto a revelar, com maior proximidade possível, todas as nuances do fato histórico submetido a julgamento. Neste ponto, também procuraremos extrair, com supedâneo na referida base teórica, se a atividade probatória do tribunal possui caráter obrigatório ou facultativo, bem como, se deve ocorrer de forma concorrente com os demais intervenientes do processo penal, ou apenas deverá ser eclodida em caráter suplementar à atividade inicial e principal da acusação e da defesa.

Já nesta altura do trabalho, verificaremos que os defensores dos poderes instrutórios do julgador já têm a percepção da certa tensão existente entre esta atividade judicial e outros princípios do processo penal, especialmente, a imparcialidade, o que implica na necessidade de expor no presente trabalho as construções doutrinárias que propuseram uma tentativa de harmonização diante do potencial conflito, que defendem a necessidade da permanência do referido instituto desde que sob a estrita observância de certos condicionantes, nomeadamente, que se revista de um caráter subsidiário e sob as balizas do contraditório.

Em continuidade, a dissertação cuidará de expor a insuficiência da referida posição teórica de harmonização, pela identificação de inúmeros problemas causados por ocasião da operação dos poderes instrutórios pelo tribunal, especialmente, quanto à imprecisão do momento de sua deflagração, à impossibilidade de controle, além de uma aparente primazia que a prova determinada pelo próprio juiz acaba por ter em confronto com as demais provas produzidas pelos demais sujeitos processuais. A prova assim produzida já poderia ser considerada mais isenta e em decorrência, assumir uma primazia no cotejo probatório.

Discorreremos, ainda nesta fase, sobre os problemas de conciliação entre a ação instrutória do tribunal e o princípio da presunção da inocência, na medida em que o juiz ao ir em busca de provas para sanar pontos duvidosos poderia participar da desconstrução da referida presunção. O juiz, de posse do material probatório produzido na investigação preliminar, o qual foi construído em regra de forma

unilateral pela polícia ou Ministério Público, ao deparar-se com um acusado que nega os fatos, e coloca em prática seus poderes oficiosos de produção de prova, na verdade, poderia acabar por assumir, de fato, uma posição equivalente a de parte contrária a do acusado.

Assim, já no foco principal do trabalho, vamos discorrer sobre se o juiz deve, ou não, ser dotado de poderes oficiosos de produção de provas, ainda que subsidiariamente, ou se tal tarefa deve ser exercida exclusivamente pelas partes, aqui entendida como Ministério Público e a defesa. De igual forma, iremos indagar se, concretamente a presença de poderes instrutórios do julgador representa um ganho efetivo na busca da verdade, isto é, se, na realidade forense, tais poderes contribuem efetivamente para este objetivo, bem como se a atividade probatória do tribunal pode ser deflagrada sem representar ofensas a imparcialidade e outros princípios processuais.

1. Sistemas processuais ocidentais e modelos de prova

Neste tópico não se buscará aprofundar, por escapar dos limites do presente trabalho, a história dos sistemas processuais e nem enveredar pelas raízes profundas ditas por Foucault, “a forma pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades”.⁸

Em verdade, uma breve digressão histórica permitirá compreender o modo como as diversas comunidades resolviam suas questões penais, o que nos auxiliará na tarefa de compreender o modo como evoluíram e optaram atualmente por modelos processuais diversos.

Frise-se que a análise comparativa com o escopo de investigar diferentes modelos processuais é uma tarefa árdua, tendo em vista a ausência de precisão clara a respeito na doutrina de seu núcleo diferenciador, não só pelas disparidades dos critérios de identificação, como também pelo apego a certos enfoques, que partidários de um determinado sistema acabam por se concentrar e privilegiar, em detrimento de outros eleitos como mais importantes por partidários do sistema diverso. Assim, não se pode deixar de destacar que, não raro, a análise dos sistemas processuais vem impregnado por imprecisões interpretativas dos institutos processuais e de certa parcialidade, que acabam por refletir em descrições que privilegiam as qualidades de um sistema doméstico em detrimento de outro.

Já advertiu Vogler que parte da responsabilidade por essa imprecisão classificatória deve ser atribuída ao deficiente empenho histórico da comunidade acadêmica em fornecer qualquer orientação consistente ao processo de justiça criminal. Em contraste com o extenso e inovador trabalho sobre direitos humanos, direito penal e criminologia, o campo do processo penal não goza de tão acurado grau de discussão e continua a ser dominado por debates estéreis e ateóricos sobre a suposta oposição entre diferentes sistemas de justiça. Sem uma compreensão melhor e mais sofisticada dos princípios de funcionamento do processo penal, poucos progressos podem ser feitos e os programas nacionais de reforma continuarão a ser desenvolvidos isoladamente e sem orientação teórica satisfatória.⁹

⁸ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999. p. 11.

⁹ VOLGER, Richard. *A World View of Criminal Justice*. New York: Routledge, 2016. p. 2.

A discussão torna-se ainda mais complicada na medida em que a literatura do direito comparado adiciona, além dos rótulos mais comumente utilizados, *inquisitorial* e *adversarial*, outros termos como *acusatório* ou *acusatório misto*.

Não obstante, a capacidade de rendimento da análise comparativa ainda persiste e pode ser útil como ferramenta para delinear os traços gerais de diferentes tradições de direito processual. A comparação ainda pode resultar em maior ganho na medida em que possa resultar na construção de certos padrões em questões mais pontuais, como na identificação mais clara de diferentes métodos de obtenção e análise de prova ou da evidência.¹⁰

Neste norte, faremos uma breve digressão sobre a evolução dos sistemas processuais, não com o objetivo principal de aprofundar sobre a comparação em geral, mas apenas na medida em que nos fornecerá bases para as considerações a seguir sobre os sistemas de obtenção da prova, e sobre o papel dos intervenientes processuais na gestão da prova, especialmente, no tocante aos poderes instrutórios do juiz penal.

¹⁰ BILLIS, Emmanouil. *Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015, p. 63-65.

1.1. Breve esboço histórico

As raízes do processo acusatório remontam à Antiguidade, nomeadamente, Grécia e Roma. Com algumas variações de tempo e lugar, havia, em síntese, um sistema acusatório popular, onde o cidadão ofendido propunha a querela e era responsável pelo seu desenvolvimento perante um tribunal também popular a quem incumbia o julgamento final com nítida feição arbitral.

Na Alta Idade Média (séculos V a IX), o modelo ainda permaneceu acusatório, mediante iniciativa por uma queixa particular, onde a resolução de conflitos poderia ocorrer a partir da compra do direito de vingança ou na reparação do dano causado, não havendo uma clara distinção entre questão civil ou penal (*Friedensbruch*).¹¹

Nesta fase, devido a descentralização política a partir da queda do Império Romano, o direito germânico consuetudinário assumiu grande importância. Neste sistema, destacava-se o seu peculiar modelo probatório, que ao invés de resolver o caso a partir de provas, valia-se de signos exteriores (luta, duelo, juramentos, por exemplo) que apontavam qual a parte vencedora.¹²

Neste sistema da prova, não se tratava propriamente da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária. O indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela. Se renuncia, perde o processo de antemão; produzindo a prova, vence ou fracassa. Não há outra possibilidade. Uma outra característica é que a prova termina por uma vitória ou por um fracasso. Há sempre alguém que ganha e alguém que perde; o mais forte e o mais fraco; um desfecho favorável ou desfavorável. Aqui não há lugar a algo como uma sentença editada por um terceiro. No fundo, trata-se sempre de uma batalha, e o processo é uma ritualização regulamentada da guerra.¹³

Na Baixa Idade Média, com o paulatino surgimento de um Estado mais forte e centralizador, ao lado da Igreja, surgiu a necessidade do poder público assumir a aplicação da justiça, não mais se revelando interessante deixar esta tarefa a cargo da vontade e dos interesses de particulares. A consolidação do poder do monarca absolutista exigia diretamente que a administração da justiça fosse controlada por

¹¹ AMBOS, Kai. El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (org.) *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 53-54.

¹² MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. v. 1. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996, p. 264-265.

¹³ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 60-62.

funcionários públicos, para fins de melhor salvaguardar os interesses públicos. A dimensão do conflito não se cingia a dimensão de apenas um dano que um indivíduo causava a outro. Difundiu-se a ideia que o fato delituoso não operava apenas um prejuízo a um lesado específico, mas implicava, com maior intensidade, uma ofensa ou infração ao próprio Estado.

Surgiu, assim, o sistema inquisitivo, que teve como marco de partida o Quarto Concílio de Latrão (1215), sob o papado de Inocêncio III, cujas disposições relativamente aos crimes como de heresia, blasfêmia e adultério, serviram de norte para sucessivas regulamentações de persecução penal. Tal disciplina foi paulatinamente transplantada para o direito comum, para abranger outras espécies de delito, cuja apuração competia ao Estado.¹⁴

Neste sistema, como a repressão criminal era marcada por indisponível interesse público e de competência exclusiva do Estado, o processo prescindia da iniciativa do particular. A mera ocorrência de um fato, ou até mesmo a má fama do indivíduo, eram suficientes para deflagrar uma investigação de ofício, que tinha como objetivo principal a descoberta da verdade material acerca do fato lesivo aos interesses do Estado.

O processo era apenas uma relação criminal a estabelecer-se entre o Estado e o réu. Do lado estatal, estava o juiz, que não era apenas o responsável pelo julgamento, mas era, simultaneamente, o acusador e inquiridor. A promoção processual em todos os seus aspectos era *ex officio* e seguia a plena discricionariedade do juiz, que atuava em todo o domínio do processo, não só na definição do objeto como na forma de seu processamento. Não havia repartição entre as funções de acusar e julgar, implicando em grave comprometimento da imparcialidade do julgador.

Do outro lado, estava o acusado em uma posição de extrema vulnerabilidade. Era visto como mero objeto do processo, e não como sujeito de direitos. Em razão disso, sobre ele poderiam recair diversas formas de coação com o fim de obter provas, situação que redundou na institucionalização da tortura. O objetivo a ser perseguido era obtenção da confissão. Acreditava-se que o imputado era o depositário de uma verdade que deveria ser aferida a qualquer custo, de forma que a confissão era a vista como a prova mais importante, eis que a mais propícia a

¹⁴ NEVES, Castanheira A. *Sumários de Processo Penal*. Coimbra: 1968, p. 22-24.

revelar a verdade real. É certo que a implantação de um rígido sistema de provas legais, militou em favor do arguido, estabelecendo-se como praticamente a única garantia oferecida contra o arbítrio judicial. O quadro completa-se com a admissão dos institutos *crimina extraordinaria* e da *absolutio ab instancia* (na falta de provas, evita-se o caso julgado material em favor da defesa e permite a reabertura do processo).

Este modelo processual recebeu sua acabada consagração legislativa, com pleno desenvolvimento, com o advento dos códigos processuais dos Estados modernos, a exemplo do germânico *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 e do francês *Code Louis, l'ordonnance criminelle* de 1670.¹⁵

É preciso destacar que o modelo acusatório não desapareceu por completo nesta época de predomínio do sistema inquisitivo. O sistema acusatório permaneceu vigente no sistema inglês, como também na própria Europa continental, onde convivia paralelamente com o inquisitivo, no mesmo sistema jurídico. A depender do objeto a ser julgado, a querela por iniciativa do particular persistia, embora progressivamente foi perdendo relevância, do lado continental, até ser restringida a casos excepcionais.

O processo inquisitivo, sob diversas modalidades, manteve-se como modelo dominante na Europa continental por mais de cinco séculos. Com a Revolução Francesa, inspirada em ideais liberais que afloraram com o Iluminismo, o cidadão assume relevância e é colocado como centro do sistema político através do reconhecimento dos direitos fundamentais.¹⁶ O cidadão passou a integrar os órgãos judiciais com a instituição do Tribunal popular do júri, instrumento concebido para proteção do cidadão frente ao arbítrio e abuso de poder das autoridades estatais. A inspiração foi o modelo inglês vigente à época, herdeiro do modelo acusatório da Roma e Grécia clássicas. Paralelamente, a partir da instituição do Júri, quase como decorrência lógica, advieram a oralidade, o contraditório, a publicidade e o direito de defesa.

Neste norte, uma das mais insistentes reivindicações político-jurídicas assumidas pela Revolução Francesa, e que havia de ganhar depois toda a Europa, foi decerto a reforma do processo criminal, como símbolo do arbítrio estatal e sua proposta exclusiva de prevenção geral através de um verdadeiro terror repressivo.

¹⁵ VOGLER, Richard. *A World View of Criminal Justice*. New York: Routledge, 2016, p.23.

¹⁶ ILLUMINATI, Giulio. El Sistema Acusatório en Italia. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (org.) *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 141.

A Declaração dos Direitos do Homem estabeleceu princípios da envergadura da presunção da inocência do arguido até prova em contrário, com o significado prático de abolir atitudes no processo penal então vigentes que viam nas atividades de defesa apenas manobras impeditivas da ação punitiva estatal, e que concorriam, inclusive, para a legitimação do uso da tortura, na tentativa, a todo o custo, em prol da incriminação.

Não menos fundamental, era adoção de aspectos de estrutura processual de inspiração no processo criminal inglês, com a previsão de participação dos leigos no Tribunal do Júri) e simultaneamente, a publicidade e a oralidade, em oposição ao carácter secreto do processo inquisitória e à sua forma escrita, respectivamente. No mesmo norte, da prova legal, foi instituído o princípio da prova livre, com base na livre convicção do julgador.

Nesta altura, adveio o *Code d'instruction criminelle* de 1808, com a previsão de um estatuto da magistratura do Ministério Público, encarregado da averiguação preliminar (instrução preparatória) e da formulação da acusação. Evitando uma estrutura puramente acusatória para que o processo criminal tendia através sobretudo do "júri", criou assim as bases para um processo misto (inquisitório e acusatório) em que se procura conciliar e realizar simultaneamente os interesses da sociedade na repressão eficaz e do arguido.

Essa experiência acusatória teve contramarchas com as grandes codificações do século XIX. Embora se possa extrair natureza predominantemente inquisitiva, os códigos criminais desta época, com inspiração no *Code d'instruction criminelle* de 1808, tiveram o mérito de terem contribuído para construção das bases dos atuais sistemas processuais, qualificados como “mistos, ao dividir o procedimento criminal em duas fases: uma investigativa, destinada a colher provas acerca do delito, de cunho marcadamente inquisitivo; e outra, judicial, deflagrada após haver acusação formal após análise do material probatório colhido na etapa investigativa, de natureza mais acusatória.

Os sistemas seguiram se aperfeiçoando, mas ainda com predomínio de traços do sistema inquisitivo. Após a Segunda Grande Guerra Mundial, marco histórico a partir do qual, paulatinamente, foram editadas as Constituições cidadãs e as Declarações Internacionais sobre o Direito do Homem, acompanhadas por inúmeros Tratados internacionais sobre a matéria.

Assim, os sistemas passaram a estabelecer expressas garantias ao acusado, através do fortalecimento do direito de defesa, como a proteção contra a autoincriminação, a fundamentação das decisões, o juiz independente e imparcial, entre outros. Assim, as leis processuais passaram a se inclinar em favor de um modelo acusatório, mais moderno e harmônico com um ordenamento jurídico democrático, muito embora tenha havido marchas e contramarchas sequenciadas por reformas legislativas nos diversos procedimentos criminais¹⁷. Contudo, percebe-se uma autêntica ruptura com o viés mais autoritário que tinha como paradigma o acusado como mero objeto do processo. O indivíduo, como sujeito com garantias e direitos processuais, foi a conquista indelével dos sistemas processuais modernos continentais.

Destaque-se que o modelo inquisitorial avançou em países que buscaram substancialmente fontes nos sistemas jurídicos continentais, incluindo a antiga União Soviética, países socialistas do bloco soviético.

Paralelamente à evolução dos sistema processual continental, a Inglaterra seguiu por uma trilha nitidamente distinta, na formatação do *common law* e seu corolário modelo de justiça adversarial, herança de um sistema acusatório puro, historicamente estabelecido no Reino Unido, seu local de nascimento, e em suas colônias, incluindo os Estados Unidos e o Canadá na América do Norte; Índia, Paquistão, Cingapura, Malásia e Hong Kong na Ásia; Austrália e Nova Zelândia no sul do Pacífico; e nações como Nigéria, Uganda, Quênia e Tanzânia na África.

Essas linhas divisórias históricas sofreram algumas rupturas nas últimas décadas. Muitos países que tradicionalmente mantiveram os sistemas com traços predominantemente inquisitórios, passaram a adotar muitas das características dos sistemas adversários. Na América Latina, por exemplo, que herdou o sistema inquisitorial do seu legado colonial ibérico, sofreram reformas processuais através da adoção de institutos adversariais, com a Argentina, várias províncias da Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Chile, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, muitos estados no México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Venezuela. O Panamá iniciou o processo gradual de transição para um modelo adversário em 2011 e uma decisão da Corte constitucional mexicana estabeleceu que todos os sistemas de

¹⁷ MARAFIOTI, Luca. Italian Criminal Procedure: a system caught between two traditions. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter (org.). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and Internacional Context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaska*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 81 e seguintes.

justiça criminal estaduais e federais mexicanos sejam mais aproximados de um modelo adversário.¹⁸

Realizado o assentamento das vigas mestras dos principais modelos processuais da tradição ocidental, através de um esboço histórico de sua evolução, buscaremos investigar, no item subsequente, os elementos distintivos mais seguros nesta tão intrincada dicotomia.

¹⁸ PULECIO-BOEK, Daniel. The geneology of prosecutorial discretion in Latin America: A comparative and historical analysis of the adversarial reforms in the region. *Richmond Journal of Global Law and Business*. Richmond, v. 13, p. 87-89, 2014.

1.2. A dicotomia Adversarial/Inquisitorial

Não obstante a intensa discussão doutrinária do que vem a configurar um determinado sistema processual, tem-se como usual que o termo inquisitivo adquiriu uma significação acentuadamente negativa, ao ponto de que ao se rotular uma determinada atuação processual como inquisitiva, está-se pejorativamente identificando-a com processos medievais e com práticas abusivas. De outro plano, o termo acusatório ou adversarial é erigido em símbolo da modernidade, sempre associado com o respeito aos direitos e garantias fundamentais¹⁹.

Essa concepções de identificação dos sistemas processuais com destaque para as qualidades negativas do sistema inquisitivo, foi lembrada por Langer, ao citar Faustin Hélie e Mittermaier, na qual asseveram que o sistema adversarial é rotulado como um processo criminal controlado pelas partes, com o tribunal como árbitro passivo, conduzido em julgamento público e oral através do júri, cujo jurados podem avaliar livremente a evidência, de acordo com suas impressões sobre o caso, e dar o veredicto geralmente irrecorrível. Em contrapartida, o sistema inquisitorial é concebido como um processo criminal controlado pelo tribunal, no qual investiga e julga, conforme ordem tarifada de provas, onde a confissão do arguido é a mais importante. O rito é escrito, secreto e conduzido por juízes profissionais²⁰.

É evidente que o apego a determinada rotulação não enfrenta adequadamente o problema, eis que extrai características gerais dos modelos com base apenas em modelos teóricos ideais ou os remete a períodos históricos estanques, sem valorizar a paulatina evolução dos modelos ao longo dos tempos.²¹

Com efeito, há certo consenso em se definir o modelo acusatório como sendo aquele onde as funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a atores processuais diversos, e, a *contrario sensu*, quando tais funções não estão bem distribuídas, havendo sobreposições ou acumulações destas em um mesmo sujeito, diz-se que o sistema é inquisitivo.

¹⁹ NIEVA-FENOLL, Jordi. The bad reputation of the inquisitorial principle. *Justicia*. Valliriana, n.1, p. 135, 2014..

²⁰ LANGER, Maximo. Strength, weakness, or both? On the endurance of the adversarial-inquisitorial systems in comparative criminal procedure. In: THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 529-533.

²¹ AMBOS, Kai. El Principio Acusatorio y El Proceso Acusatorio: Un Intento de Comprender su Significado Actual desde la Perspectiva Historica. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (org.) *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 49 e seguintes.

Neste ponto, cabe trazer à discussão as considerações de Montero Aroca²² no sentido de que o processo inquisitivo sequer pode ser qualificado como processo, sendo o seu emprego uma *contradictio in terminis*. Assevera que o elemento básico para se qualificar algo como processo é a presença de um juiz como um autêntico terceiro independente e imparcial, colocado em equidistância das partes, e que dá solução final ao conflito. Assim, como no modelo inquisitivo não se encontra essa concepção de juiz, havendo uma mescla ou imprecisão das funções de investigar, acusar e julgar, não há que se falar em um autêntico processo neste modelo.

Seja como for, a separação entre as tarefas de investigar, acusar e julgar, embora seja pedra de toque do modelo acusatório, é bastante resumida e não traz uma definitiva contribuição na medida em que, atualmente, em praticamente todas nações ocidentais, há esta divisão de funções entre diversos sujeitos. Assim, é preciso investigar mais elementos identificadores capazes de delinear, com relativa precisão, cada um dos modelos ou sistemas. Esta tarefa é assaz árdua.

Lorena Bachmaier Winter afirma que a definição do que seja processo acusatório ou inquisitivo nunca foi unívoca, porquanto não se registrou na história um processo de referência puro em que pudesse se enquadrar esses modelos²³.

Essa dificuldade se acentua na medida em que historicamente os sistemas inquisitivos e acusatório sofreram influências recíprocas, nomeadamente nos países do *civil law*. Por exemplo, são apontados como parte integrante do modelo teórico do processo acusatório, a separação rígida entre juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do julgamento; do outro plano, são associados ao modelo ideal inquisitório, a iniciativa do juiz no campo probatório, a disparidade entre os poderes da acusação e da defesa e o caráter escrito e secreto da instrução. Disto resulta que as diferenças entre sistema acusatório e inquisitivo no plano teórico não corresponde necessária e exatamente às distinções no campo histórico-prático. No aspecto histórico, o sistema acusatório não desconheceu características de origem inquisitorial como: investigação por órgãos oficiais, sujeição do responsável pela acusação ao Poder Executivo e ausência de motivação dos julgamentos pelo Tribunal do Júri, entre outras. Ao modelo inquisitivo também

²² MONTERO AROCA, Juan. Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un slogan político. In: COLOMER, Juan Luis Gómez (org). *Prueba y Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 22.

²³ BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio Versus Inquisitivo, Reflexiones acerca del Proceso Penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (org.) *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 13.

podemos creditar a criação de parâmetros de julgamento com base de provas racionais, rito processual, e outros, institutos hoje concebidos como de íntima correlação com o sistema acusatório.

Saliente-se, ainda, uma observação de Foucault ao afirmar que o inquérito advindo da formatação do sistema inquisitivo na Baixa Idade Média, permitiu, pelo seu modo de investigação em forma de descrição e catalogação, o futuro desenvolvimento de diversas áreas do saber, com destaque para o conhecimento social e econômico²⁴.

Maximo Langer, a seu turno, aponta que a doutrina de direito comparado contemporâneo vem utilizando várias concepções teóricas para distinguir os modelos acusatório e inquisitivo, e fez uma espécie de síntese do estado atual da doutrina comparativa a respeito dos critérios utilizados na diferenciação dos modelos²⁵.

Nesta linha, um primeiro uso teórico classificatório, concebe-os como ideais descritivos. Embora nenhum processo penal atual contenha todas as características desse tipo ideal, o objetivo central é ao menos apontar as características mais importantes de cada um deles. Neste aspecto, para uns, o ponto chave da diferenciação seria a contraposição que existe em processo em que há uma contenda entre partes e um que se funda em uma investigação oficial conduzida por funcionário judicial; outros, indicam que o cerne é procedimento oral verso o escrito; os que possuem juízes leigos e os que apresentam juízes profissionais; entre outras. Essa forma de teorização tem o mérito de descrever os traços predominantes das regras e práticas de um determinado processo penal. Por outro lado, esse critério falha ao perceber e distinguir inúmeros fenômenos processuais que não podem ser incluídos *a priori* em nenhum destes modelos.

Um segundo sentido, ainda conforme o mesmo autor, concebe o modelo acusatório e inquisitivo como sistemas históricos ou sociológicos presentes em processos penais concretos, considerando as características gerais de cada sistema de jurisdição (*civil law* e *common law*) em determinado momento. Investigam todas as jurisdições continentais europeias e anglo-saxônicas e buscam verificar as práticas e regras processuais, entre os quais os princípios e fundamentos que se sobressaem,

²⁴ FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005. p. 77.

²⁵ LANGER, Maximo. La Portée des Catégories accusatoire et inquisitoire. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 4, p. 711, 2014.

para fins de alcançar o denominador comum, que vai definir o que seja um sistema acusatório ou inquisitivo.

Já em uma terceira categoria, a discussão do binômio inquisitivo-acusatório refere-se as finalidades que determinado processo penal pretende levar a cabo. Parte-se do funcionalismo do direito penal que vai refletir no âmbito do processo como instrumento para operacionalizar as suas diretrizes materiais. Assim, se o processo está estruturado, por exemplo, para obter admissões de culpabilidade, estar-se diante de modelos inquisitivos, do contrário, se não estejam assim vocacionados, teremos um sistema acusatório.

Uma quarta conceituação teórica, o termo acusatório e inquisitivo é utilizado como modelos normativos. Partem-se de um conjunto de princípios e regras, que vão transparecer no conjunto de categorias processuais de determinado processo.

Não obstante tais considerações, observa-se que a história jamais revelou um sistema processual inteiramente puro. São precisas as lições de Mendes²⁶, no sentido de que para compreender com maior clareza os matizes de cada um dos sistemas, é sempre útil recorrer a modelos históricos que mais se destacaram, sem se perder em uma descrição exaustiva.

De fato, embora no plano prático não existam sistemas processuais totalmente puros, é possível, no plano teórico, estabelecer as linhas mestras dos diversos sistemas, diante dos traços que predominam em cada um deles. Comparativamente, é como um estilo de construção ou conjunto arquitetônico, onde uma determinada construção pode ser enquadrada, embora sempre, em menor ou maior grau, tenha outras características divergentes que podem isoladamente ser categorizadas em outro estilo²⁷.

Muitos autores associam os sistemas processuais sob aspectos específicos que entendem como fundamentais para a devida diferenciação: processo dirigido por partes *versus* processo dirigido por agentes estatais (Boyne²⁸, Grande²⁹, Hodgson³⁰,

²⁶ MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 21.

²⁷ DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 05.

²⁸ BOYNE, Shawn Marie. Procedural economy in pre-trial procedure: developments in Germany and the United States. In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 219-257.

²⁹ GRANDE, Elisabetta. Rumba Justice and the Spanish jury trial. In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 365-395.

Iontcheva Turner³¹ e Thaman³²); tribunais passivos *versus* tribunais ativos (Grande³³, e Wen; Leipold³⁴); garantias processuais fortes *versus* garantias processuais deficitárias (Hodgson³⁵ e Mazzone³⁶); procedimento oral *versus* escrito (Iontcheva Turner³⁷ e Thaman³⁸); julgamento por júri *versus* julgamento por juízes profissionais (Cohen³⁹ e Grande⁴⁰); limitada *versus* ampla recorribilidade dos veredictos (Cohen⁴¹ e Iontcheva Turner⁴²).

No sistema acusatório, há a separação nítida entre as funções processuais (acusar e julgar), e a definição do caso ocorre com base no confronto entre as partes, a quem incumbe, com exclusividade, não só a definição do objeto a ser apreciado, como também toda a dinâmica probatória. Já no sistema inquisitivo, as diferentes funções processuais não estão atribuídas a sujeitos processuais diversos, e a definição do caso dá-se por investigação estatal, com base em um levantamento mais exaustivo possível dos fatos, com vistas à uma reprodução mais fiel da realidade histórica⁴³.

Considerando que, conforme observação de Bachmaier Winter⁴⁴, não há mais modelos puros, estando estes remetidos a momentos históricos não muito bem precisos, deparamos atualmente com sistemas processuais concretos oriundos de derivações dos arquétipos dos modelos acima referidos.

³⁰ HODGSON, Jacqueline S. From the Domestic to the European: an empirical approach to comparative custodial legal advice. In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 258-279.

³¹ TURNER, Jenia Iontcheva. Limits on the Search for Truth in Criminal Procedure: Comparative View. In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 35-74.

³² THAMAN, Stephen C. Ensuring the factual reliability of criminal convictions: reasoned judgments or a return to formal rules of evidence. In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 75- 114.

³³ GRANDE, Elisabetta. Ob. cit. p. 365-395.

³⁴ WEN, Tzu-te; LEIPOLD, Andrew D. Mechanism of screening prosecutorial charging decisions in the United States and Taiwan. In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 161-190.

³⁵ HODGSON, Jacqueline S. Ob. cit. p. 258-279.

³⁶ MAZZONE, Jason. Silence, Self-Incrimination, and hazards of globalization. In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 308-363.

³⁷ TURNER, Jenia Iontcheva. Ob. cit. p. 35-74.

³⁸ THAMAN, Stephen C. Ob. cit. p. 75-114.

³⁹ COHEN, Mathilde. The French case for requiring juries to give reasons: safeguarding defendants or guarding the judges? In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016. p. 422-451.

⁴⁰ GRANDE, Elisabetta. Ob. cit. p. 365-395

⁴¹ COHEN, Mathilde. Ob. cit. p. 422-451.

⁴² TURNER, Jenia Iontcheva. Ob. cit. p. 35-74

⁴³ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 8. ed. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 35-37.

⁴⁴ WINTER, Lorena Bechmaier. Acusatorio versus Inquisitivo. Reflexiones acerca del Proceso Penal. In _____ (org). *Proceso Penal y sistemas acusatorio*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 12-13.

Assim, tem-se que o sistema acusatório puro só possui ressonância nos países do *common law*, como na Inglaterra e Estados Unidos⁴⁵. Por outro lado, o sistema inquisitivo, em sua configuração originária, também está, de certa forma, banida dos países do *civil law*, tendo as legislações processuais continentais adotado um sistema denominado “misto”, com um arcabouço acusatório, mas permeado por institutos inquisitoriais.

Nos modelos mistos, há uma essência do modelo acusatório, contudo com traços do sistema inquisitivo. A estrutura acusatória fundamental encontra-se na separação das funções processuais por ocasião da dedução da ação penal, onde há uma acusação prévia formulada por um sujeito diferente daquele que vai julgar. E os traços inquisitivos, a seu turno, estão presentes tanto na fase pré-processual como também na fase de julgamento, com uma gestão da prova onde o juiz possui amplos poderes instrutórios.

Com efeito, a exata compreensão do sistema acusatório é perceber que o mesmo surgiu a partir da eliminação de elementos de traços inquisitivos do processo penal, que permitiram a conformação de um processo alicerçado na ideia de divisão de funções processuais, onde uma acusação perante um órgão judicial imparcial, seja formulada por sujeito diferente, e haja vinculação do julgador aos limites e objeto da acusação, em um processo cercado por garantias e direitos fundamentais.

Conforme sustenta Prado (2006) *apud* Cordero e Goldschmidt, são as regras do jogo que diferenciam o processo acusatório do inquisitório, onde este último admite que o resultado do processo possa ser alcançado a qualquer modo, pois nele prevalece o objetivo de realizar o direito penal, sem se importar tanto com outros aspectos, o contrário do processo acusatório onde a defesa dos direitos e garantias fundamentais do arguido contra a possibilidade de arbítrio do poder estatal no exercício do *jus puniendi* é vista como a pedra angular.⁴⁶

Destaque-se que os tribunais internacionais, apesar de esforço em adaptar-se a dois sistemas diferentes (anglo-saxão e continental), têm perfilhado um modelo mais afinado com a estrutura acusatória em seus procedimentos.⁴⁷

⁴⁵ MENDES, Paulo de Sousa. Ob. cit, p. 32.

⁴⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p. 104.

⁴⁷ JACKSON, John. Transnational Faces of Justice: Two Attempts to Build Common Standards Beyond National Boundaries. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter (org.).

1.3. Inserção dos sistemas processuais dentro dos modelos sociais de Packer e dos modelos ideais de administração de justiça de Damaška

1.3.1. O modelo de Packer

Um método comparativo de modelos de sistemas de justiça criminal, baseados em uma análise sociológica do direito, encontramos no trabalho de Herbert Packer⁴⁸. Nos últimos anos, a formulação deste autor tem sido replicada até pelos mais radicais e progressistas comentaristas, influenciando, por exemplo, o Relatório Global das Nações Unidas sobre Crime e Justiça de 1999 e uma sucessão de relatórios influentes do governo, tanto nos EUA quanto em diversos países da Europa Continental.⁴⁹

Com efeito, Packer apresenta dois arquétipos de justiça criminal que ele espera subsidiar as escolhas governamentais na implementação de políticas e práticas no âmbito das agências estatais que atuam nas várias etapas e ramos da justiça criminal. Para tanto, a depender da inclinação do governo sobre a forma como pretende controlar e prevenir o crime, e diante da necessidade de se resguardar garantias processuais ao acusado, o Estado pode trilhar por dois caminhos. Os dois tipos delineados são o *crime control model* (CCM) e o *due process model* (DPM).

Segundo o autor, o CCM exige que seja dada atenção primária à manutenção da ordem pública, mediante a eficiência gerencial no combate à criminalidade, com a previsão de instrumentos legais processuais capazes de identificar mais facilmente os suspeitos por crimes e responsabiliza-los. Para tanto, é imperioso dotar os órgãos estatais de poderes efetivos, nomeadamente, a polícia e o Ministério Público, com maior liberdade de ação na investigação e persecução penal, permitindo estabelecer uma colheita rigorosa de vasto material probatório a fim de que os estágios processuais subsequentes possam ser significativamente abreviados com o intento de responsabilizar mais rapidamente o infrator e estabilizar o sistema social. Neste leque de intervenção inicial, os referidos agentes estatais devem ser dotados de poderes similares à autoridade judiciária, permitindo o deferimento de medidas cautelares, a exemplo de busca e apreensão domiciliares e detenções

⁴⁸ PACKER, Hebert L. *The Limits of the Criminal Sanctions*. Stanford: Stanford University Press, 1968.

⁴⁹ VOGLER, Richard. *A World View of Criminal Justice*. Nova Iorque: Routledge, 2016. p. 6.

provisórias, tudo como importante elo do aparato de segurança pública. Neste modelo, portanto, o enfoque é a proteção dos interesses públicos, que se sobrepõe aos direitos e garantias do acusado⁵⁰.

O DPM, a seu turno, enfatiza a integridade dos direitos humanos, e que a responsabilização dos acusados em geral seja operada em um ambiente de processo penal equitativo, mediante a imposição de limites ao poder punitivo estatal. No dizer do autor, é um sistema orientado a um controle de qualidade no qual a confiabilidade do produto tem precedência sobre a eficiência com a qual ele é produzido. Esse modelo é baseado na presunção de falibilidade e erro dos órgãos estatais a frente da investigação e persecução penal, em uma espécie de desconfiança nos métodos praticados na esfera pré-processual, o que coloca em certo nível de tensão os profissionais com a atuação na área criminal, colocando de um lado, a polícia e o Ministério Público e, de outro, os juízes e advogados de defesa. Por isso, não são admitidas nesta espécie, que autoridades não judiciárias apliquem medidas cautelares, restritas apenas ao princípio de reserva de jurisdição e sempre em caráter de excepcionalidade.⁵¹

Não obstante, as principais críticas do exame comparativo levado a efeito por Packer centram na tese de que os modelos propostos não podem ser considerados como simplesmente bipolares ou antônimos, mas sim complementares, em que os interesses dos acusados e do Estado podem ser conciliados conforme critérios de política criminal. No dizer de Vogler, o modelo de controle do crime é um objetivo, enquanto o devido processo é um método, pelo que eles não podem ser considerados como opostos polares, e continuar a distinção é dar prioridade ao modelo que promete resultados sobre o modelo que meramente descreve um procedimento, o que não faria muito sentido⁵².

Não obstante, os modelos de Packer, ao extremar em dois pólos extremos as opções de eficiência criminal, constitui uma ferramenta analítica válida para a identificação, interpretação e classificação sistemática de diferentes valores fundamentais, objetivos e possíveis preferências processuais⁵³.

⁵⁰ HEINZE, Alexander. *International Criminal Procedure and Disclosure*. Berlim: Duncker & Humblot, 2014. p. 133.

⁵¹ PARKER, Hebert L. *The Limits of the Criminal Sanctions*. Stanford: Stanford University Press, 1968, p. 203.

⁵² VOGLER, Richard. *A World View Of Criminal Justice*. Nova Iorque: Routledge, 2016, p. 7.

⁵³ BILLIS, Emmanouil. *Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren*. Berlim: Duncker & Humblot, 2015. p. 89-90.

A proposta de Packer pode ainda resultar em grande utilidade ao permitir a identificação da constante tensão existente no processo penal, e contribuir, com lastro doutrinário necessário, ao encontro do ponto de equilíbrio entre a eficiência no controle e prevenção de infrações penais e os direitos e garantias processuais do indivíduo. Ressalte-se que no contexto desta investigação, podemos analisar a amplitude dos mecanismos legais de produção de provas e, especificamente, em que grau o apego a busca incessante da verdade material representa na manutenção ou rompimento do referido equilíbrio, especialmente, no tocante à atividade probatória do julgador durante a instrução e julgamento.

1.3.2. O modelo de Damaška

Em uma linha diversa, o professor Mirjan Damaška, em seu estudo *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*, procedeu com uma abordagem inovadora sobre as semelhanças e diferenças entre os sistemas processuais⁵⁴. A sua origem croata, pelo fato de ter lecionado na Universidade de Zagreb e depois se radicado nos Estados Unidos, onde passou a lecionar nas Universidade da Pensilvânia e Yale, o possibilitaram ter contato profundo com tradições legais bastante distintas e o permitiram lançar, nas palavras de John Jackson e Máximo Langer: “*work has shone like a beacon over those who try to make sense of the similarities and differences between national legal systems*”⁵⁵.

O mérito de sua análise comparativa entre os sistemas certamente consiste em não apenas se concentrar em certos tópicos, perspectivas e metodologias em detrimento de outros, mas de uma visão profunda das raízes dos sistemas e seu modo de funcionamento.

O autor buscou relacionar os sistemas processuais a partir da forma como a administração de justiça se concretiza nos respectivos Estados, mediante o exame dos diferentes aspectos de organização social e política de cada comunidade. Esse autor propõe, para uma exata apreensão dos modelos processuais, uma análise de como se verifica a organização do poder nos Estados e qual a ideia dominante sobre o papel deste na condução da sociedade.

A título de introdução, o autor teceu importante observação no sentido de que a descrição dos sistemas processuais é sempre realizada do ponto de vista teórico, posto que na prática inexistem sistemas totalmente puros. Se tomarmos como parâmetro um sistema concretizado em certo Estado, perceberemos sempre a presença de institutos e características advindas de outros sistemas. Não obstante a existência de mesclas de características mais ou menos intensas, há sempre traços que predominam. Comparativamente, é como um estilo de construção ou conjunto arquitetônico, onde uma determinada construção pode ser enquadrada, embora sempre, em menor ou maior grau, ostente algumas características que possam afastar

⁵⁴ DAMAŠKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

⁵⁵ JACKSON, John; LANGER, Maximo. Introduction: Damaška and Comparative Law. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter (org.). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and Internacional Context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaska*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 2.

deste ou daquele padrão.

Realizada a observação, o autor procura inicialmente analisar determinados aspectos de ordem social e política e como estes irão definir o tecido social e refletir na organização de justiça. Neste plano, o autor identificou a existência de dois modelos: 1) modelos com estruturas hierárquicas; 2) modelos com estruturas paritárias.

Para diferenciar as referidas estruturas, considerou-se como parâmetros os seguintes elementos: a) quanto aos atributos dos funcionários públicos: se há funcionários profissionais e permanentes ou quadros não profissionais e transitórios; b) quanto a sua relação profissional: se os funcionários estão em uma rede de subordinação ou de supra ordenação, dando origem, respectivamente, a funcionários que estão inseridos em um sistema estratificado ou em um único nível único de poder; c) a forma de tomada decisões: se os fundamentos da decisões dos funcionários são normas técnicas e especiais ou normas gerais da comunidade.

Diante destes parâmetros, verificamos que o modelo hierárquico se constitui de um quadro de funcionários profissionais inseridos em um escalonamento de níveis e que decidem com base em normas técnicas. Há, aqui, uma distribuição vertical e subordinada de poder. Os funcionários profissionais formam uma espécie de quadro corporativo, com demarcação mais ou menos nítida entre os que estão “dentro” e os que estão de “fora”, de maneira que tendem a não aceitar que na tomada de decisões haja a participação de alguém de fora do quadro de servidores. E quando esta situação acontece, surge de imediato uma contraposição baseada na desconfiança na retidão dos fins e dos propósitos dos *outsiders*. As decisões, por sua vez, porquanto tomadas por um quadro técnico permanente, não são dotadas de subjetivismos, mas de forma mais geral e objetiva possível. Os conflitos entre os funcionários no âmbito da tomada de decisões são resolvidos sempre pelo escalão superior, não sendo estimulados ou mesmo autorizados a resolução de conflitos internos por eles mesmos mediante acordos ou consenso. Neste esquema, as decisões estão sempre sujeitas à revisão superior, contudo, como os níveis superiores não podem revisar todas as decisões, o poder superior espera e até mesmo esquematiza, através de normas procedimentais, de que forma os trabalhos dos funcionários inferiores devem ser realizados, a fim de facilitar a revisão dos atos e seu controle. Os funcionários que obstruem ou fogem desta esquematização estão sujeitos a ficar de fora de ascensão profissional ou sujeitos ao poder disciplinar nas mãos dos superiores hierárquicos.

Do outro lado, temos o modelo paritário de organização de poder que é constituído de funcionários não profissionais e transitórios, não estruturados em rígida hierarquia, que tomam decisões com base em normas gerais e da comunidade. Aqui, os funcionários, por sua curta experiência no cargo, têm espaço para espontaneidade e improvisação, bem como para decisões com maior grau de subjetivismo, visto que tomadas com base nas mais variadas normas, sejam éticas, políticas, religiosas por parte dos responsáveis. Em razão disso, as decisões não são concebidas como pronunciamentos de um órgão independente dos indivíduos, mas vistos como pronunciamentos pessoais sem caráter marcadamente institucional. Neste modelo, ao contrário do anterior, há uma distribuição horizontal e coordenada de poder.

Aparentemente, as características do modelo paritário geram uma impressão de completo descontrolo e anarquia. No entanto, pontua o autor, que os conflitos de decisões tomadas por funcionários que estão no mesmo plano tendem a se harmonizar. O receio da reciprocidade e de que seus esforços sejam frustrados pelos atos dos outros funcionários com poder paralelo, tendem a levar a ajustes e cooperações mútuas, transformando a aparente desorganização e antagonismo em força de coesão e harmonização.

Com efeito, os modelos paritários são comumente presentes em Estados Reativos, onde sua disposição é de manter apenas os marcos para a integração social, sem penetrar nas relações sociais, isto é, visa proporcionar um apoio mínimo dentro do qual os cidadãos perseguem os seus próprios objetivos. Assim, tal espécie de Estado objetiva a auto-regulamentação dos membros da sociedade civil, pelo que a fonte do direito tende a ficar fora ou “acima” do Estado. Daí que as fontes de criação de direito mais destacadas são o acordo, contrato, pacto, etc. O Estado não se concentra em anunciar o conteúdo dos pactos individuais, apenas traçam normas do procedimento para que os acordos sejam vinculantes e que tenham efeitos, e para hipóteses de ocorrer dissídio ou conflito a partir dele. O Estado facilita a regulamentação autônoma dos indivíduos mediante a criação de instrumentos de negociação. Os indivíduos se dão conta que, ao menos que se cheguem a um acordo, a outra parte poderá invocar o poder do Estado, para impor um modelo legal estatal, que imporá maiores sacrifícios recíprocos.

Por outro lado, os modelos hierárquicos são mais vistos em Estados ativistas ou de bem-estar social, onde o foco é a implementação de programas de melhorias morais e materiais para os cidadãos, assumindo o Estado o foro central para

da atividade política. Aqui, o direito impõe, de forma imperativa, o que os indivíduos devem fazer mediante normas estatais cogentes. A administração da justiça não visa apenas resolver a disputa entre as partes, mas o conflito merece consideração estatal por implicar em quebra das políticas subjacentes.

Após realizar a identificação destes modelos de organização, o autor busca as raízes históricas que possam justificar esta estruturação diferenciada.

Assim, aponta, na forma do que foi exposto nas linhas precedentes, que os modelos hierárquicos foram forjados na herança da burocratização advinda da organização da Igreja Católica centrada em poder hierárquico e piramidal. Em função disso, no que respeita a administração da justiça, moldou-se a figura do juiz oficial e profissional, com a justaposição da pessoa com o cargo ocupado, e que deve ser dotado de conhecimentos especializados para resolver os mais variados temas jurídicos, sopesando provas legais e tarifadas, função que dificilmente poderia ser exercida por leigos ou funcionários não profissionais. Paralelamente, os modelos hierárquicos foram robustecidos pelo fortalecimento do Estado absolutista e centralizador que demandava também essa ideia de hierarquia onde os ramos inferiores deveriam seguir normas e diretrizes centrais, e que proferissem decisões em nome deste governo central. A documentação dos costumes e normas escritas era necessária a fim de que fosse melhor aplicada a decisão em nome do poder central.

Do outro lado, temos o modelo paritário, com raízes arraigadas desde o século XII, onde os reis já delegavam importantes funções governamentais e de julgamento para a nobreza local, que apesar de atuarem em nome do poder real, tinham intensa liberdade e estavam sujeitos a uma estrita supervisão. Tal condição permitiu que o julgamento dos conflitos, nas mãos da nobreza local, fosse, por sua vez, repassado para pessoas do povo, que de forma não profissional, proferiam suas decisões. Mesmo existindo a figura do juiz profissional, essa figura era mais de moderador, com função de proclamar a decisão final, sem a função de declarar o direito, tal como seu par do modelo hierárquico.

Prosseguindo na sua análise, e tendo com base os modelos paritários e hierárquicos de Estado, o autor procura explicar o processo judicial ante a esta organização de estado, e como que deles derivam os sistemas processuais.

Assim, no modelo de processo hierárquico, onde o procedimento de revisão judicial não se insere como um evento extraordinário, mas como etapa normal da aplicação da Justiça, sendo direito ao recurso catalogado entre direitos básicos do

sistema processual. Além disso, o processo é materializado em documentação escrita das informações colhidas (dossiê), não como forma de manter organizada a atividade do órgão decisório inferior, mas para verificar e controlar as motivações das decisões que serão submetidas à revisão. As informações processadas por cada nível são justapostas em uma espécie de catalogação procedimental, até formar gradual e sucessivamente um complexo de informações que são analisadas pelos órgãos superiores.

Aqui, a competição entre as partes tende a se esvaziar ou ser discreta diante da presença de burocracia organizada hierarquicamente. Os litígios são resolvidos paulatinamente, em etapas submetidas a diversos níveis de autoridade, pelo que não possuem um foco central a partir do qual se possa fundar uma disputa. Assim, o vencedor de uma etapa (em primeiro grau), pode, diante de um recurso, ser perdedor na etapa subsequente. Ademais, a presença de funcionários oficiais para resolver a contenda se choca com o papel das partes no processo de resolução de conflitos, onde o começo, final e a definição dos temas não cabem às partes, mas são por aqueles definidos.

Neste tipo de processo, o julgador está, em regra, mais familiarizado com as controvérsias do que os próprios particulares, pois tem acesso ao dossiê que reúne tudo que o foi obtido a respeito do caso desde as primeiras investigações policiais. Não há aqui o que ocorre com o processo coordenado, onde a informação colhida por cada parte se transmite a outra de maneira adversarial, o que permite que cada litigante discuta imediatamente com o outro a respeito da informação/prova apresentada.

Ainda dentro do processo hierárquico, procedimento judicial deve proporcionar o alcance de um resultado substantivo correto, projetando valores que deve servir de norte, razão pela qual tem-se o entendimento que o processo é instrumental aos valores defendidos através dele. Desta forma, como o processo é instrumental, permite-se a flexibilização das regras procedimentais quando interesses superiores do sistema recomendam. Quando valores mais expressivos estão ameaçados pelo rígido seguimento das regras processuais, estas podem ser flexibilizadas nestas hipóteses excepcionais. Porém, não há mecanismos muito seguros para verificar até que ponto pode ocorrer a flexibilização em prol dos interesses maiores do direito, o que vai depender de critérios pouco precisos, como a de proporcionalidade e a razoabilidade.

No processo coordenado, a decisão inicial do juízo de primeira instância é provavelmente a última, e não mais uma etapa de aplicação da justiça. Embora haja possibilidade de revisão das decisões, esta não é a regra. No procedimento, privilegia-se a oralidade em detrimento da forma escrita. Muito embora haja registros escritos, estes servem mais para identificar as provas que serão futuramente utilizadas no juízo oral, porém, a decisão se apoia em comunicação oral, ao invés de decisão escrita e motivada. Como há juízes leigos (jurados) e que trabalham em tempo parcial, os casos devem ser resolvidos em uma única sessão (*day in court*), e como também não estão familiarizados com o caso (não tiveram contato prévio com o mesmo anteriormente), pelo que tudo é resolvido por máxima imediação, onde as próprias partes apresentam as provas por ocasião do próprio julgamento. Os litígios, portanto, são resolvidos em ato único e contínuo, e não em etapas.

O processo é visto assim como forma de resolução de conflitos, sem que haja um interesse superior que determine que a resolução se faça de forma justa conforme os parâmetros estatais. O direito imposto normalmente pode ser em regra derogado pelas partes, não sendo cogente, considerando que as partes têm autonomia para ditar seus próprios interesses. O direito estatal existente é um ponto de partida para as partes chegarem onde pretendem. O conceito de autonomia das partes está presente, de forma que o estado-juiz dificilmente interfere na condução do caso, a fim de avaliá-la se está conduzindo bem ou mal o processo. O juiz não adota medida corretiva para sanar uma má condução ou proteger uma parte considerada hipossuficiente no processo. Até porque o foco é direcionado a oferecer às partes iguais oportunidades de direitos e faculdades processuais, independentemente de desigualdades financeiras e sociais particulares. Todos os litigantes são tratados como iguais, tal como os votantes são tratados (uma pessoa, um voto).

Neste sistema, via de regra, as partes conservam a faculdade de retirar a demanda, uma vez que a desistência do processo ocorre sem necessidade de autorização judicial. Isso envolve inclusive a possibilidade de se renunciar o julgamento pelo juízo, admitindo-se acordos para imposição de direta de penas, inclusive, penas privativas de liberdade (*plea bargaining*). Na mesma linha, como o processo está centrado para a resolução de disputas, as partes que determinam quais os fatos serão julgados. O que não é objeto de competição processual, não pode ser objeto de prova. Os fundamentos jurídicos também são definidos pelas partes. Não se aplica os brocardos *Da mihi factum, dabo tibi ius e iura novit curia*. Neste aspecto, é

importante destacar que o tribunal não ordena a produção de meios de prova, tarefa destinada apenas para as partes, até porque se espera do juiz um comportamento neutro e imparcial, onde o compromisso com a imparcialidade é mais forte do que com a própria justiça da decisão. O juiz escuta o que foi apresentado, vigia o cumprimento das regras básicas de competição justa e toma uma decisão. Há despreocupação sobre “interesses superiores” que não foram discutidos pelas partes.

1.4. Configurações essenciais dos sistemas e a gestão da prova

A averiguação da verdade é um objetivo no âmbito do processo penal tanto nos modelos do *civil law* como no *common law*. Com efeito, a concepção da verdade processual, a metodologia de apuração dos fatos e o papel desempenhado por cada um dos intervenientes no sistema de justiça criminal, possuem diferenças significativas⁵⁶.

O ponto de partida central para referente investigação deve situar-se, mais uma vez, no exame comparativo e classificatório sobre os modelos ideais ou puros, na medida em que pode fornecer uma estrutura útil para análise dos atuais sistemas ocidentais e suas múltiplas convergências decorrentes de interações culturais, políticas e legais⁵⁷. Neste sentido, os já apontados arquétipos, modelo acusatório puro ou adversarial (*adversary system*) e o sistema inquisitivo, vinculados às tradições anglo-americana e continental europeia, respectivamente, possuem estruturas e fundamentos completamente distintos na temática da obtenção e gestão da prova.

Conforme observamos em Damaška⁵⁸, quando um Estado tem um papel mais ativo na gestão da vida das pessoas, a administração da justiça também assume esta feição, e os institutos processuais também possuem fundamentos atrelados ao cumprimento dos programas estatais e de implementação de políticas públicas. Este modo de atuação implica em uma preferência por uma investigação estatal acerca fatos delituosos, com juízes profissionais e mais ativos, situação que se alinha com os sistemas processuais de características mais inquisitivas. Por outro lado, quando o Estado assume uma missão mais restrita, sendo responsável apenas pela manutenção do equilíbrio social a fim de permitir a auto definição individual e social, a administração de justiça tende a associar-se mais como uma forma de uma resolução horizontal de conflitos, preferindo uma competição, com as partes assumindo o protagonismo do processo. Esta forma de organização tende a formatar sistemas com laços mais estreitos com modelos adversariais.

⁵⁶ BUISMAN, Caroline; BOUAZDI, Myriam; COSTI, Matteo. Principles of Civil Law. In: KHAN, Karin A. A; BUISMAN, Caroline; GOSNELL; Christopher (org). *Principles of Evidence in International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 11.

⁵⁷ BILLIS, Emmanouil. *Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren*. Berlim: Duncker & Humblot, 2015. p. 75.

⁵⁸ DAMASKA, Mirjan R. Ob. Cit. p. 66 e seguintes.

Em linhas gerais, pode-se dizer que no sistema acusatório, em essência, o processo é controlado pelas partes a quem tem autonomia de definir toda a extensão da disputa, enquanto no sistema inquisitorial, o domínio do processo é controlado por agentes estatais. Essa diferença vai ditar a temática da obtenção e da gestão da prova no processo penal, especialmente, no tocante ao papel do juiz neste campo.

Essa ideia reitora leva a diferentes atitudes no que diz respeito a busca da verdade necessária ao julgamento da lide penal. Nos sistemas inquisitivos, busca-se a verdade ontológica, com a necessidade de reconstrução da realidade de forma mais profunda possível, em contraste com o sistema adversarial onde a verdade é procedimental, isto é, estabelecida pela persuasão obtida em dialética confrontação das partes. Dito em outras palavras, o sistema inquisitivo assume uma teoria da verdade como correspondência, enquanto o sistema acusatório acolhe uma teoria consensual da verdade.

Acredita-se, no modelo inquisitivo, que a justiça está atrelada à averiguação da verdade substantiva ou ontológica, a ser implementada por tribunal dito como imparcial. Em contraste, o sistema adversário é inspirado, em grande medida, por atitude geral de desconfiança em relação aos funcionários estatais, por receio de intervenções abusivas do poder governamental. Por conseguinte, não se admite que estes possam, em nome das partes, ditar o alcance da verdade.⁵⁹ Assim, uma verdade ontológica que pode ser verificada por uma parte neutra é vista com reservas acentuadas, porquanto acreditam que a neutralidade é simplesmente impossível de alcançar neste campo e, a pretexto de uma ação de um terceiro supostamente desinteressado, ter-se-ia uma imposição de uma versão parcial. Há a crença que as pessoas assimilam as informações seletivamente e, conseqüentemente, elas interpretam de maneira inconsciente e tendenciosamente os dados recebidos. Daí que somente através de um confronto justo entre as partes, cada uma promovendo o seu lado da história, diante de um juiz passivo, é que a verdade processual advirá, produto de um concurso entre duas interpretações da realidade. Qualquer concepção de que a busca da verdade, mediante a reconstrução dos fatos, seja promovida por uma terceira parte afigura-se como tendenciosa e, portanto, injusta⁶⁰.

⁵⁹ DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. *University Pennsylvania Law Review*. v. 121. n. 3. Filadélfia: 1973, p. 583.

⁶⁰ GRANDE, Elisabetta. Dances of criminal justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter (org.). *Crime, Procedure*

Como se extrai, nos sistemas adversariais predomina uma concepção de verdade processual interpretativa, extraída pelo debate das partes, havendo ceticismo em relação a uma reconstrução exaustiva da realidade, numa perspectiva de obtenção de uma verdade ontológica perseguida pelo seu contraparente sistema inquisitivo. Como a verdade ontológica não seria realisticamente detectável, contenta-se com uma "segunda melhor", surgida do confronto de visões opostas das partes sobre a realidade.

Com efeito, um interessante engenho metafórico foi formatado por Grande ao comparar os modelos de acerto dos fatos e o papel dos intervenientes nos sistemas processuais a estilos de dança. Assim, a natureza relacional do objetivo revelador da verdade no sistema adversário produz uma ideia de *tango justice*. No tango, são necessários dois, - e apenas dois componentes para o efeito, que agem sob certa predefinição e sincronismo, embora com papéis distintos, tal como ocorre no sistema adversarial em relação à produção das provas, onde esta é promovida por duas partes, que embora atuem com objetivos diversos, o rol de cada qual é bem especificado. No sistema inquisitivo, a seu turno, remete à noção de *rumba justice*. Neste estilo, há uma variedade de dançarinos que atuam com imprecisão de papéis e certa desorganização, tal como no sistema inquisitivo, onde vários intervenientes (polícia, Ministério Público, defesa, ofendido e juiz) atuam juntos em uma busca coletiva pela verdade, sem uma precisão exata do rol de cada um, já que todos são corresponsáveis pela aferição dos fatos⁶¹.

Diante desta estrutura apresentada, percebemos uma linha divisória clara entre um sistema que apresenta um juiz passivo na seara probatória e um que demanda um juiz com iniciativa instrutória *ex officio*.

Contudo, a problemática surge na medida que se apresenta um outro modelo, o denominado sistema acusatório misto, com raízes advindas, como visto, do processo continental reformado após o seu marco inaugural promovido pelo *Code d'instruction criminelle* de 1808.

Evidence in a Comparative and Internacional Context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaška. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 145-164.

⁶¹ GRANDE, Elisabetta. Dances of criminal justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter (org.). *Crime, Procedure Evidence in a Comparative and Internacional Context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 145-164.

Com efeito, o sistema processual a partir daí formatado assumiu a forma bipartida, onde, em uma primeira fase, permaneceram os princípios inquisitórios de persecução penal pública e de averiguação da verdade real e, na segunda fase, foi acolhido valores individuais traduzidos em garantias processuais e dinâmicas probatórias de cunho acusatório.

Contudo, mesmo na segunda fase, percebemos traços inquisitivos que continuam presentes até hoje nos códigos de processos penal de diversos países continentais, que é possibilidade do juiz deflagrar poderes instrutórios durante a fase de julgamento⁶². Essa possibilidade denota a continuidade nos processos mistos de influxos político-criminais próprios dos sistemas inquisitivos, onde a ambição de alcance da verdade, como objetivo maior da jurisdição, permanece ativa em todas das fases do processo. Os fatos submetidos a julgamento não são inteira e livremente colocados em questão no processo, já vem com uma rota previamente traçada na fase investigativa anterior, nos quais os poderes instrutórios do julgador se apoiam por ocasião de sua utilização. Nos sistemas mistos, portanto, a gestão de prova continua firme nas mãos dos juízes.

Já no que se refere ao juiz do sistema anglo-americano, a sua não intervenção no campo probatório, não reflete em uma passividade em outras situações processuais. É preciso destacar que o juiz inglês não atua no campo de prova, salvo situações excepcionais. A jurisprudência inglesa atribui certo papel ativo ao juiz em fazer reperguntas às testemunhas apresentadas pelas partes em situações limitadas, embora lhe seja vedado que, em assim procedendo, leve a um ato equivalente a uma nova reinquirição. Muito embora não possa produzir provas de ofício nem intervir, salvo manifesto abuso, nas sustentações orais e inquirições das testemunhas promovidas pelas partes, pode descartar provas, ainda que não haja concordância das

⁶² A atividade instrutória *ex officio* pelo tribunal, além de Portugal e Brasil, está prevista, por exemplo: 1) Alemanha, § 244 (2): *Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind*; 2) França, *Code de Procédure Pénale*, Art. 310: *Le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut, en son honneur et en sa conscience, prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité. Il peut, s'il l'estime opportun, saisir la cour qui statue dans les conditions prévues à l'article 316. Il peut au cours des débats appeler, au besoin par mandat d'amener, et entendre toutes personnes ou se faire apporter toutes nouvelles pièces qui lui paraissent, d'après les développements donnés à l'audience, utiles à la manifestation de la vérité. Les témoins ainsi appelés ne prêtent pas serment et leurs déclarations ne sont considérées que comme renseignements*. 3) Espanha, *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Art. 729.2: *Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación*. 4) Itália, *Codice di Procedura Penale* (1988), Art. 507: *Terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, puo' disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove*.

partes, quando as considerar inadmissíveis, bem como convocar as testemunhas que tenham sido indevidamente dispensadas, a fim de que sejam submetidas ao crivo das partes em *cross-examination*.⁶³ Outrossim, têm a responsabilidade de impedir que casos (*withdraw case*) sejam submetidos ao Tribunal do Júri quando apoiados em evidências superficiais ou precárias, bem como, principalmente no caso inglês, possuem influência perante o Júri em razão de possuíram a faculdade de realizar uma espécie de resumo oral das provas para os jurados.⁶⁴

Dito isso, acreditamos ter levantado as linhas gerais e delimitado o problema sobre os poderes probatórios do julgador.

De toda sorte, a atual dimensão das garantias fundamentais, em especial, a imparcialidade, o contraditório, a valoração da prova perante um juízo público, tornam o processo inquisitivo uma opção não válida. Não é por outra razão que, principalmente o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos - TEDH, tem controlado e invalidado práticas processuais dos países do *civil law* com viés mais inquisitorial. Essa linha de agir, tem forçado os Estados, em maior ou menor amplitude, a editar reformas no sentido de estruturar seus procedimentos processuais penais com uma feição mais acusatória e democrática. Isso está implicando em uma maior aproximação entre o *common law* e *civil law*, em uma espécie de tendência de hibridização de procedimentos com relevo para os aspectos adversariais.⁶⁵

Nesta linha, mesmo ciente de que não exista nenhum sistema processual puro, com características tradicionalmente ligadas a um sistema presente em outro, temos que verificar se algum instituto, pela sua densa ligação com a formatação de um determinado sistema e pelas consequências processuais de sua aplicação, possa ser utilizado por outro sem desvirtua-lo. É o que ocorre com os poderes oficiosos do julgador, instituto que deita raízes nos antigos processos inquisitoriais. Assim, é preciso analisar se sua previsão nos atuais estatutos processuais continentais, pode ser conciliada com a estrutura acusatória imposta a nível constitucional nos respectivos países.

⁶³ BILLIS, Emmanouil. *Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren*. Berlim: Duncker & Humblot, 2015, p. 191-192.

⁶⁴ DORAN, Sean. The Necessarily Expanding Role of The Criminal Trial Justice. JACKSON, John, DORAN, Sean (org). *The Judicial Role in Criminal Proceedings*. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 5-6.

⁶⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. Reflections on the “Hybridisation” of criminal procedure. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter (orgs). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and Internacional Context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaska*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 251 e seguintes.

1.5. Possível superação da dicotomia: ideia de *Fair Trial* – dimensão internacional delineada pelo TEDH

O significado de diferentes prioridades processuais é bem identificado na teoria de Packer que preconiza existir uma luta interna dentro dos sistemas de justiça entre eficiência, por um lado, e os direitos dos indivíduos, por outro⁶⁶.

A noção de *fair trial* visa buscar justamente o ponto de equilíbrio no sentido de que o mesmo Estado que confere mecanismos efetivos para o exercício do *jus puniendi* deve oferecer ao arguido meios de resistir e de limitar o alcance desta pretensão estatal tendencialmente forte⁶⁷.

Nos últimos setenta anos, o processo penal sofreu profundas transformações em razão do reconhecimento dos direitos e garantias individuais sedimentadas no pós-guerra⁶⁸.

Nesta linha, o Artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem - CEDH tornou-se parâmetro fundamental para os sistemas processuais e na determinação do alcance do conteúdo do *fair trial*⁶⁹. O sucesso desta ideia estaria relacionado ao fato de que a sua dimensão não está atrelada a nenhum particular

⁶⁶ PACKER, Hebert. L. *The Limits of the Criminal Sanctions*. Stanford: Stanford University Press, 1968.

⁶⁷ HILDEBRANDT, Mireille. *Trial and Fair Trial: From Peer to Subject Citizen*. In: DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHAL, Sandra; TADROS, Victor (org.). *The Trial on Trial*. v. 2. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 25.

⁶⁸ JACKSON, John. The impact of Human Rights on Judicial Decision Making in Criminal Cases. In: DORAN, Sean; JACKSON (org.). *The Judicial Role in Criminal Proceedings*. Portland: Hart Publishing, 2000, p. 109-110.

⁶⁹ Convenção Europeia de Direitos do Homem. Artigo 6º: “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”. Na mesma linha, de parâmetro para o caso brasileiro, encontra-se a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece idêntica garantia processual: “Artigo 8. Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

modelo processual, mas a um conteúdo normativo mínimo que serviria de ponto de partida para análise de validade dos sistemas processuais nacionais.⁷⁰

Neste ponto, podemos dizer que é incontestável que o processo penal na Europa tem, nos últimos anos, desfrutado de um avanço em prol de uma feição mais democrática, em grande parte, devido à considerável jurisprudência acumulada pelo Tribunal Europeu na sua interpretação e aplicação do Artigo 6º da referida Convenção⁷¹.

Nesta esteira, mesmo que os Estados que apresentem diferentes modelos processuais, ao ratificarem a Convenção em tela, conclui-se que a ideia do *fair trial* estaria acima das características particulares de cada qual, de forma que a concretização do *fairness* não estaria dependente deste ou daquele modelo, mas na própria concretização do conteúdo do Artigo 6º nos respectivos ordenamentos jurídicos internos e na prática forense em decorrência, independentemente de se seguir os modelos adversarial ou acusatório⁷². Ou em outras palavras, a essência do Artigo 6º traz a conclusão lógica de que os sistemas processuais não precisam ser idênticos para serem considerados justos.

Diante das dificuldades em apresentar uma nítida definição em torno da dicotomia entre sistema acusatório e inquisitivo, um patrimônio comum deve ser reconhecido e estabelecido em todos os respectivos códigos processuais que são o respeito às convenções internacionais de direitos humanos e suas proclamadas garantias processuais, buscando harmonizar os sistemas em um denominador em comum com base no *fair trial*.⁷³

Por outro lado, argumenta-se que tal visão teria a vantagem de superar a divisão adversarial-inquisitório, que tende a desaguar em uma espécie de nacionalismo legal, onde os autores nacionais, ao invés de identificar positivamente os elementos que compõem seu sistema, procuram ressaltar os aspectos negativos do outro sistema, e não consideram alternativas que possam conduzir um sistema jurídico específico a um aperfeiçoamento.

⁷⁰ SUMMERS, Sarah J. *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*. Portland: Hart Publishing, 2007, p. 97.

⁷¹ SUMMERS, Sarah J. Ob. cit, p. 3.

⁷² NIJBOER, J. F. Comparative Perspectives on the Judicial Role. In: DORAN, Sean; JACKSON (org). *The Judicial Role in Criminal Proceedings*. Portland: Hart Publishing, 2000, p. 19.

⁷³ ARMENTA-DEU, Teresa. Beyond Accusatorial or Inquisitorial Systems. In AMBOS, Kai; ACKERMAN, Bruce; SIKIRIC, Hrvoje (org). *Visions of Justice. Liber Amicorum Mirjan Damaska*. Berlim: Duncker e Humblot, 2016, p. 58.

Com efeito, a superação da dicotomia adversarial-inquisitorial pela densificação do *fair trial* ocorreria na medida em que os sistemas processuais europeus, com institutos processuais tradicionalmente arraigados a cultura inquisitorial, descem um passo a frente e realizasse um processo de releitura de seus modelos a fim de adapta-los a novas diretrizes preconizadas a partir do Artigo 6º.

Não se quer aqui dizer que a seria possível, através do avanço doutrinário e jurisprudencial sobre o *fair trial*, pretender uma unificação do procedimento penal a nível global. Isto seria inaceitável por várias razões. Um código de processo não é apenas um conjunto de regras que podem ser aplicadas em todo o mundo com apenas algumas adaptações técnicas. Os sistemas de justiça são os resultados históricos de evoluções complexas envolvendo diferentes fatores e valores sociais, éticos, econômicos e religiosos. Tais sistemas podem evoluir e adaptar-se às novas necessidades e situações, mas não podem - e não devem - ser reservados apenas para conduzir a um sistema de justiça completamente novo e uniforme⁷⁴.

Nesta mesma linha, perfilha Jackson ao exaltar o contributo que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, especialmente no tocante ao desenvolvimento de um modelo de análise de prova nos processos penais na Europa. Esta inovação pode inclusive trazer a superação do uso de termos adversarial e inquisitivo, a partir da ação genuinamente transformadora da jurisprudência do Tribunal. Verificou-se que, ao longo de vários anos, o Tribunal desenvolveu constantemente um novo modelo de prova que se caracteriza melhor como participativo do que como adversarial ou inquisitivo. Em vez de conduzir a uma convergência de modelos de prova "adversários" e "inquisitoriais" existentes, é mais provável que isso conduza a um realinhamento dos processos de prova existentes, que, no entanto, permite um amplo espaço para diversas aplicações em diferentes contextos institucionais e culturais⁷⁵.

Assim, a seguir a diretriz em que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem assumiu o manto do regulador das garantias processuais nos processos penais europeus, em vez de procurar as razões do porquê e onde a justiça criminal e sistemas processuais divergem, busca-se questionar a base dessa divergência. Em vez de de

⁷⁴ TARUFFO, Michele. Globalizing Procedural Justice: Some General Remarks. In AMBOS, Kai; ACKERMAN, Bruce; SIKIRIC, Hrvoje (org). *Vision of Justice*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016, p. 377.

⁷⁵ JACKSON, John D. The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment? *Modern Law Review*, Nottingham, v. 68, n. 5, p. 737-764, 2005.

indagar sobre como podemos explicar as diferenças nos sistemas de justiça criminal, pergunta-se: as diferenças existentes são significativas a ponto de um ou outro sistema não conseguir implementar a densidade normativa do *fair trial*?

Isso pode resultar numa redução do potencial analítico do direito comparado para determinar se determinado sistema é adversarial, acusatório ou mais inquisitório. A principal preocupação deixa, portanto, de ser em função da divergência, e passa para a convergência entre essas duas tradições. Assim, a atuação da Corte de Estrasburgo se sobressalta, não por sua capacidade (ou talvez incapacidade) de conciliar diferenças processuais, mas pela simples virtude de sua existência, oferecer algo mais, ao sugerir a possibilidade da preexistência de valores do campo do processo penal comum, subjacente aos sistemas processuais.⁷⁶

A definição de direitos e garantias processuais comuns não coloca dúvidas sobre a existência de diferenças entre os modelos e tradições legais das várias jurisdições do Tribunal. Mas ele invoca a questionar a importância dessas diferenças em termos de impacto sobre a formatação destes padrões processuais.

Com efeito, é preciso ressaltar que não estamos diante de um processo penal europeu único. Pelo contrário, ainda se está longe disso. Há diversos aspectos legais e princípios que ainda não podem ser regidos por padrões processuais e valores comuns. Contudo, em muitos outros aspectos, o Tribunal avançou bem e delineou solidamente a natureza de determinados institutos, a exemplo da imparcialidade, especialmente, em sua feição objetiva, que será detidamente explorada nas linhas subsequentes.

Não obstante aos avanços das construções teóricas em torno do Artigo 6º da CEDH, com o lançamentos de bases para considerações de superação da dicotomia entre os referidos sistemas processuais, estas não são imunes a críticas. Ao estabelecer *the right to fair trial*, materializado na obrigação de todo os sistema de justiça criminal adotar um julgamento público, oral, em tempo razoável, e ainda conduzido por um tribunal independente e imparcial estabelecido previamente em lei, argumentam que tais termos são muitos vagos, cuja densidade teórica peca pela demasiada amplitude, certamente pela necessária aplicação tanto aos casos cíveis como criminais. Seja como for, na sedimentação das noções do processo equitativo não há qualquer menção à fase pré-processual ou investigativa, nem aprofundamentos

⁷⁶ SUMMERS, Sarah J. Ob. cit. p. 17.

da forma como deve ser deduzida a acusação. Inexiste, também, como deve operar a relação entre acusação e defesa, bem como a divisão de papéis de que deve haver entre diversos sujeitos processuais.

Neste diapasão, a falta de clareza com a definição de padrões mínimos nos referidos aspectos, permitem a permanência, e não a superação do antagonismo dos sistemas processuais.

De fato, as sobreditas críticas são pertinentes, mas acreditamos que não desmerecem a solidez da jurisprudência alcançada sobretudo na órbita de determinados institutos, como a imparcialidade judicial, conforme restará abordado nas linhas subsequentes deste estudo.

2. Poderes oficiosos do julgador penal em matéria de prova

2.1. Fundamentos

A faculdade probatória do julgador está assentada na grande parte dos países com raízes de *civil law*. Em Portugal e no Brasil, estão expressamente estabelecidos em seus diplomas processuais penais, respectivamente, nos Art. 340, 1 e Art. 156.⁷⁷

Antes de passar ao exame dos princípios da base argumentativa da atividade probatória do tribunal, é preciso apresentar como os poderes probatórios estão inseridos nos atuais sistemas processuais.

Como vimos, embora não seja nova a ideia de relacionar a estruturação dos níveis de poder de um determinado estado com o modelo de processo, coube Damaska o papel de melhor organizar e definir esta relação quanto ao processo penal. Tal autor bem relacionou e apontou certa congruência em apontar que nos Estados onde se observa a vocação para a implementação de políticas públicas (Estados de bem-estar social), com programas estatais objetivando melhorias morais e materiais para os cidadãos, apresenta-se uma concepção de processo penal visto não apenas como forma de resolver a disputa entre as partes, mas como mecanismo de natureza pública, com objetivo de realizar um interesse da comunidade e do próprio Estado.

De fato, esta correlação pode ser empiricamente demonstrada ao se examinar concretamente os modelos de processo penal de raízes continentais, cujos países adotam uma clara orientação de Estado de bem-estar social.

Após as conquistas do Estado-liberal, ao reconhecer o indivíduo como ser dotado de direitos naturais originários e inalienáveis, o processo penal sofreu uma profunda reestruturação, superando a ideia, até então vigente nos Estados absolutistas, de que o interesse público voltado à satisfação do direito de punir estava em um plano

⁷⁷ Código de Processo Penal português: Art. 340, I: O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

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

superior a qualquer interesse individual do cidadão. Esta transformação estrutural materializou-se no reconhecimento da existência no processo penal de certa oposição de interesses entre o Estado, que pretende fazer valer seu poder punitivo, e o cidadão que deseja manter íntegro seu *status libertatis*. O processo penal, portanto, atuaria como mecanismo limitador do poder de punir do Estado em face do reconhecimento dos direitos individuais. Neste aspecto, houve um ganho considerável através de conquistas de certas garantias, tais como, a imprescindível necessidade de separação entre a entidade investigadora/acusadora e o julgador, a presunção da inocência, e os direitos de defesa mais amplos e *status* processual aproximado, na medida do possível, com a acusação. É claro, nesta altura, tais ideias não varreram inteiramente as feições inquisitórias do processo penal então vigente nos diversos países da Europa continental, muito embora, o avanço destas ideias permitiu o surgimento do processo penal reformado, onde muitas das conquistas acima referidas foram incorporadas nos textos legais. Enfim, esta nova perspectiva significou o lançamento das bases para um moderno processo acusatório.

Mais a frente no pós-guerra, com o surgimento do Estado de bem-estar social, houve uma nova inclinação onde o centro dos interesses passou a ser novamente orientado em favor do Estado, mas não como titular de um poder autoritário, mas como promovedor de políticas públicas. Frise-se que as garantias individuais já incorporavam o patrimônio comunitário, e já não se poderia admitir retrocessos. Assim, o foco da ordenação social por parte do Estado deveria se equilibrar com a proteção do indivíduo frente a esta nova dimensão de interesse público. Nesta quadra, o processo penal deveria atender a estas duas exigências, seja não suprimir a liberdade individual nem renunciar a sua missão de promover o bem-estar comunitário.

Com efeito, a nova agenda estatal de promover o interesse comunitário, como agente propulsor de uma melhoria na qualidade de vida das pessoas, refletiu-se de alguma maneira no processo penal continental, com a certa permanência ou sedimentação de traços inquisitórios do processo penal. Esta situação encontrou ambiente fértil nas posições doutrinárias que buscaram repelir qualquer orientação de natureza privatística no processo penal, inclusive, de concepções de disponibilidade, já que a ideologia liberal estava em franca decomposição frente esta nova concepção de Estado.

O novo equilíbrio de forças a ser desempenhado pelo processo penal, permitiu a sedimentação do chamado sistema acusatório misto, que pode ser resumidamente traduzido, pelo menos na fase de julgamento, com um sistema acusatório atenuado pelo princípio de investigação, onde o tribunal pode *ex officio* produzir as provas que entender necessárias para construir ele mesmo as bases para a tomada da decisão.

E dentro destes parâmetros que os poderes probatórios do julgador permanecem nas legislações, não obstante as tensões com outros princípios do processo penal, como a imparcialidade do julgador.

2.2. Princípios informadores

2.2.1. Indisponibilidade dos interesses em jogo no processo penal

A partir do momento em que se passou para o Estado o monopólio do exercício da jurisdição, afastando-se o particular da autotutela, adveio a ideia da existência de um interesse social indisponível na resolução dos conflitos, acima dos interesses de particulares concretamente lesados⁷⁸.

Essa feição seria marcadamente essencial no processo penal, porquanto o *jus puniendi* não pode ser satisfeito no plano dos fatos, tal como ocorre no âmbito civil. Praticada uma suposta infração penal, surge para o Estado o poder-dever de aferir a responsabilidade do autor com vista a aplicação de uma pena, contudo, esta pretensão não pode ser realizada, com objetivo de eventual aplicação do direito penal, sem o efetivo exercício da jurisdição concretizado através de um procedimento judiciário criminal.⁷⁹

Sem adentrar nas discussões sobre a teorias das penas, o fato é que a busca pela aplicação de uma penalidade criminal aparece como interesse da sociedade, e daí se busca conferir a necessidade do Estado valer-se sempre a justiça criminal como instrumento de esclarecimento dos crimes e punição dos culpados.

Esse interesse indisponível em buscar a realização do direito material penal e a punição dos culpados vai se projetar no âmbito de todo o processo penal, inclusive quanto à atividade probatória.

⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v.1. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 26.

⁷⁹ NEVES, Castanheira A. Sumários de Processo Penal. Coimbra: 1968, p. 12: “A diversidade normativa e estrutural que distingue os processos criminal e civil é um corolário jurídico das distintas intencionalidades que um e outro realizam. No processo criminal está imediatamente em causa o interesse público do *ius puniendi*, direito que compete ao Estado enquanto representante da comunidade social e que se tra-duz praticamente no interesse comunitário da salvaguarda da ordem social-jurídica através da repressão e punição das infracções criminais. O interesse particular do ofendido (da vítima do crime), sem deixar de ser um elemento rele-vante, só importa, no entanto, mediata ou secundariamente - e, no fundo, só na medida em que a sua atendibilidade é também factor que concorre para uma repressão criminal eficaz. Pelo que com aqueles interesse e direito público--comunitários só terá o direito processo criminal de equa-cionar o valor e o direito de personalidade do arguido (valor e direito estes também essencialmente de carácter público, como já se disse)”.

2.2.2. Obrigatoriedade ou oficialidade

Como decorrência lógica da indisponibilidade dos interesses tutelados no âmbito do processo penal, surge a obrigatoriedade de exercício da ação penal para a concretização do *jus puniendi*. O Estado não é apenas o detentor da pretensão acusatória, mas tem também a correlatada obrigação de perseguir penalmente, em via de regra, sem a consideração da vontade do ofendido⁸⁰.

Sempre que houver a suspeita de que tenha ocorrido um fato punível, o órgão estatal responsável deve investigar e, por conseguinte, formular a acusação, desde que haja indícios suficientes de ocorrência do fato punível. Havendo notícia de prática de um delito, preenchidos os requisitos legais, relacionados a existência de indícios mínimos de materialidade e autoria, impõe-se ao órgão estatal responsável o dever de deduzir a acusação, afastando-se de concessões de ordem discricionária. Por ele não se pode conceber autorizar o órgão estatal responsável a tarefa de decidir, no caso concreto, se busca ou não a aplicação do direito penal com base em parâmetros pessoais ou políticos, sendo a invocação da norma penal de natureza cogente⁸¹.

A obrigatoriedade decorre também do princípio da legalidade. Em sede de direito processual penal, a sujeição das autoridades estatais ao império da lei impõe o dever de iniciar as investigações/formular a acusação ante a suspeita de prática de delito⁸².

Considerando que o direito penal como mecanismo de proteção do bens jurídicos fundamentais da comunidade, o processo penal vai atuar em seguida e assumir a função de viabilizar a satisfação de tais interesse, em nome e no interesse do qual se tem a obrigação de esclarecer o crime e estabelecer e punir o culpado, de forma que a promoção processual passe a ser tarefa eminentemente estatal, a realizar-se oficiosamente e completa independência da vontade e interesses particulares de lesados específicos.⁸³

⁸⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 25 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 83.

⁸¹ ARMENTA-DEU, Teresa. *Estudios de Justicia Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 56.

⁸² ARMENTA-DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 8 ed. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 40.

⁸³ Isso não quer dizer que o princípio da oficialidade goza de aplicação plena e sem limitações nas legislações processuais atuais. Apenas que na generalidade dos casos, a promoção e impulso processual incumbe a autoridades estatais. Há, em caráter residual, a previsão de crimes semi-públicos e de crimes particulares, onde se aplica o princípio da oportunidade. Em linhas gerais, a oficialidade abre espaço nestas hipóteses quando certas infrações não se relacionam de forma tão direta e intensa com os bens fundamentais da comunidade, mas com a própria dignidade ou interesses do ofendido. Neste

Na inteligência desta concepção, se não é dado ao órgão estatal, após firmada a convicção jurídica positiva acerca da uma infração penal, a possibilidade de provocar ou relegar a tutela jurisdicional consoante critérios discricionários, não se pode, por idêntica ordem, permitir que após a deflagração da ação penal, pudesse dispor do processo, sob pena de tornar inócua a obrigatoriedade. A obrigação legal de que o órgão estatal responsável pela acusação não possa dispor da ação penal, não se aplica apenas no momento de sua deflagração, mas também em momento posterior, no curso do processo penal.

É por esta razão que a obrigatoriedade da ação penal vai influenciar diretamente a gestão de provas. A obrigatoriedade estaria esvaziada com uma atitude implícita e velada de abandono ou negligência do órgão estatal responsável pela acusação em produzir de provas necessárias ao esclarecimento dos fatos, o que equivaleria, concretamente, na própria negação do princípio. O imobilismo probatório do órgão acusatório acarretaria, como consequência inarredável, a reunião incompleta e superficial de parâmetros fáticos, refletindo em uma decisão provavelmente injusta, na medida em que não pôde adequadamente solucionar o caso como deveria.

Dessa forma, como corolário da obrigatoriedade da ação penal, atribui-se ao juiz/tribunal a atividade probatória autônoma para o esclarecimento dos fatos e correta aplicação da lei penal, não só como forma de controle das funções do órgão acusatório, mas principalmente para densificar ao máximo a obrigatoriedade da ação penal.

Com efeito, tal princípio sofre limitações, seja por concessões em função do princípio da oportunidade, como também e principalmente, em função de garantias processuais constitucionais, onde a proteção dos direitos do acusado em geral também assumem igual envergadura na ordem de prioridades dos interesses do Estado.

2.2.3. Investigação da realidade histórica dos fatos: a verdade material

A verificação da verdade dos fatos é condição necessária para a justiça das decisões judiciais. Essa afirmação se funda na ideia de que nenhuma decisão pode ser considerada justa caso se embase em uma averiguação errônea dos fatos relevantes, tendo em vista que nenhuma norma pode ser aplicada corretamente tendo como suporte fatos concretos falsos ou equivocados.⁸⁴

Sobre esta investigação da realidade histórica opõe-se dois modelos: a verdade material e verdade formal. Pela verdade material, requer-se a busca de um máximo possível de dados probatórios necessários a verificação do que realmente ocorreu. Pela verdade formal, a verificação dos fatos é proporcionada pelas partes como mecanismos de comprovação de seus interesses, sem que para o processo interesse uma investigação exauriente.

Com efeito, a ideia da verdade material ou real, parte da necessidade de verificação da realidade histórica dos fatos atrelada a uma reconstrução do passado tal como o mesmo ocorreu. E a necessidade de busca incansável do que efetivamente se passou, dará a tônica do modo de gestão de provas, implicando numa ampliação da gama dos sujeitos que podem trazer elementos de convicção para os autos, afinal qualquer limitação a reunião de provas é vista como impeditivo da percepção da realidade histórica. Assim, não só aos intervenientes processuais, como a defesa e o Ministério Público, como ao próprio juiz, são outorgadas faculdades probatórias como mecanismo de buscar a verdade material.

Nesta linha, não basta que haja o seguimento das regras processuais justas para que uma decisão também o seja. Uma decisão somente será justa quando aplicar o direito aos fatos verdadeiros, o que justifica os poderes instrutórios oficiosos do tribunal para a colheita de elementos necessários à decisão.

Com efeito, relegar apenas às partes a missão de apresentar as provas em juízo, seria comprometer o compromisso com a verdade, e relegar com isso a indisponibilidade da matéria tratada no âmbito penal. Assim, reconhece-se a necessidade de se outorgar ao juiz a iniciativa instrutória de ofício como reforço à

⁸⁴ TARUFFO, Michaele. Poteri Probatori dele Parti e del giudice in Europa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, ano 60, n. 02, p.470, 2006.

descoberta da verdade, que pode ser negligenciada pelas partes pelos seus naturais interesses subjetivos no caso.

Elisabetta Grande, a ilustrar bem a questão, associou metaforicamente os modelos de busca de verdade a estilos de dança. O sistema adversarial está associado a uma ideia de *tango justice*, onde a verdade é estabelecida por dois personagens (partes), e somente por estes, que atuam em conjunto (cada um com seu papel) neste empreendimento. Neste, há uma precisão dos papéis das partes. No sistema inquisitivo, há uma espécie de *rumba justice*, onde um número variável de atuantes agem, ocasionalmente sozinho ou coletivamente, na busca da verdade, onde cada uma assume o papel diferente nesta tarefa conforme o andamento do processo. Aqui, passe-se certa ideia de desorganização ou imprecisão dos papéis.⁸⁵

Não se pode negar, portanto, que a verdade material veio intimamente ligada ao sistema inquisitivo, onde havia necessidade de se investigar fielmente o fato para descreve-lo com máxima fidelidade histórica. Portanto, a verdade material estava inserida em uma determinada estrutura de poder, onde a definição da verdade se concentrava nas mãos do aparato estatal. Com a passagem para o modelo acusatório, que de certa forma coincide com a forma democrática de governo, as novas relações de poder que se inseriam neste contexto, exigia uma nova configuração do conceito de verdade, mais aproximativa ou consensual.⁸⁶

Não obstante, parece persistir a ideia de que o fim do processo penal representa a descoberta da verdade, e com isso, a realização da justiça, no sentido de que haja sempre uma direta intenção ou aspiração constante de justiça. Essa busca da verdade material, também denominada de princípio da investigação, traduz-se diretamente nos poderes instrutórios do julgador. Não se contenta, aqui, com a atividade probatória das partes, ainda que no processo a elas seja concedido o mais dilatado âmbito de atuação, com participação constitutiva na declaração do direito ao caso concreto. Por ele, a ação instrutória do tribunal materializa-se em um verdadeiro poder-dever de esclarecer e instruir autonomamente, independentemente, das

⁸⁵ GRANDE, Elisabetta. Dances of criminal justice: Thoughts on systemic differences and the search for the truth. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter (org.). *Crime, Procedure Evidence in a Comparative and Internacional Context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaska*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 163.

⁸⁶ VIVES ANTÓN, Tomás. *El Proceso Penal de la Presunción de Inocencia*. In PALMA, Maria Fernanda (org.) *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 29-30.

contribuições da defesa e da acusação, o fato sujeito a julgamento, criando ele mesmo as bases necessárias a tomada da decisão.

Neste sentido, perfilha deste entendimento Castanheira Neves, ainda sob o domínio do Código de Processo Penal português de 1929, no sentido de que é possível conciliar o interesse público na punição com a da imparcialidade do julgador em um sistema acusatório estabeleça os poderes de investigação do julgador.⁸⁷

⁸⁷ NEVES, Castanheira A. *Sumários de Processo Penal*. Coimbra: 1968, p. 32/33: “(...)Ora o que o princípio da' acusação se propõe é justa mente a conciliação do interesse público (e portanto da função estadual) da repressão com as exigências, de não menor interesse público, da imparcialidade e objectividade no julgamento das infracções. O que se consegue atribuin-do a órgãos públicos fundamentalmente distintos, por um lado, a função de investigação e acusação dos delitos -que compete em regra ao M. P., magistratura com um estatuto administrativo -e, por outro lado, a função de julgamento dessa acusação -que compete ao tribunal criminal, como órgão de estatuto e estrutura jurisdicional. Desse modo, e já que além disso ao acusado será dada a mais ampla possi-bilidade de contradição e de defesa da acusação feita, o julgador, se se encontra numa situação super-partes, tam-bém não está interessado senão na apreciação objectiva do "caso" criminal que lhe é submetido. Diz, portanto, o princípio da acusação que o juiz só conhecerá dos delitos que lhe sejam acusados pelo M. P. -a ocupar formalmente a posição de parte -, nemo iudex sin actore,(...)”

2.3. Atuação probatória judicial: obrigatoriedade ou facultatividade?

A iniciativa probatória do julgador deve ser vista como uma mera faculdade ou um dever imposto pelo ordenamento processual?

Considerando que quando as leis processuais se valem de expressões da modalidade “podem”, não estão se referindo à discricionariedade, como a literal interpretação possa sugerir, mas a um verdadeiro poder-dever⁸⁸, tem-se que o legislador, ao estabelecer instrumentos probatórios para o julgador, não está se referindo que seu uso seja movido pela mera vontade, mas prescrevendo que deverá fazê-lo sempre que o caso assim o exigir⁸⁹.

Com efeito, por força dos princípios acima delineados que justificam a atividade probatória do magistrado judicial, é evidente, nessa visão, que seria inaceitável que o juiz aplique normas de direito material sobre fatos não suficientemente demonstrados. Desta forma, ao referendar os poderes instrutórios do tribunal é de inafastável conclusão que o juiz deve obrigatoriamente assumir posição ativa na fase instrutória do processo⁹⁰, não se limitando a apreciar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando a produção de provas e carrear aos autos elementos probatórios que entender necessários à completude das bases fáticas do julgamento.

Assim, a previsão normativa relacionada ao tema aponta para uma obrigatoriedade de atuação e não uma simples faculdade do julgador. Logo, o tribunal tem o dever de garantir que a causa esteja devidamente instruída com o suporte probatório necessário à formação de sua convicção, diante do interesse público que conduz a descoberta da verdade para melhor realização da justiça⁹¹.

Neste sentido, são as lições de Figueiredo Dias, que assevera que pelo princípio da investigação, é dever do Tribunal desincumbir-se de esclarecer e instruir autonomamente o caso sujeito a julgamento, criando ele mesmo as bases para a decisão, mesmo para além das contribuições da acusação e defesa. Esta linha

⁸⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v.1. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 148.

⁸⁹ JORGE, Nuno Lemos. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. *Julgar*, Coimbra, n. 03, p. 63, 2007.

⁹⁰ GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal em el Estado de Derecho*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p 83-84.

⁹¹ HASSEMER, Winfried. *La verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Cidade do México: Ubijus Editorial, 2009, p. 03.

argumentativa é que muitos se amparam para sustentar a ausência de um verdadeiro ônus da prova no processo penal. Se há um dever de investigação judicial da verdade, que se implementa de forma autônoma, para além do contributo dos intervenientes processuais, disso decorre que não recairia sobre as partes, em processo penal, a existência de um autêntico ônus probatório, porquanto não haveria propriamente qualquer consequência negativa a ser aplicada em virtude da não apresentação de prova sobre fatos que vão dar guarida aos interesses de cada sujeito processual⁹².

Com efeito, esta também parece ser a posição de Roxin, ao afirmar que a existência de um princípio da investigação ou da verdade material no processo penal, pressupõe que o tribunal possa investigar por si mesmos os fatos da causa, não estando vinculado aos requerimentos e declarações das partes no processo⁹³.

Logo, tem-se que os poderes instrutórios do juiz penal não constituem uma simples autorização, mas um dever de determinar provas, obrigando o juiz a examinar, sobre todos os aspectos, todas as circunstâncias essenciais da causa e verificar o efetivo conteúdo da relação de direito e de fato.

A par dessa posição luso-germânica que concebe os poderes instrutórios de que goza o juiz não como mera faculdade colocada à sua disposição, mas a uma obrigação que o leva a ordenar a execução de atos que propiciem a descoberta da verdade, há setor da doutrina que concebe o instituto como uma discricionariedade ou simples autorização que é dada ao juiz para proceder de ofício⁹⁴.

Aqui haveria uma permissão ao julgador destinado a complementar o acervo probatório e assim garantir uma demonstração mais segura dos fatos relevantes ao julgamento da causa, mas não importando em um verdadeiro dever de atuar na busca de provas necessárias ao esclarecimento dos fatos.

Contudo, entendemos que a prevalecer a consideração de que a atividade instrutória desenvolvida pelo tribunal constituiria uma mera faculdade processual, isso comprometeria a própria coerência com os fundamentos aduzidos pelos defensores dos poderes oficiosos. Há o anúncio de que existe na base teórica uma conexão entre os poderes de investigação do juiz com o princípio da legalidade, a verdade material e

⁹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v.1. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 191: “ (...) compreende-se que não impenda nunca sobre as partes, em processo penal, qualquer ônus de afirmar, contradizer e impugnar, como igualmente, que não atribua qualquer eficácia à não apresentação de certos factos não contradictados (...)”

⁹³ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 25 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 99.

⁹⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 151.

a indisponibilidade dos interesses em jogo em processo penal. A congruência com o alicerce teórico não admite que possa extrair a interpretação de que o instituto tenha a natureza jurídica de uma mera faculdade processual, mas sim de um verdadeiro poder-dever de investigação.

Não se quer com isso afirmar que a indisponibilidade dos interesses em jogo do processo penal e o compromisso com a verdade processual imponham necessariamente a iniciativa instrutória do juiz. Até acreditamos, conforme será exposto nas linhas subsequentes, que não existe essa correlação obrigatória. Mas os partidários os poderes de investigação do tribunal fundam a própria existência do instituto justamente nos consentâneos do caráter público do processo. A admitir uma mera faculdade do julgador nesta seara colocar-se-ia em xeque a referida base teórica, até porque se o poder instrutório decorre de um caráter indisponível dos interesses materializados no processo penal, a assunção de uma atitude meramente discricionária implicaria em considerar a possibilidade de disposição pelo juiz da referida natureza pública.

Assim, ou terão que considerar que o caráter público do processo não leva a previsão de poderes instrutórios, como acreditamos ser (exploraremos isso mais adiante) e assim a desnecessidade deste instituto ou terão que buscar novos fundamentos teóricos para os poderes instrutórios *ex officio* até então desconhecidos. Enfim, o que nos afigura inapropriado é correlacionar a indisponibilidade do interesse público com poderes instrutórios facultativos do juiz.

2.4. Construções doutrinárias tendentes a compatibilizar a iniciativa instrutória no atual processo penal: subsidiariedade da atuação oficiosa do juiz e respeito ao contraditório⁹⁵

É verdade que grandes autores como Figueiredo Dias⁹⁶, defendem que mesmo com a evolução do processo penal de um tipo inquisitório para um tipo acusatório, bem como pelas bases desta evolução, que teve como centro material a imparcialidade judicial como condição indispensável a uma autêntica decisão judicial, não se pode admitir a supressão dos poderes investigatórios do juiz. O sistema acusatório e a imparcialidade já estariam bem assegurados desde que o órgão julgador não seja dotado também de funções de investigação preliminar e que acusação seja deduzida por sujeito processual diverso. O sistema acusatório não impediria, assim, que a entidade julgadora possa produzir provas dentro dos limites que são de antemão postos por uma acusação formulada por ente processual diverso. Esta atividade investigatória não comprometeria o princípio da acusação, uma vez que não há autorização para que o tribunal possa dirigir indiscriminadamente a colheita de provas fora do contexto das bases assentadas pela acusação. Pelo contrário, a atividade cognitiva deve estar diretamente limitada pelo objeto da acusação. Em verdade, esta atividade probatória do juiz penal, também denominado de princípio da investigação, consubstanciaria em um poder-dever de, respeitadas as referidas bases, de instruir autonomamente, mesmo para além das contribuições da acusação e da defesa, a fim de criar, por ele mesmo, as bases necessárias a um julgamento.

No entanto, mais recentemente, os partidários dos poderes probatórios do juiz argumentam que embora seja necessário dotar o órgão julgador de poderes de investigação, o instituto não seria tão extenso assim, como acredita ser os autores da

⁹⁵ Um esclarecimento inicial a respeito da distinção entre subsidiariedade e facultatividade em matérias de poderes instrutórios do juiz parece ser necessária a fim de evitar eventuais distorções na compreensão. A facultatividade, conforme restou apontado no item anterior, diz respeito à discricionariedade do julgador lançar mão de seus poderes instrutórios, sem que haja um dever neste sentido. A subsidiariedade diz respeito a uma atuação complementar a tomar lugar após uma outra tida por principal. Nesta temática, a subsidiariedade da ação probatória do tribunal consubstanciada em uma ação a ser posta em prática após o algum exercício de atividade probatória das partes em caráter principal. Assim, podermos ter uma ação do tribunal obrigatória e subsidiária, na medida em que após a produção de provas pelas partes esta se revele insuficiente e surja o dever para o tribunal em complementá-la.

⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v.1. Coimbra: Coimbra Editora: 1984, p. 136.

linha do eminente Professor Figueiredo Dias⁹⁷. É preciso acrescentar limitações mais profundas.

Com efeito, passam a frisar que um juiz potencialmente ativo para complementar a iniciativa probatória das partes, dentro de um contexto processual em que estejam asseguradas as garantias das partes em um sistema político e processual democrático, com a ampla defesa e contraditório, e um juiz inquisidor dentro de um marco de um sistema político e processual de caráter autoritário, são situações completamente diferentes. O primeiro caso se apresenta nos sistemas atuais continentais, em que se cumpre as garantias de defesa e contraditório, mas que possuem juízes com poderes mais ou menos amplos de iniciativa instrutória⁹⁸. O segundo caso, segundo argumentam, não se verifica atualmente em lugar nenhum. A diferença entre um juiz ativo e um juiz autoritário se constata pela verificação de que a função ativa do juiz diz respeito ao aporte de provas em caráter complementar e subsidiário em comparação com atividade probatória principal das partes, de modo que quando estas exercem completamente sua atividade, propondo todas as provas disponíveis, proporcionando informações suficientes para o juiz julgar o caso a ele submetido, como ocorre frequentemente na prática, não há nenhuma necessidade do juiz exercer seus poderes. Situação esta que é completamente distinta de uma função inquisidora, onde o juiz colhesse provas de forma indiscriminada, tolhendo as partes de garantias processuais.

Argumentam os defensores dos poderes oficiosos do julgador que somente se poderia admitir um juiz passivo e neutral, cabendo as partes dirigir todo o trabalho de carreamento de provas para os autos, partindo-se da premissa que a única função do processo é resolver disputas e controvérsias, sem um comprometimento a resolução justa do caso, como ocorre nos sistemas adversariais. Nestes sistemas, naturalmente, não há uma preocupação com a qualidade nem com a justiça das decisões, porquanto o que importa é resolver o litígio e por fim a controvérsia, não se importando com o conteúdo da decisão e nem com os critérios em que se esta se baseia. Ou seja: se não se importa com a verdade dos fatos, não faz falta dotar o juiz

⁹⁷ Os poderes de investigação do julgador penal de forma ampla foi defendida pelo eminente autor Jorge de Figueiredo Dias: Neste sentido: (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v.1. Coimbra: Coimbra Editora: 1984). No entanto, mais recentemente, verificamos que o autor passou a defender também uma postura meramente supletiva do juiz sua iniciativa probatória. Neste sentido: (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 16.)

⁹⁸ PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.30.

de poderes probatórios para alcançar a verdade. No entanto, afirmam que não é essa a missão do processo penal nos sistemas continentais. A administração da justiça deve ser orientada para a resolução do caso como de interesse público, com a obtenção de decisões justas, não se reduzindo a atividade jurisdicional a resolver contendas entre indivíduos privados. Em ordem destas ideias, uma das condições para que o processo cumpra suas finalidades, é o sistema estar devidamente orientado a permitir a condução a decisões jurídicas racionalmente corretas e, portanto justas, na medida em que haja o compromisso de estabelecer a verdade dos fatos postos em causa. A lógica é que nenhuma decisão judicial poderá ser considerada legal e racionalmente correta, e, portanto justa, se embasada em uma determinação errônea e não verdadeiras dos fatos a que se refere ⁹⁹.

Assim, a orientação favorável a atribuição de poderes de instrução ao juiz, que se manifesta, conforme dito, em numerosos ordenamentos jurídicos, apoia-se evidentemente em opções ideológicas para as quais a qualidade das decisões que põe fim ao processo é de modo nenhum indiferente nem irrelevante, mas pelo contrário, deve tender a se basear em uma determinação de verdade dos fatos postos em causa.

Outro ponto em que se apoiam é que, o afastamento do julgador de poderes instrutórios implicaria em clara adoção de um sistema adversarial, incompatível com a tradição, as características e fins do sistema processual continental. Nos modelos adversariais, onde ao juiz é atribuído um papel passivo diante do protagonismo das partes, este nunca está orientado a busca da verdade, já que um sistema de simples contenda das partes nunca estará vocacionado para a busca da verdade, já que as partes, por sua natural posição não têm interesse em estabelecer a verdade, mas defender seus interesses parciais, apresentando versões e aportando provas que dão guarida apenas aos seus interesses. Esta constatação faz com que nenhum ordenamento jurídico atual prescindia totalmente de atribuir ao juiz algum poder instrutório, em menor ou maior grau, como mecanismos para não confiar exclusivamente às partes o alcance do objetivo da *substantive justice*. Conforme sustenta Taruffo ¹⁰⁰, não mais se observa hoje, nos ordenamentos jurídicos atuais, a sombra de um Torquemada e não aflora o fantasma de um juiz *longa manus* de Hitler, Mussolini ou Stalin, mas pelo contrário, surge a figura, muito mais modesta e

⁹⁹ CARACENI, Lina. *Poteri D'Ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*. Milão: Giuffrè, 2007, p. 221.

¹⁰⁰ Ob. Cit. p. 268.

razoável, de um juiz que assiste ao “jogo das partes” e que intervém quando percebe que o “jogo” corre o risco de levar a decisões injustas porque estão embasados em uma apresentação incompleta ou inadequada dos fatos pelas partes. E quando observadas tais distorções, deve o juiz buscar complementar o acervo probatório, evitando que um conjunto precário de provas, não permita bem esclarecer o fato e, por via de consequência, comprometer a justiça da decisão¹⁰¹.

No mais argumentam-se que basta a separação das funções de acusar, julgar e defender para bem assegurar o sistema acusatório e a imparcialidade do julgador, situação que se verifica na maioria dos sistemas processuais atuais. Além disso, as partes continuam a ter iniciativa probatória em caráter principal e de influir o convencimento judicial, representando a atividade probatória do juiz um ganho do acertamento dos fatos.¹⁰² Se o julgamento é uma escolha entre hipóteses contrapostas, e se as hipóteses são preferíveis em razão da quantidade de informações coerentes que lhes dá sustentação, os poderes instrutórios do tribunal não podem ser relegados a uma excepcionalidade, mas devem ser deflagrados sempre que há a perspectiva de descoberta de um novo fato a apto a influir decisivamente no esclarecimento do caso, seja para convalidá-la ou infirmá-la.¹⁰³

Ainda assim, argumentam que o juiz que ordena meios de prova não perde a sua imparcialidade, porquanto o juiz ao determinar um meio de prova, não sabe de antemão o que dele vai resultar e, em consequência, qual parte vai beneficiar. No mais, se o juiz está em dúvida sobre determinado fato importante e sabe que a produção de determinada prova poderia eliminar sua incerteza e mesmo assim não determina a sua produção, aí sim, estaria sendo parcial, porquanto saberá de antemão que sua abstenção irá fatalmente beneficiar alguma das partes. O juiz ativo não seria, portanto, parcial, na medida em que é um juiz atento aos fins do processo e que busca fornecer a melhor prestação jurisdicional possível. Um juiz passivo e conformista não encontraria consonância em um Estado que tem interesse na solução justa dos conflitos. Os argumentos que buscam a conciliação dos poderes instrutórios do julgador com o sistema acusatório aparentemente apresentam argumentos bem sedutores.

¹⁰¹ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 205.

¹⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 116.

¹⁰³ FASSONE, Elvio. Dalla “certezza” all’“ipotesi preferibile”: un metodo per la valutazione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, v.38, n. 4, p. 1104-1131, 1995.

Contudo, conforme se verificará no item seguinte, as construções doutrinárias com esta finalidade são insuficientes para superar o fim a que pretendem. Em verdade, a proposta que visa harmonizar a atividade investigativa do juiz com o sistema acusatório e a imparcialidade judicial, já demonstra alguma dificuldade porquanto está a reconhecer, ainda que não abertamente, a existência de uma tensão significativa entre eles, a ponto de impor condicionamentos ao poder-dever do tribunal de instruir a causa.

2.5. Problemas da atividade probatória do julgador

Como exposto no tópico supra, o magistrado deve valer-se de seus poderes instrutórios sempre que necessário para dotar a causa de elementos suficientes para um julgamento justo.

Pela já explorada ideia da obrigatoriedade do exercício dos poderes de investigação, o magistrado tem o dever de tentar descobrir a verdade, e ninguém melhor do que ele, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas produzidas são suficientes ou não para a formação de seu convencimento. Se reputar que há elementos não suficientes, o magistrado teria o dever de diligenciar autonomamente e determinar a produção de outras provas que entender cabíveis.

Como se pode desde já verificar, a aceitação dos poderes instrutórios do julgador leva a conclusão de que o seu exercício deva ostentar caráter de obrigatoriedade, e que sua deflagração prática não teria condicionamentos e deveria ser exercida até e quando houver a reunião de acervo que o juiz entender suficiente o bastante para a formação de seu convencimento. O argumento é sempre que o juiz tem o poder-dever de bem esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau de certeza possível, pois a missão maior da atividade jurisdicional é a pacificação social com justiça, e que isso somente poderia acontecer se o provimento judicial for resultado de uma atividade de subsunção de fatos efetivamente ocorridos e verificados à norma penal correspondente.

Contudo, a ideia de um juiz que possa produzir provas de forma autônoma, sem qualquer empecilho, para além da contribuição das partes, traz à tona inarredavelmente a figura de um juiz inquisidor que assume o papel central na gestão de provas, que busca as provas de ofício para amparar sua própria decisão.¹⁰⁴

É claro que a postura de um juiz inquisidor não é mais aceita nas legislações processuais atuais. Porém, a permanência do instituto dos poderes instrutórios do juiz no processo penal traz este dilema, esforçando-se a doutrina para conciliar os poderes de investigação com um sistema acusatório e democrático.

¹⁰⁴ LOPES JR. Aury. O problema da verdade no processo penal. In PEREIRA, Flávio Cardoso (org.) *Verdade e Prova no Processo penal. Estudos em homenagem ao Professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.63-84.

Com efeito, a tarefa de conciliar institutos pressupõe a colocação de limites. Surge, assim, a necessidade de indagar quais são os limites para o desenvolvimento da atividade probatória do julgador .

Neste ponto, a doutrina tem-se manifestado no sentido de que a atividade probatória do juiz não é ilimitada, existindo barreiras intransponíveis à iniciativa oficial, que se podem desdobrar em dois aspectos: a atividade judicial deve ser sempre complementar à atividade das partes, isto é, não deve ser exercida em grau de paralelismo ou concorrência com as partes, mas em caráter subsidiário; deve-se observar sempre o princípio do contraditório, com a necessária participação das partes em todas as fases da colheita do material probatório determinada *ex officio*.

Assim, incumbiria às partes a tarefa principal de carrear material probatório ao caderno processual, de forma originária e principal, a fim de comprovar os fatos que dão guarida a seus interesses. Desempenhada a atividade principal das partes, e permanecendo pontos obscuros ou surgidos outros pontos necessários ao esclarecimento do tribunal, o juiz deve atuar de ofício em busca de tais elementos.

Como se depreende, a posição é de que a postura instrutória do juiz não pode ser de protagonismo ou de concorrência com as partes, mas empregada em grau de subsidiariedade, e ainda, sempre com a necessidade de se conferir às partes oportunidade de manifestar-se previamente sobre a determinação de produção de provas, bem como na participação no próprio ato concreto de colheita da prova. Assim, tem-se procurado conciliar a obrigatoriedade de emprego dos poderes instrutórios do juiz com uma postura judicial democrática consentânea com o sistema acusatório. O juiz, portanto, teria o poder-dever de empregar os seus poderes instrutórios após as partes exercerem seu ônus de produzir inicialmente as provas necessárias à demonstração de seu interesse, em caso de persistirem pontos duvidosos ou obscuros, com observância ao princípio do contraditório.

2.6. Aproximação do problema da atuação probatória *ex officio* do juiz: insuficiência das construções doutrinárias de harmonização: resultados incontornáveis da atuação

2.6.1. Impossibilidade de controle e indefinição do momento de deflagração

Consoante descrito no item deste trabalho, há a posição conciliatória que permite a atividade instrutória do tribunal desde que se faça em caráter complementar às partes ditas principais e, esteja submetida ao crivo do contraditório. Não obstante ser sedutora referida posição, a mesma traz uma problemática de difícil solução.

Em verdade, trata-se do controle do exercício destes poderes complementares diante de possíveis desvirtuamentos. Considerando o reconhecimento de que a atividade probatória do tribunal não é ilimitada, devendo ser exercida consoante os parâmetros da subsidiariedade e observância ao contraditório, surge a relevância de verificar a se deflagração da atividade instrutória foi devidamente exercida consoante parâmetros.

Neste aspecto, a indevida utilização dos poderes probatórios pelo juiz surge como ponto importante, tanto na hipótese de um comportamento ativo de excesso de investigação, como também diante da inércia ou omissão do julgador em buscar elementos probantes.

A questão da postura ativa exorbitante dos poderes instrutórios pelo juiz não oferece tantos problemas quanto ao aspecto de possibilidade de controle. A assunção de um comportamento protagonista pelo julgador na instrução processual, muito embora possa ocasionar sérios problemas no tocante à afetação da imparcialidade judicial e à quebra do sistema acusatório, mediante mescla ou indefinição das funções processuais, tal conduta não traz dificuldades de possibilidade de controle, porquanto a diligência probatória *ex officio*, quando posta em prática, é sempre explícita e detectável nos autos, sendo sempre impugnável mediante os recursos processuais previstos na legislação e sujeitas, tanto quanto possível, ao duplo grau de jurisdição.

Mais complexa é a questão do não uso, ou omissão do julgador em por em prática o dever de instruir adequadamente a causa, até porque a inércia não se encontra na maioria das vezes contida em uma decisão explícita. O julgador, nestes

casos, simplesmente silencia, e não exerce sua atividade subsidiária de solucionar os pontos duvidosos e obscuros do processo, necessários à justa solução do caso.

De fato, o controle de um poder-dever instrutório do juiz, por uma ostentação de uma situação passiva injustificada, omitindo-se em adotar a diligência essencial ao apuramento da verdade dos fatos, revela-se extremamente indefinida e improvável.

Partindo da consideração da concepção conciliatória acima referida, que ação probatória oficiosa do juiz é possível desde que em caráter complementar, temos que admitir que as partes têm o ônus de protagonista na temática probatória, e que devem, por força desta condição processual, assumir a dianteira quanto à produção de provas. Assim, a deflagração dos poderes instrutórios pelo juiz somente se justificaria se houver uma ação inicial com suficiente intensidade das partes e que, não obstante, deixe pontos descobertos, que justifiquem a postura subsidiária do julgador neste sentido. A postura complementar do juiz não se justificaria, e não poderia ser implementada, se houver inação ou desdém das partes no ônus principal de demonstrar os fatos que dão suporte a seus interesses. Do contrário, a atuação judicial não estaria em consonância com os temperamentos acima delineados e revestir-se-ia de caráter principal, onde o juiz é que assumiria a condição de protagonista na produção de provas, o que parece serem todos contrários.

Nesta linha, na situação em que se admita a postura supletiva do juiz, pressupondo sempre uma conduta inicial produção de prova pelas partes, tem-se a seguinte colocação: qual *standard* suficiente para considerar que as partes exerceram adequadamente seu papel de protagonista na produção de provas, e partir do qual o juiz estaria autorizado a deflagrar sua atividade complementar na instrução? Se o juiz não exercer seu papel subsidiário na instrução processual, como afirmar que a sua omissão foi indevida e que o julgador não atendeu a obrigatoriedade de esclarecer suficientemente?

Qualquer das partes intervenientes no processo penal que alegar a omissão do julgador em adotar uma postura supletiva, e em desrespeito ao princípio da investigação, terá, primeira e necessariamente que comprovar que agiu desempenhando seu encargo probatório em caráter principal. Do contrário, estará exigindo a figura de um juiz protagonista, o que na linha do que se expôs, seria vetado.

Assim, em via recursal, sede do controle de atos judiciais, a parte teria necessariamente que desafiar a decisão, demonstrando sua atuação inicial com certa carga de intensidade que, não obstante, foi insuficiente para cobrir todo o leque de elementos fáticos, o que justificaria a atividade indagatória oficiosa que, em nome da verdade real, atuaria especificamente sobre os pontos a descoberto.

De toda a forma, surgirá sempre o questionamento de saber o porque da parte não ter ela mesma produzido ou requerido a produção de provas de seu interesse. O eventual reconhecimento, em grau de recurso, da omissão do juiz em investigar culminará no reconhecimento de uma omissão da própria parte em requerer ou produzir a prova.

Com efeito, uma solução a este dilema poderia partir para um reenquadramento dos poderes instrutórios do julgador para uma mera faculdade processual, e não mais como um poder-dever de instruir o caso penal. Contudo, a transformação dos poderes investigatórios em uma discricionariedade conspira diretamente contra os alegados fundamentos da existência do próprio instituto, embasada sempre no caráter indisponível do processo penal e a busca da verdade. Se o juiz pode utilizar ou não, conforme sua discricionariedade, seus poderes instrutórios, além de minar a base teórica do instituto, tornaria ainda a possibilidade de controle ainda mais tormentosa.

2.6.2. A presunção de inocência e a produção *ex officio* de provas

Não está claro na doutrina, há quanto tempo remonta a vigência do princípio da presunção de inocência¹⁰⁵, sendo certo, no entanto, que o postulado teve seu marco histórico na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁰⁶, como a reação às práticas inquisitivas até então em pleno vigor. Neste, pelo contrário, pesava uma presunção de culpabilidade contra o arguido, não só ao nível probatório como também ao nível de tratamento que lhe era dispensado ao longo do processo. No processo inquisitório, como visto, o acusado era reduzido à condição de objeto processual e, na prática, teria que provar sua inocência para se livrar da condenação, na medida em que pendia sobre ele tal ônus, pois era dado como culpado desde o início, e submetido a todos os meios coercitivos com o fim de obter a confissão para confirmar tal *status*.

A presunção de inocência foi forjada, portanto, como reação contra os abusos e excessos no processo penal até então vigentes, que não mais estavam em consonância com os novos ideais de liberdade e igualdade posto em relevo no período pela Revolução Francesa. O princípio da culpabilidade, a legitimação da tortura como forma de obtenção da confissão, a ausência de direitos de defesa, e poderes quase absolutos dos juízes investigadores, são imediatamente superados com a consagração do princípio em tela, pelo que pode ser considerado como um verdadeiro direito cívico do cidadão na tutela jurídica de sua honra e liberdade¹⁰⁷.

Este legado foi paulatinamente recepcionado pelas legislações europeias nos processos penais reformados instituídos a partir do *Code d'instruction criminelle* de 1808. A feição mais acusatória na fase instrutória no processo reformado permitiu a abertura à tutela de garantias processuais, permitindo que acusação, ao se separar do magistrado judicial, se encontrasse em certo plano de igualdade com a defesa.

A presunção de inocência, só concebível em um processo deste jaez, em que o acusado não é visto como mero objeto e sim como sujeito de direitos processuais, contribuiu, decisivamente, para um certo equilíbrio, há muito tempo

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 25 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. p. 112.

¹⁰⁶ “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei (Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, Art. 9º)”

¹⁰⁷ VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 34.

desejado, entre a liberdade do arguido, de um lado, e a persecução criminal e combate a criminalidade, do outro.

Após um pouco mais de um século de marchas e contramarchas, e diante de palco de duas grandes guerras mundiais e de regimes totalitários, a Europa voltou a sentir a necessidade de reagir novamente contra excessos e violações maciças de direitos humanos. O restabelecimento de um novo marco político e jurídico em torno de direitos e garantias individuais, em um plano concertado ao nível internacional através de pactos internacionais, a garantia da presunção de inocência foi novamente alçada a grau de destaque no âmbito de processo penal equitativo a ser adotado por todos os Estados signatários dos convênios supranacionais.¹⁰⁸

Assim, a presunção de inocência assume-se como regra de repartição do ônus da prova segundo o qual a prova da culpabilidade recai inteiramente a quem formula a acusação. Se uma vez esgotados os esforços probatórios do órgão de acusação, subsistir o *non liquet*, a absolvição se impõe em virtude de seu corolário *in dubio pro reo*, já que a ausência de culpabilidade razoavelmente demonstrada não pode servir para um tratamento diferente do que a própria inocência comprovada.¹⁰⁹

Com efeito, elevado a princípio constitucional pelas Constituições portuguesa e brasileira¹¹⁰, a presunção de inocência é preceito cogente de ônus da prova que dá conta que o acusado nada deve provar, sendo que o Estado é que tem a incumbência plena de estabelecer a culpabilidade do acusado.

Consoante Ambos, o instituto é comum tanto na tradição de direito romano-germânico como no *common law*. Neste modelo, o princípio em tela é relacionado com a situação de que a comprovação da culpa do arguido ocorra após o

¹⁰⁸ (...) Clama-se, de novo, por um processo penal justo, onde tenha necessariamente cabimento a presunção de inocência enquanto garantia colocada entre os direitos, liberdades e garantias de carácter pessoal e eis que a presunção de inocência se assume como grito de reação contra um passado que pretendia ignorar as liberdades e direitos individuais. Foi assim que se passou para textos internacionais, como a Declaração Universal de Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 10 de Dezembro de 1948, no seu art. 11, nº 1 (...). Dois anos mais tarde, a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais do Conselho de Europa de 4 de Novembro de 1950, n seu nº 2 do art. 6º(...). de referir ainda o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1+6 de Dezembro de 1966, em especial o art. 14º, nº 4...” (VILELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 53-54.

¹⁰⁹ TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 153-156.

¹¹⁰ Constituição da República Portuguesa: “Art. 32º, 2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.

Constituição da República Federativa do Brasil: Art. 5º, LVII. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

alcance de um *standard* probatório resumido na expressão *by proof beyond a reasonable doubt*.¹¹¹

Seja como for, diante do que foi até aqui explanado, pode-se extrair do instituto da presunção da inocência um duplo significado, ambos complementares e inseridos no âmbito de garantia processual: a) como regra de tratamento; b) como regra de juízo ou julgamento. Pelo primeiro aspecto, o foco é conferir ao acusado um *status* de igualdade de tratamento tal como os demais cidadãos, ainda que sob ele recaia suspeitas da prática de uma infração penal. Reflete-se no modo como o acusado é tratado durante todo o procedimento criminal, obrigando-o todos os intervenientes do processo a atuar a partir deste estatuto de inocência, com a redução mínima de medidas restritivas de direitos. O segundo aspecto, a seu turno, centra-se no âmbito probatório, no sentido de que a carga de provar a culpabilidade recai inteiramente sob os órgãos responsáveis pela acusação, encontrando-se o acusado desonerado de provar sua inocência. Isto resultará na regra de julgamento segundo ao qual o juiz, ao proferir sua sentença final, terá como ponto de partida o estatuto da inocência, condenando o acusado somente se a acusação apresentar provas suficientes para desconstituir tal presunção e, absolvendo, caso não o faça, ainda que permaneça em situação de dúvida, que será resolvida sempre favoravelmente à defesa.

Essa dupla acepção, implica em atribuir ao princípio da presunção de inocência máxima efetividade. Neste ponto, não concordamos com certo setor minoritário da doutrina, baseado de certa forma no *common law*, na vertente americana, que concebe a presunção da inocência apenas como regra de julgamento a ser utilizada durante a instrução processual, não valendo quanto aspectos ou fases exteriores ao julgamento.¹¹²

¹¹¹ AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law*. v. 3. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 69-70.

¹¹² Enquanto predomina uma interpretação ampla e geral do princípio da presunção de inocência, como regra de tratamento e de julgamento, nos sistemas continentais, a Suprema Corte norte-americana tem uma concepção bem restritiva acerca do referido instituto, e que permite sua aplicação apenas no momento da etapa do juízo oral perante o júri, com mecanismo de estabelecer quem tem a carga probatória durante o julgamento, e não tem aplicação para momentos ou fases processuais anteriores, a que denominam aspectos externos ao julgamento. A propósito, no julgamento da Suprema Corte *Bell v. Wolfish* (1979), foi pontuado que o princípio da presunção de inocência cumpre papel importante no sistema de justiça penal americana, porém, não tem aplicação na aferição dos direitos da pessoa sujeita a prisão preventiva antes que se inicie a etapa de seu julgamento, pois o que importa para o efeito é proteger o acusado de uma condenação sem bases razoáveis, e não de uma detenção provisória. Confirmando que o referido princípio não tem aplicação não só a fases anteriores ao julgamento, mas em qualquer aspecto externo dele, a Suprema Corte, no caso *State v. Green* (1973), decidiu declarar a constitucionalidade de lei do Congresso que proibiu na altura a compra de arma de fogo por quem apenas estivesse respondendo por crimes graves, posto que a presunção de inocência não se aplica a

De igual forma, a aplicação do princípio em discussão está acolhida na jurisprudência do TEDH, que também realiza dupla abordagem, como forma de conferir interpretação extensiva a presunção de inocência. No aspecto de regra de julgamento, denominado *outcome-related aspect*, pontua-se que a qualidade de culpado somente poderá advir após o completo exame de toda evidência em julgamento, a cargo os agentes estatais responsáveis por deduzir a acusação¹¹³. No plano de regra de tratamento, denominado como *reputation-related*, tem como objetivo resguardar a imagem do acusado perante prévias ilações acerca de culpabilidade, seja por parte dos intervenientes processuais, seja por parte da mídia em geral.¹¹⁴

A problemática de conciliação do estatuto de inocência com a iniciativa probatória de ofício do julgador penal situa-se a partir do enfoque do referido postulado como regra de julgamento, segundo o qual cabe aos órgãos estatais encarregados da persecução penal a demonstração segura da culpabilidade do acusado.

A deflagração dos poderes oficiosos seria destinada a sanar pontos duvidosos acerca da culpa do acusado, com objetivo de alcançar a verdade e, com isso, o julgamento justo do caso. Mas daí surgem as seguintes questões: no processo penal, por força da construção doutrinária da presunção de inocência, e de seu corolário o *favor rei*, a dúvida não seria resolvida em favor do acusado? Ou, ocorre o contrário, de forma que somente após o devido exercício dos poderes de investigação do juiz, e se ainda sim, a dúvida persistir, é que autorizaria a resolução do caso em favor do acusado, pela incerteza da culpabilidade?

Para os partidários da possibilidade da iniciativa probatória de ofício, a resolução do caso, com a absolvição do acusado pela dúvida, somente estaria autorizada após o juiz exercer seu poder-dever de instruir adequadamente o processo e, mesmo assim, o estado de incerteza permanecer. Esta é a posição de Valdez Pereira, ao afirmar que a presunção de inocência é plenamente compatível com a atividade instrutória do juiz penal, que somente incidiria após a etapa de toda a valoração da prova, que inclui inclusive o aporte de prova pelo julgador no exercício

fatos exteriores ao julgamento, de forma que seria possível um lei restringir o acesso baseado na propensão a violência de pessoas sujeitas a processos por fatos graves. In LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Um ensayo sobre epistemología jurídica. Tradução de Carmen Vazquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p.143-146).

¹¹³ Salabiaku v. França (TEDH 1988)

¹¹⁴ Minelli v. Suíça (TEDH 1983)

de seus poderes de investigação.¹¹⁵ Assim, concluída a instrução processual, vê-se o juiz diante da possibilidade de configurações fáticas contraditórias e igualmente verossímeis, deverá valer-se de seus poderes instrutórios com a finalidade de esclarecer a questão.¹¹⁶

No entanto, não concordamos com esta posição. Primeiro, porque partiria de uma inversão interpretativa onde as técnicas de valoração de prova condicionariam um princípio constitucional e convencional. Segundo, porquanto haveria uma espécie de temperamento do estatuto da inocência pelo princípio da investigação, onde sempre em caso de dúvida o juiz estaria obrigado a utilizar seus poderes instrutórios para esclarecer tais fatos.

Ora, o juiz assim agindo estaria a esvaziar a garantia da presunção da inocência, de maneira que estaria atuando ao lado dos órgãos de acusação a que incumbe a tarefa de comprovar a responsabilidade criminal do acusado. O princípio da investigação implica na inarredável situação do juiz participar da desconstrução da presunção de não-culpabilidade, o que sustentamos não parecer correto em um modelo que leva a sério o referido postulado.

Pode-se objetar que os poderes instrutórios podem ser utilizados para favorecer a defesa, nas situações em que o acusado apresente uma tese defensiva coerente, porém desprovida de elementos de prova. Contudo, nesta situação entendemos que a produção de provas determinada pelo juiz não teria qualquer utilidade. Se a defesa lançou argumentos que por si só tragam dúvidas ao caso, a ponto de permitir a atuação judicial neste sentido, basta o juiz invocar o *favor rei* e

¹¹⁵ “(...) a carga probatória e o princípio da presunção da inocência restam preservados em todo o tipo de processo, ainda que o julgador disponha de iniciativa instrutória, o que pode e vai alterar é o momento em que tais técnicas de juízo entram em funcionamento. No processo de caráter *adversariness*, de monopólio dos interessados, tão logo se encerra a produção probatória das partes, o postulado tem possibilidade de entrar em ação, no esquema processual que atribui ao juiz um papel ativo na aquisição de prova relevante, a regra de juízo somente terá potencial aplicação após a atividade oficiosa, em suma, a regra do ônus da prova tem aplicação sempre depois de encerrada a dinâmica probatória, não é uma norma sobre atividade de produção probatória, e não tem interferência sobre ela a ponto de ditar o seus contornos. Mai especificamente, o estado constitucional de inocência, e o consequente postulado garantista *in dubio pro reo*, estabelecem regras para a valoração da prova, não se tratam de princípio de direito probatório, e sim, de verdadeiras pautas de decisão que, por isso mesmo, somente podem ter incidência depois de concluída a tarefa de valoração da prova, quando se manifestar uma carência no esclarecimento judicial quanto aos fatos para além da dúvida razoável. Não há como extrair da presunção da inocência do acusado alguma imposição de poderes monopolísticos das partes na iniciativa probatória, sem que isso tenha interferência na garantia de que o réu, em nenhuma hipótese, suportará consequências negativas do *non liquet* (...)”. PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.177-178.

¹¹⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 150-151.

decidir favoravelmente a defesa. Não haveria motivos para procurar comprovar a tese de defesa, já que a esta não cabe comprovar a inconsistência da acusação, nem sua inocência. Neste sentido, Roxin assevera que o princípio da presunção da inocência faz desobrigar o réu de comprovar teses defensivas que o isentem de responsabilidade criminal, sendo a tarefa da acusação eventualmente afastar dúvidas que parem sobre elas.¹¹⁷

Certamente isso não quer dizer que pelo postulado da presunção de inocência e, de sua derivação o *in dubio pro reo*, o juiz seja obrigado a considerar como irrefutável ou em estado de dúvida diante de qualquer argumentação defensiva, cuja comprovação não exista nenhum indício de prova ou coerência. A convicção do juiz sobre o acolhimento ou não das teses de defesa forma-se a partir do resultado de toda a apreciação de provas constante nos autos. Assim, caso a defesa apresente uma tese inteiramente descabida, sem qualquer demonstração ou coerência, cabe o juiz desconsidera-la de plano, pelo seu livre convencimento. Não haveria, aqui, qualquer dúvida que se resolvesse em favor do acusado, portanto.

O que se pontuou acima diz respeito a argumentos de defesa plausíveis com certo amparo probatório que, embora não devidamente comprovados, resultem em dúvida sobre sua efetiva ocorrência, a ponto de comprometer a pretensão acusatória. Tal situação resultaria na ausência de convicção do julgador sobre a procedência da acusação, eis que a demonstração da responsabilidade do réu estaria em nível abaixo do *standard* da prova exigida para uma condenação. É aqui que o juiz deve valer-se do primado da presunção da inocência e absolver o acusado e não buscar provas a pretexto de confirma-las. Estará, assim, auxiliando o órgão acusatório, na medida em que a dúvida lançada pela defesa acarreta, por consequência, a inconsistência da acusação, e o juiz indo a procura de provas estará atuando ao lado da acusação, na medida em que procurará, ainda que

¹¹⁷ “(...) La importância de este principio fundamental, proprio del Estado de Derecho, consiste, p. ej., en que el imputado no debe probar su coartada (latín: *alibi* = em outro lugar) o hacerla creíble, sino que, al contrario, a él le deve ser probado que em el momento del hecho estuvo em el lugar del crimen o que há participado em el hecho em outra forma. También cuando subsiste la duda sobre la existencia de causas de exclusión de la punibilidad (como defensa necessária o enajenación mental) o de excusas absolutorias (como, según la opinión dominante, el desistimiento voluntario de la tentativa, ver también BGH SthV 95, 509), esto tiene que repercutiren la decisión en favor del imputado (cf. sobre la defensa necessária putativa BGH StrV 86, 6). Em el supuesto de que existan vários imputados, el principio puede conducir a que, em favor de cada uno de ellos, se deba suponer, em cada situación particular, que es outro el que ha cometido el hecho, de modo tal que, dado el caso, todos deben ser absueltos a pesar de ser seguro que uno de ellos es el autor (BGH StrV 96, 81)...” (ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 25 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 111-112).

involuntariamente, retomar a coerência da acusação. Esse aspecto de tendência do julgador em favor das teses acusatórias por ocasião da utilização da atividade probatória oficiosa será melhor explorado nos capítulos seguintes deste trabalho.

Em verdade, o juiz lançar mão de seus poderes oficiosos a pretexto de comprovar teses defensivas, implica em atestar sua pré-disposição, ainda que inconsciente, de não as aceitar.

Como se vê, o juiz corresponsável pela atividade instrutória perde a imparcialidade se partir para a escolha das hipóteses explicativas expostas em juízo.

Para ser considerada, a tese acusatória não só deve ser confirmada por vários elementos de prova, como também deva prevalecer sobre todas as possíveis hipóteses em conflito com ela, que igualmente também devem ser afastadas. Mesmo quando não refutada a tese acusatória principal, se permanecerem em aberto outras hipóteses possíveis em conflito com aquela, instaura-se a dúvida, que deve sempre ser resolvida em favor do acusado. Isso equivale a dizer que não é possível a condenação do acusado se junto com a tese acusatória permaneçam outras hipóteses viáveis não refutadas. A simples existência delas como alternativa possível ao desfecho do caso, ainda que sem admiti-las como verdadeiras, é suficiente para justificar a não aceitação como verdadeira da pretensão acusatória.¹¹⁸

Desta forma, se paralelo à tese de acusação, houver outras hipóteses a descoberto, como possível via à solução do caso, não deverá o juiz, mediante seus poderes instrutórios, ir em busca de confirmação destas alternativas viáveis. O tribunal ao procurar a comprovação das hipóteses postas ao lado da tese acusatória, significa, em último grau, colaborar com a acusação, haja vista que a utilidade desta iniciativa só irá ocorrer com a situação de refutação das hipóteses. A comprovação não se faz necessária, porquanto a dúvida por elas instaurada em torno do caminho a ser trilhado na solução do caso, já traz proveito à defesa pelo referido *favor rei*, e o juiz ir a procura de esclarece-las estará proporcionando uma chance a acusação, já que das provas determinadas *ex officio* neste sentido, poderá resultar em refutação. Tal situação importa na inarredável conclusão de que o juiz, a pretexto de melhor esclarecer o caso, estará, involuntariamente, atuando como um verdadeiro auxiliar do órgão acusador.

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006, p.144-145.

2.7. Análise de jurisprudência (Tribunais portugueses/brasileiros) sobre como os juízes/tribunais têm utilizado seus poderes probatórios

A indefinição sobre em quais parâmetros devem se assentar os poderes instrutórios do juiz penal pode ser concretamente demonstrada pela apresentação da jurisprudência brasileira e portuguesa sobre o tema. Na oportunidade em que os tribunais são instados a se pronunciar sobre tema, atuam de forma ambígua, o que reflete os problemas de controle delineados no item anterior.

Neste aspecto, os órgãos jurisdicionais brasileiros têm exercido um controle vago quanto aos poderes instrutórios do juiz penal. No que respeita ao comportamento ativo do julgador, isto é, quando do uso de poderes instrutórios, os tribunais sempre referendam esta postura. Nas oportunidades em que as cortes superiores enfrentaram o tema, o fizeram em função de recurso em que a defesa questionou o comportamento ativo do julgador, e decidiram no sentido de que o juiz pode valer-se de seus poderes instrutórios, sempre que reputar necessário ao esclarecimento do caso¹¹⁹.

¹¹⁹ Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: 1) “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO, AMEAÇA E CÂRCERE PRIVADO. DISPENSA DE UMA DAS TESTEMUNHAS PELA DEFESA. DEPOIMENTO CONSIDERADO NECESSÁRIO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. OITIVA DETERMINADA PELA MAGISTRADA SINGULAR. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVAS NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO DO LIVRE CONVENCIMENTO. POSSIBILIDADE. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique ofensa ao princípio acusatório, nos termos dos artigos 156, inciso II, e 209 do Código de Processo Penal. 2. Recurso improvido. (STJ-RHC 57.628/PE, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 15/09/2015)”. 2) “PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. OBTENÇÃO, MEDIANTE FRAUDE, DE FINANCIAMENTO EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DETERMINAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA GRAFOTÉCNICA DE OFÍCIO PELO JUIZ. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No curso do processo penal, admite-se que o juiz, de modo subsidiário, possa - com respeito ao contraditório e à garantia de motivação das decisões judiciais - determinar a produção de provas que entender pertinentes e razoáveis, a fim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes, seja por força do princípio da busca da verdade, seja pela adoção do sistema do livre convencimento motivado. 2. Nos termos do art. 156, II do CPP é facultado ao magistrado, de ofício, "determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante". 3. In casu, o juiz, após as alegações finais, por se tratar de infração penal que deixou vestígios (obtenção, mediante fraude, de financiamento em instituição financeira), converteu o julgamento em diligência e determinou, com fundamento no art. 156, II, do CPP, a realização de perícia grafotécnica em alguns documentos, com a finalidade de dirimir dúvida sobre ponto relevante para o deslinde da causa (autoria do fato), facultando às partes, ainda, o exercício dos direitos previstos no art. 159 do CPP (possibilidade de o acusado formular quesitos e indicar assistente técnico), o que não configura qualquer ilegalidade. 4. Recurso a que se nega

De outra mão, nas hipóteses em que o juiz apenas invoca o ônus da prova das partes para decidir a causa, sem deflagrar a seus poderes instrutórios, os tribunais brasileiros também têm referendado esta postura passiva. Neste caso, afirmam que cabe ao órgão acusador desempenhar seu encargo de produzir provas necessárias à condenação do agente, e que o caso deve ser resolvido a luz do ônus da prova, que não devidamente desempenhada, resolve-se em favor do acusado pela dúvida instaurada.¹²⁰

Assim, há uma incompleta imprecisão jurisprudencial quanto à utilização dos poderes oficiosos do julgador. Quando o mesmo é empregado, a postura está correta. Quando não utilizado, a postura também o está. Equivale a considerar que se trata de uma discricionariedade judicial, sem qualquer parâmetro ou regramento. Assim, os tribunais brasileiros aparentam seguir a orientação de que a atividade instrutória do órgão judicial é uma mera faculdade.

No que respeita aos tribunais portugueses, em linhas gerais, ao contrário dos brasileiros, parecem seguir o entendimento de que a iniciativa probatória judicial tem caráter de obrigatoriedade, referendando a utilização dos poderes instrutórios,

provimento.(STJ-RHC 59.475/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015)".

¹²⁰1) "EMENTA: PENAL - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO - RECEPÇÃO - AUTORIA DUVIDOSA - VERSÃO ACUSATÓRIA NÃO CORROBORADA PELOS ELEMENTOS DE PROVA PRODUZIDOS NOS AUTOS - IN DUBIO PRO REO - MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO. Embasada a imputação criminosa em meras suspeitas e não tendo o Ministério Público se desincumbido do ônus de provar a autoria do delito em questão, a manutenção da sentença absolutória é medida de rigor, a teor do que dispõe o art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Recurso não provido. (TJMG - Apelação Criminal 1.0525.12.010103-1/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Camargo, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 16/12/2015, publicação da súmula em 22/01/2016)". 2) "APELAÇÃO CRIMINAL. - CRIME CONTRA LIBERDADE SEXUAL. - PROCESSO PENAL. - ÔNUS DA PROVA. - Inexistência de suporte probatório mínimo para lastrear a imposição de consequências jurídicas da imputação feita ao apelado. Lição de Celso de Mello: "O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória-, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova. O poder de acusar supõe o dever estatal de provar licitamente a imputação penal. A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público."(STF - HC 73338-RJ) - SUBSISTÊNCIA DE DÚVIDA RELEVANTE QUANTO À EXISTÊNCIA DO INJUSTO: concluída a fase processual probatória não foram produzidas pela acusação provas capazes de superar o estado de inocência do apelado. - Perícia inconclusiva. - PRINCÍPIO DE NÃO-CULPABILIDADE - Art. 5º, LVII CRFB: o estado ou situação jurídica de inocência produz regra de natureza probatória que impõe ao titular da acusação o ônus de provar a existência do injusto culpável e sua autoria. - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA CONFIRMADA. - RECURSO DESPROVIDO.(TJRJ-Apelação Criminal 0014393-60.2007.8.19.0007, Rel. Desembargador CLAUDIO LUIZ BRAGA DELL ORTO - 1ª Câmara Criminal, julgamento: 09/08/2011, Data de publicação: 16/08/2011)".

anulando decisões quando o juiz não se vale dos mesmos. Assim, tanto o controle da postura ativa e da passiva do julgador, resolve-se em consideração a obrigatoriedade do magistrado judicial resolve simplesmente abster-se de deflagra-la.

Assim, temos visto que, ao exercerem controle sobre a postura ativa do juiz, confirmam a possibilidade do agir *ex officio* em busca de provas.¹²¹

Contudo, em relação à postura passiva do julgador, os tribunais portugueses parecem assumir duas posturas: a) referendam tal conduta, alinhando ao posicionamento de que cabe ao MP e a defesa provarem suas alegações¹²². b) controlam a omissão do juiz e invalidam julgamentos em razão da não utilização dos poderes instrutórios, que tem caráter de obrigatoriedade.¹²³

¹²¹“(…) A audiência de julgamento é uma das fases do processo que está obrigatoriamente subordinada ao princípio do contraditório, mas tal não colide com o aludido princípio de investigação da verdade material. O juiz não está impedido de averiguar por si, autonomamente, a verdade material do caso, sem estar sujeito ao acervo factual aduzido pelo Ministério Público, pelo assistente ou pelo arguido, podendo investigar livremente e ex officio, desde que respeitados os ditames do due process of law e necessariamente com subordinação ao princípio do contraditório. Com efeito, os sujeitos processuais não estão incapacitados de exercerem a sua actividade probatória de forma plena, como o arguido conserva todos os direitos específicos que lhe dizem respeito, nomeadamente o direito de audiência, acima explicitado. Por isso, um tal ónus imposto ao juiz, que, no fundo, representa a contrapartida da ausência de um ónus de alegar ou contradizer que recaia sobre as partes, maxime, sobre o arguido, não contraria a estrutura basicamente acusatória do nosso processo penal. Além disso, como salienta FIGUEIREDO DIAS, a verdade material não pode ser conseguida a todo o custo, devendo enquadrada por um duplo sentido: “no sentido de verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade que, não sendo «absoluta» ou «ontológica», há-de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço, mas processualmente válida” (ob. cit., pp. 193 e 194)(…)”.(Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo:17/07.4GBORQ.E2-A.S1 5ª SECÇÃO, Relator:RODRIGUES DA COSTA, Referência de Publicação:DR, I SÉRIE, Nº 18, 27 DE JANEIRO DE 2015, P. 582 - 597; COLETÂNEA DE JURISPRUDÊNCIA - ACÓRDÃOS DO STJ - Nº 259 - ANNO XXII - T. III/2014 - PAG. 5-22)”.

¹²² Sumário:I - Pretender dar como provado uma ameaça por mensagem (sms) sem junção ou exibição da referida mensagem, seria o mesmo que dar como provado um crime de difamação por carta sem junção da carta. II - Esta exigência legal decorrente do documento ser um meio de realização do crime, resulta de o próprio documento ser objecto de prova, nos termos do artigo 124º do Código de Processo Penal e o do facto de o crime só poder ser provado pelo referido documento (sms) que corporiza a ameaça. (Tribunal de Relação de Lisboa. Processo: 735/14 (Recurso Penal). Relator: ANTERO LUÍS Descritores:VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. INSUFICIÊNCIA DA MATÉRIA DE FACTO PROVADA. Data do Acórdão:28/09/2017. Votação: UNANIMIDADE.

¹²³1. No processo penal, recai sobre o juiz o ónus de, independentemente da contribuição das partes, investigar e esclarecer oficiosamente o facto submetido a julgamento. Este poder- dever do tribunal investigar autonomamente a verdade material é essencial na medida em que permite alcançar as bases necessárias da própria decisão.2. Enferma do vício da insuficiência para a decisão da matéria de facto provada a sentença que condena o arguido a título de dolo eventual sem se pronunciar sobre os factos alegados no requerimento acusatório que integravam o dolo directo e sem afastar os factos integradores do dolo necessário. 3. Esses factos, cuja investigação competia ao tribunal de 1ª instância ao abrigo do disposto no art. 340.o do CPP, são essenciais, além do mais, para melhor determinar a medida concreta e a espécie da pena a aplicar ao arguido. 4. Do mesmo vício enferma a sentença que condenou o arguido numa pena (no caso, pena de prisão) sem que o tribunal tivesse investigado factos susceptíveis de revelarem, v.g., a personalidade do arguido, as suas condições pessoais e situação económica e profissional, o seu posicionamento em relação ao crime cometido ou o seu comportamento posterior. AcRP de 2/12/2010 (MARIA DO CARMO SILVA DIAS).

“Descritores: ÓNUS DA PROVA. ACUSAÇÃO. PROCESSO PENAL. PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. CONHECIMENTO OFICIOSO PODERES DO JUIZ. TRÁFICO DE DROGA. ELEMENTOS DA INFRACÇÃO. DETENÇÃO DE ARMA NÃO MANIFESTADA. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. REGIME CONCRETAMENTE MAIS FAVORÁVEL

Sumário :I - Não é legítimo falar-se em "ónus da prova" da acusação, pois que num processo como o penal, dominado pelo princípio da verdade material, é ao juiz que compete investigar e esclarecer officiosamente os factos, sendo a acusatoriedade temperada com o princípio da investigação judicial. II - É elemento essencial da infracção prevista no artigo 25, n. 1 do Decreto-Lei 430/83, "a finalidade exclusiva". III - Com a entrada em vigor do Decreto-Lei 15/93, de vinte e um Janeiro foram alteradas as medidas das penas para crimes envolvendo estupefacientes, e revogado o Decreto-Lei 430/83. IV - Sendo aquelas penas sensivelmente diferentes e de menor grau do que as previstas no Decreto-Lei 430/83, para os mesmos crimes, há que aplicar ao agente, o regime mais favorável, tendo em atenção o disposto no artigo 2, n. 4 do Código Penal. V - Pratica o crime previsto e punido no artigo 260 do Código Penal, quem detiver em sua posse arma não manifestada, ou seja, sem ter licença para usar. (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Processo: 063281. Nº Convencional: JSTJ00019257. Nº do Documento: SJ199306280632813. Data do Acórdão: 28/06/1993 Votação: UNANIMIDADE. Tribunal Recurso: TJVN GAIA. Processo no Tribunal Recurso: 4848. Data do julgamento: 11/06/1992. Relator: TEIXEIRA DO CARMO)”.

2.8. Experimentos sobre o alegado ganho de efetividade dos poderes instrutórios do julgador para a descoberta da verdade no processo penal

Tem-se como arraigada que a natureza pública do processo e que diante da necessidade da prestação jurisdicional seja realizada de forma mais eficiente, deve o juiz ser dotado poderes no campo probatório. A ausência de outorga destes poderes ao órgão judicial implicaria, assim, na impossibilidade de uma verificação verdadeira dos fatos e comprometimento da justiça da decisão.¹²⁴

Aqui, neste ponto, para além da discussão teórica a respeito, traremos ao debate experimentos práticos que buscaram justamente averiguar se o aludido ganho de efetividade que os poderes judiciais instrutórios têm para o processo penal encontra consonância com a prática.

¹²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. *Direito processual penal*. v.1. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2008, p. 38-39.

2.8.1. Estrutura do processo penal reformado potencializando a afronta a imparcialidade – Contato do juiz com o material probatório produzido na investigação preliminar – Decisão de recebimento da ação penal - Experimento de Schünemann

Consoante as concepções atuais da justiça de um Estado Democrático, é pressuposto indispensável de legitimação que o poder oficial de resolver a disputa de forma coercitiva seja atribuído a um terceiro neutro e imparcial.

É verdade que o processo reformado, consoante apontado nas linhas antecedentes, atribuiu a condução da investigação preliminar e a formulação da acusação ao Ministério Público, criado artificialmente justamente para esta finalidade, a fim de que o responsável pelo ajuizamento da ação penal fosse agente distinto do julgador. Não obstante, no que se atine à instrução processual, praticamente nada mudou estruturalmente em relação ao antigo processo inquisitivo. O juiz permanece com domínio completo do processo, recebendo na totalidade os autos da investigação preliminar/inquérito, com base nos quais decidirá se há justa causa em desfavor do acusado, recebendo, se for o caso, a denúncia do Ministério Público. Após, dirigirá a audiência de instrução e julgamento com os autos da investigação preliminar em mãos, utilizando-os como diretriz na condução de seu trabalho, dispondo, ainda, do poder de produzir provas autonomamente para, em seguida, proferir a sentença final. É verdade que o Ministério Público e o arguido, através de defensor, podem contribuir ativamente nas referidas atividades, mediante o contraditório, mas possuem uma função apenas lateral, que não é suficiente para descaracterizar a feição inquisitorial do juiz que tanto dirige, produz provas e decide em caráter final.

Este cenário chamou a atenção de Bernd Schünemann que conduziu uma série de experimentos.¹²⁵ Na introdução dos trabalhos, o autor afirma que tanto a ciência processual quanto o contato diário com os advogados em tribunal, fizeram-no perceber que a situação acima exposta gera uma possibilidade de conflito de papéis, não obstante os juízes refutarem veementemente, reportando-se sempre a sua formação profissional comprometida com a objetividade e justiça. Dito de outro modo, o estudo experimental conduzido pelo autor teve como objetivo específico

¹²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In GRECO, Luís (org.) *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 205-221.

indagar se o juiz, por seu conhecimento dos autos da investigação preliminar, por proferir a decisão de recebimento da denúncia, ser dotado de poderes oficiosos de investigação e por ocupar, efetivamente, nas palavras do próprio autor, “a posição de parte contrária diante do acusado que nega os fatos” em nome da verdade material, poderá normalmente proceder a uma avaliação imparcial, ou se, pelo contrário, acaba preso à rota traçada nos autos de investigação preliminar, produzidos, na imensa maioria das vezes, de forma unilateral sem a participação da defesa.

Sobre esta premissa, o autor realizou uma série de experimentos, sendo que dois deles devem ser destacados, especificamente por estarem diretamente relacionados ao objeto do presente trabalho. O primeiro experimento, dito principal, buscou investigar o comportamento do juiz penal na audiência de instrução e julgamento diante do contato prévio com os autos da investigação preliminar. O segundo experimento, dito secundário, diz respeito a decisão de recebimento da denúncia e suas consequências para a imparcialidade do juiz criminal.

Schünemann amparou-se, na condução de seu experimento, nos trabalhos do psicólogo alemão Martin Irlle acerca dos estudos da teoria da dissonância cognitiva de Festinger.

A Teoria da Dissonância Cognitiva criada por Festinger baseia-se na premissa de que o indivíduo se esforça sempre para manter a coerência entre suas cognições, isto é, busca um equilíbrio em seu sistema cognitivo, a fim de manter uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões. No caso de o indivíduo entrar em contato com informações dissonantes, surge uma natural reação subjetiva no sentido de afastar ou reduzir as contradições e, por via de consequência, restaurar ou manter a consonância ou coerência.¹²⁶

Para se manter este estado de coerência entre os conhecimentos do indivíduo, deflagra-se um processo involuntário, e muitas vezes inevitável, que busca reduzir ou eliminar contradições com o fim de restaurar o equilíbrio. O ponto central da teoria em referência é formado por dois postulados básicos: em caso do indivíduo se deparar com incoerência (dissonância) haverá um comportamento psíquico involuntário para reduzi-la; de igual forma, haverá também um comportamento de evitar o contato com informações ou situações que possam incrementar tal

¹²⁶ FESTINGER, Leon. *A Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 12.

dissonância¹²⁷. Ou nas palavras do próprio Festinger: “(...) 1. A existência da dissonância, ao ser psicologicamente incômoda, motivará a pessoa para tentar reduzi-la e realizar a consonância. 2. Quando a dissonância está presente, a pessoa, além de procurar reduzi-la, evitará ativamente situações e informações suscetíveis de aumentar a dissonância”¹²⁸.

No âmbito da teoria da dissonância cognitiva de Festinger, por Schünemann procurou focar dois processos cognitivos comportamentais provocados por informações dissonantes. Em outras palavras, para diminuir a tensão psíquica gerada pela dissonância cognitiva, produzida pelo contato de informações contrárias ao que já foi de antemão apreendido, haverá dois efeitos: a) primeiro, o *efeito inércia ou perseverança*: deflagra-se um mecanismo de autoconfirmação de hipóteses, pelo qual as informações que confirmam um dado que em algum momento anterior já foi considerado correto, são sistematicamente superestimadas, enquanto que as informações que trazem dados aptos a contradizer o que já foi previamente apreendido, são sistematicamente menosprezadas; b) segundo, o *efeito da busca seletiva de informações*: onde procura-se, predominantemente, informações que confirmam a hipótese que em algum momento prévio foi aceita (acolhida pelo ego), gerando o efeito confirmador-tranquilizador¹²⁹.

Como veremos, a pesquisa conduzida por Schünemann é de extremo valor para a problemática de possível comprometimento da imparcialidade do julgador penal ante o seu contato com os autos da investigação preliminar ou por uma decisão de recebimento da denúncia.

¹²⁷ RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no Processo Penal. Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 110.

¹²⁸ FESTINGER, Leon. *A Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 13.

¹²⁹ Cumpre destacar que na área da psicologia social foram realizados numerosos experimentos nesta temática. Danuta Elrich, Isaiah Guttman, Peter Schönbach e Judson Mills investigaram “sujeitos que possuíam cognições favoráveis a dois veículos automotores diferentes e teriam de escolher um deles para aquisição. Nestas, os autores concluíram que após a tomada de decisão (cenário de dissonância pós-decisória) os compradores passaram naturalmente a se interessar por anúncios que exploravam as virtudes do carro que tinham comprado, de forma a maximizarem a opção escolhida em detrimento da outra, reduzindo-se a dissonância produzida pelos elementos cognitivos favoráveis ao veículo deixado de lado, após a compra” (in RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no Processo Penal. Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 118/119.)

2.8.1.1. Experimento sobre o comportamento do juiz criminal na audiência de instrução e julgamento e o contato prévio com os autos da investigação preliminar.

O experimento sobre a audiência de instrução e julgamento ocorreu seguindo a formatação do processo penal alemão, que não diverge em substância dos processos penais português e brasileiro¹³⁰.

Schünemann conduziu trabalho de investigação empírica com 58 juízes criminais e promotores de diversas localidades da Alemanha federal, que foram submetidos a um teste com base em um processo criminal verídico de crime de libertação de preso. Cuida-se de um processo cujo desfecho estava totalmente em aberto, no qual era plenamente possível, sem erro técnico de forma ou de conteúdo, tanto condenar quanto absolver.

Antes do início do experimento propriamente dito, foram fixadas as hipóteses a serem testadas e o plano de investigação. O trabalho seguiu uma linha, segundo o próprio autor, que o mesmo já vinha desenvolvendo, denominada teoria da dissonância cognitiva, que deveria ser submetida a testes com base em experiências práticas que deveriam simular um processo penal de forma mais fidedigna possível.

Com efeito, as principais hipóteses a serem testadas parte da constatação que o juiz alemão, assim como ocorre com a generalidade dos demais juízes do ramo romano-germânico, ao contrário do processo criminal americano, tem contato prévio com os autos da investigação preliminar e ainda com papel ativo de buscar informações amplas no curso da instrução processual, decorrente da previsão dos poderes instrutórios do julgador previstos nas respectivas legislações. As principais hipóteses testadas no experimento são: H1) se os juízes criminais, antes da audiência, tiverem conhecimento dos autos, eles condenarão com maior frequência que juízes sem esse conhecimento. Esse efeito é reforçado pela possibilidade de inquirir os sujeitos da prova; H2) se existindo conhecimento dos autos, serão cometidos na audiência mais erros no armazenamento das informações que contradizem os autos de investigação preliminar do que no caso em que inexistia esse conhecimento.

¹³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In GRECO, Luís (org). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 208-209.

Diante desta base teórica, e tomando-se como ponto de partida a figura do juiz no processo penal alemão e sua posição na audiência de instrução e julgamento, com o já mencionado contato com o material produzido na investigação preliminar, decisão de recebimento da denúncia e poderes instrutórios *ex officio*, o experimento em destaque centrou na análise da seguinte hipótese: deve-se indagar se o juiz se apegará ao que foi colhido na investigação preliminar, na qual teve contato prévio, e tendencialmente poderá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes produzidas na instrução processual, ou, se do contrário, nada disso ocorre ou pelo menos não restará demonstrado.

Para testar as hipóteses, optou-se que o *design* da pesquisa seria estruturado mediante variáveis independentes (conhecimento dos autos da investigação preliminar- existente ou inexistente; possibilidade de inquirição de testemunhas – sim ou não) que foram alternados entre os participantes do experimento. Como dito, o caso prático escolhido, conforme afirmado nas linhas acima, foi desenvolvido com base em um processo real cujo desfecho estaria em aberto, no qual seria possível sentença condenatórias ou absolutórias sem que se pudesse falar de erronia no julgamento.

Todos os participantes receberam por escrito uma versão concentrada do material obtido na investigação preliminar, enquanto o modelo da ata da audiência foi apresentado de forma digital, em tela de computador. Destaque-se que o decisivo para a comparação dos resultados e validade das conclusões da pesquisa, é que todos tiveram acesso ao mesmo material.

Assim, os participantes foram divididos em dois grupos: *a*) os que tiveram acesso aos autos da investigação preliminar e a audiência de instrução e julgamento; *b*) e os que tiveram acesso apenas a audiência de instrução e julgamento. Tanto no grupo *a* como no grupo *b*, os participantes foram subdivididos entre aqueles que tiveram a possibilidade de inquirir testemunhas e os que não tiveram a possibilidade de inquirição. Nos grupos em que os participantes tinham a possibilidade de formular perguntas às testemunhas, foi previamente apresentado um relato (que simulava o relato prestado pelo depoente nos autos da investigação preliminar), e tinha possibilidade de fazer perguntas cujas respostas eram materializadas na própria tela do computador pelo condutor da pesquisa, que fazia as vezes da testemunha, reproduzindo as respostas mediante consulta a uma base de informações detalhadas do caso armazenadas no sistema informatizado. Quando o participante finalizava suas

perguntas, toda a informação restante não abarcada pela inquirição de determinado participante era também disponibilizada como depoimentos de outras testemunhas constantes no processo. Nos grupos onde o participante não tinha a oportunidade de inquirição direta, apresentava-se toda a informação armazenada no referido banco de dados como sendo de o resultado do relato de toda a prova oral produzida em audiência. Com isso, assegurou-se que todos os participantes, independentemente das variáveis (contato, ou não, com a investigação preliminar/possibilidade, ou não, de inquirição) tivessem contato idêntico com todos os dados, de forma que o resultado do julgamento não poderia ser eventual imputado à diversidade da base fática, mas sim pelo papel desempenhado por cada participante em relação a variável da pesquisa a que foi submetido.

Como se verifica, a pesquisa simulou devidamente a situação real do cotidiano forense, não só por envolver um caso real, como também reprodução da dinâmica da audiência de instrução e julgamento, com a única diferença que ao invés de testemunhas reais (oralidade) ocorreu a apresentação escrita dos relatos, com o destaque, dito pelo próprio autor, que o efeito causado pela oralidade ocorreu também com a simulação por escrito, inclusive, com atitudes de indignação e tensão dos participantes com as respostas apresentadas, tal como uma experiência real forense de uma audiência criminal. Ao final, cada participante deveria proferir sentença fundamentada sobre o caso.

O resultado da pesquisa pode ser visualizado na tabela abaixo:

Tabela 1: Distribuição dos juízes criminais e procuradores do Ministério Público

	Existência da possibilidade de inquirir testemunhas	Inexistência da possibilidade de inquirir testemunhas
Acesso à investigação preliminar e a audiência de instrução e julgamento	14 (8 juízes e 6 procuradores)	14 (9 juízes e 5 procuradores)
Acesso apenas à audiência de instrução e julgamento	17 (11 juízes e 6 procuradores)	13 (7 juízes e procuradores)

Tabela 2: Sentenças proferidas

	Existência da possibilidade de inquirir testemunhas		Inexistência da possibilidade de inquirir testemunhas	
	Juízes	Procuradores	Juízes	Procuradores
Acesso aos autos da investigação preliminar e audiência de instrução e julgamento	8 (C) 0 (A)	2 (C) 4 (A)	9 (C) 0 (A)	1 (C) 4 (A)
Acesso apenas a audiência de instrução e julgamento	3 (C) 8 (A)	1 (C) 5 (A)	5 (C) 2 (A)	1 (C) 5 (A)
A: absolvição; C: condenação				

O resultado da pesquisa comprova o efeito da perseverança da teoria da dissonância cognitiva de Festinger. Pode-se verificar que todos juízes (17) que conheciam os autos da investigação preliminar condenaram o acusado. Contudo, os juízes que não tiveram referido contato, comportaram-se de modo ambíguo, sendo que 8 deles condenaram, e 10 deles absolveram, o que seria natural para um processo que estava em aberto.

A significância do resultado pode ser melhor verificada quando agora seja verificada a variável “possibilidade de inquirir testemunhas”. Como se pode visualizar na coluna esquerda da tabela 2, os juízes que tiveram contato prévio com os autos da investigação preliminar, todos eles proferiam sentença condenatória e não absolveram nenhuma vez. Contudo, os juízes que não tiveram acesso ao procedimento preliminar só 3 proferiam sentença condenatória e, a grande maioria, 8 juízes prolataram sentença absolutória. Essa diferença revela elevado nível de significância, porquanto confirma categoricamente as hipóteses que buscaram ser testadas. Ainda que se deixe de lado os resultados obtidos com os participantes membros do Ministério Público, que poderiam ter uma visão mais crítica ou que poderiam não estar bem familiarizados com atividade jurisdicional, além dos resultados obtidos com base das outras variáveis testadas, as hipóteses acima destacadas se confirmaram na prática. Demonstrou-se uma grande distorção nos resultados, quando comparadas as sentenças proferidas pelos juízes com conhecimento e os sem conhecimento dos autos da investigação preliminar. Desta constatação não se pode chegar a outra conclusão, senão confirmar a hipótese: o conhecimento dos autos da investigação preliminar

tendencialmente incriminadores, conduz o juiz a condenar o acusado, ainda que a audiência seja ambivalente e sugerisse a absolvição pela adoção do primado *in dubio pro reo*.

Desta forma, a hipótese H1 descrita nas linhas precedentes é confirmada, onde o efeito da inércia ou perseverança restou demonstrado pelo experimento, onde as informações que confirmam algo já apreendido em algum momento anterior, são sistematicamente superestimadas, enquanto que as informações que trazem dados aptos a contradizer o que já foi previamente apreendido, são sistematicamente desprezadas. O teste da hipótese H2 também foi confirmada, comprovando mais uma vez o efeito inércia ou perseverança. Os participantes com conhecimento dos autos conseguiram recordar com acerto em média apenas 6,59 respostas de um total de 11 perguntas formuladas às testemunhas, enquanto o grupo sem esse conhecimento obteve a média de 7,69 respostas corretas. A diferença é significativa (igual ou inferior a 5) e se torna ainda maior quando se compara os que condenaram e tinham acesso à investigação preliminar e os que não dispunham deste conhecimento. Estes últimos tiveram uma média de 7,63 de respostas corretas, enquanto os primeiros apenas 6,35. o efeito inércia foi, portanto, marcante no sentido de que os juízes com conhecimento da investigação preliminar não apreenderam ou não armazenaram devidamente o conteúdo defensivo presente na audiência de instrução e julgamento, porque eles só apreendiam e armazenavam os dados incriminadores, que já eram de antemão conhecidas (redundantes) em razão do prévio contato com os autos da investigação preliminar.

Tabela 3: Quantidade de perguntas formuladas e existência ou inexistência de conhecimento dos autos

Acesso aos autos da investigação preliminar e audiência de instrução e julgamento	Acesso apenas a audiência de instrução e julgamento
(C) – Média de 11,4	(C) – Média de 7,25
(A) – Média 4,75	(A) – Média 2,69
(A) – Subgrupo que absolveu / (C) – Subgrupo que condenou	

2.8.1.2. Experimento sobre a postura do juiz no momento da decisão de recebimento da denúncia e suas consequências para o desempenho imparcial do juiz criminal¹³¹

Como experimento secundário, e com a finalidade de testar e aprimorar a experiência principal, foi realizada outra pesquisa que concentrou seu foco na atitude pouco crítica dos juízes criminais sobre o conteúdo da investigação preliminar. A questão que motivou a realização da experiência diz respeito a uma impressão prática de Schünemann em que os juízes na audiência de instrução e julgamento simplesmente confiam que o membro do Ministério Público já bem fez o seu trabalho, examinando proficuamente o material colhido na esfera extrajudicial. Essa suposição levou a teste a seguinte hipótese: se há por parte dos juízes uma aferição mais exaustiva por ocasião do recebimento da acusação e início da instrução e julgamento do caso ou simplesmente encaram como algo burocrático e rotineiro em função do material já ter sido visto e examinado pelo Ministério Público em etapa anterior.

Tal como o experimento anterior, foram tomados como participantes formados por juízes criminais e membros do Ministério Público efetivos na carreira. Para testar a hipótese acima, foi tomado um processo real, desta feita, por crime de estelionato/burla (§ 263 StGB). Metade dos participantes teriam que decidir sobre o oferecimento da ação penal e, a outra metade, sobre o recebimento da acusação já previamente formulada. Mais uma vez, o conteúdo era ambivalente, isto é, poderia levar, sem erro técnico, a fundamentação de oferecimento da acusação quanto o seu

¹³¹ Há outros estudos relevantes sobre a vinculação da tomada de decisões nas fases pré-processual e suas consequências por ocasião da sentença final, em relação com a teoria da dissonância cognitiva e o processo penal. Podemos citar por exemplo a pesquisa por Gloeckner (GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 117, ano 23. São Paulo: 2015, p. 263-286). A hipótese levantada pelo autor é de que a existência de uma prisão cautelar pode ser o critério determinante para uma condenação, já que há uma tendência nos indivíduos de manter ou confirmar as decisões anteriormente tomadas, a fim de se evitar a incidência de dissonância cognitiva e seus respectivos reflexos. Neste experimento, foram analisados 90 (acórdãos) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, julgados entre os anos 2012/2013. A seleção dos acórdãos seguiu-se a seguinte metodologia: foram selecionados aqueles em que houve a decretação de prisão preventiva anteriormente; excluíram-se decisões de medidas protetivas de urgência ou de prisões cautelares ligadas a descumprimento de tais medidas; foram excluídos os casos em que a prisão foi decretada após o julgamento. Como resultado, constatou-se que dos 90 casos analisados, todos em que houve decreto de prisão preventiva houve também a confirmação de uma decisão condenatória ao final no segundo grau. Percebeu-se que a motivação da decisão de uma prisão processual transformou-se numa verdadeira solução de mérito, o que é extremamente preocupante que tal consideração tenha sido o critério decisivo para uma condenação criminal.

não oferecimento, bem como, para o outro grupo da pesquisa, o recebimento da acusação como a sua rejeição.

A formatação e os resultados da pesquisa podem ser visualizados consoantes as tabelas abaixo:

Tabela 4

Parte 1	Decisão sobre o oferecimento da denúncia		Decisão sobre o recebimento da denúncia	
	Sim	Não	Sim	Não
Procuradores	6	19	20	17
Juízes	13	18	23	18

Parte 2	Inexistência de conhecimento de avaliação prévia (decisão sobre o oferecimento da denúncia)	Existência de conhecimento de uma avaliação prévia (decisão sobre o recebimento da denúncia)
Decisão: justa causa	19	43
Decisão: Ausência de justa causa	37	35

Como se verifica da parte 2 da tabela 4, os participantes do primeiro grupo negaram por ampla maioria a oferecer a acusação, enquanto os participantes do segundo grupo, que tinham diante de si uma acusação já formulada, decidiram, por maioria, recebe-la. Tal situação já confirma a hipótese a ser testada de que, ainda que idêntica base fática, a circunstância de uma pessoa tida por diligente (procurador) já ter analisado a base de dados, já leva a autoridade (juiz) que atua em seguida a aceitar a avaliação anterior de forma acrítica e receber a acusação sem maiores aprofundamentos. Ademais, quando o Ministério Público, numa situação ambivalente, toma uma atitude duvidosa no oferecimento da acusação, o juiz em regra não a corrige, mas lhe dá normal andamento.

2.8.1.3. Análise do experimento de Schünemann

A configuração do processo penal alemão, cujo modelo serve plenamente de parâmetro comparativo para o caso português e brasileiro, permite o contato dos juízes responsáveis pelo julgamento final com o material probatório produzido durante a investigação preliminar, bem como os obrigam a fundamentar a decisão de recebimento da denúncia. Tal situação, consoante restou demonstrado, implica na deflagração pelos juízes criminais de processos involuntários, com base na Teoria da Dissonância Cognitiva, onde há a superestimação de informações produzidas anteriormente à audiência de instrução e julgamento e desvalorização das que foram produzidas por ocasião da própria audiência. Constatou-se que os elementos probatórios materializados na investigação preliminar, ou na fundamentação contida na decisão de recebimento da acusação, são demasiadamente valorizados na instrução processual e vão trazer consequências inevitáveis para o resultado do julgamento.

A partir das pesquisas, tem-se por confirmadas as hipóteses que foram submetidas a teste, entre elas, a já sabida — ainda que empiricamente — por todos: quanto maior for o nível de conhecimento/envolvimento do juiz com a investigação preliminar e com o próprio recebimento da acusação, mais provável será a frequência com que ele proferirá sentença condenatória em desfavor do arguido.

Essa vinculação do juiz criminal com as informações já sedimentadas nos autos traz sérios comprometimentos à sua imparcialidade. Tais informações anteriores são produzidas, via de regra, unilateralmente pela polícia e sem a participação da defesa. Assim, as teses da defesa apresentadas por ocasião da instrução processual constituem, portanto, informações dissonantes, gerando uma relação contraditória com as hipóteses iniciais (acusatórias) e conduz o julgador penal a dissonância cognitiva acima destacada. E como toda pessoa procura um equilíbrio do seu sistema cognitivo, isto é, uma relação não contraditória, com o julgador penal isso não poderia ser diferente, razão pela qual as teses de acusação são superestimadas e as de defesa são subestimadas, como consequência do efeito inércia ou perseverança acima apontado.

Restou também cristalino que há uma pré-disposição, aparentemente inconsciente, dos juízes criminais em sobrevalorizar as teses de acusação em detrimento da defesa. A circunstância de terem prévio contato com as provas

produzidas na esfera investigativa, que decorre do próprio procedimento e natureza do sistema, implicam em uma tendência de considerar como verdade bastante o que foi colhido previamente, e que servem de base para a acusação. E como este material resume basicamente ao material colhido pelas autoridades estatais responsáveis pela persecução dos crimes, os juízes têm uma inclinação pela versão oficial dos fatos ao invés de permanecer em estado de dúvida como deveria ser se seguisse fielmente o princípio da presunção de inocência. A tese defensiva é vista, portanto, como elementos de contradição às informações anteriormente apreendidas e tendem a ser desprezadas.

Neste cenário, a deflagração dos poderes oficiosos dos juízes implica no agravamento da violação da imparcialidade. Na audiência de instrução e julgamento, a presença de elementos probatórios que confirmam aquilo que já está documentado nos autos da investigação preliminar produzem um efeito tranquilizador para o julgador penal, razão pela qual não o fará lançar mão de seus poderes instrutórios. Conforme questionado por Schünemann, o acesso aos autos da investigação preliminar acaba por fixar no juiz uma imagem do fato com base em uma versão unilateral, cuja constatação a ela se apegará e norteará todo seu comportamento, de forma que seus poderes instrutórios serão empregados justamente no sentido de comprova-la no processo, com grave comprometimento da imparcialidade. De igual forma, o advento de elementos que contradizem aquilo que foi produzido na investigação preliminar, na maioria das vezes trazido à tona por ação da defesa, ou serão desconsiderados pelo efeito inércia acima destacado ou fará com o que o julgador adote uma postura de busca de outras informações consoantes com a cognição pré-existente, isto é, os poderes instrutórios serão direcionados para confirmar o que foi anteriormente produzido.

É o que Schünemann referiu-se como “princípio da busca seletiva de informações”, onde o juiz criminal, diante de dissonância cognitiva produzida pelo contato com dados contrários, terá o impulso de direcionar a sua busca por elementos que confirmem suas cognições prévias e redundantes, ou objetivará buscar as informações dissonantes facilmente refutadas, o que de um modo ou de outro, acabam por produzir um igual efeito confirmador das hipóteses prévias.

O que se verifica, é que diante do modelo processual em que se permite o juiz o contato com o material produzido na esfera investigativa, a existência dos

poderes instrutórios do julgador potencializará os efeitos negativos citados por Schünemann, quanto ao comprometimento da imparcialidade.

Em verdade, a investigação judicial sobre pontos duvidosos no julgamento irá ocorrer, justamente, em relação as informações trazidas pela defesa por contradizerem aquilo que já foi produzido na esfera extrajudicial e apreendido pela autoridade judicial.

Neste ponto, Hodgson, em análise comparativa entre os sistemas processuais, também percebeu tais incongruências, ao relatar que no modelo continental, de feição mais inquisitorial, confere-se mais ênfase a colhida de provas em fase de pré-julgamento, tarefa a ser exercida pelas autoridades estatais, sendo que o julgamento praticamente fica reservado espaço para confirmar ou não o que foi colhido na fase anterior.¹³²

Assim, quando a defesa traz ao caso elementos de prova capazes de infirmar o que foi até então produzido, deflagra-se no juiz penal um quadro mental de dissonância cognitiva, com a consequência imediata de adoção de seus poderes instrutórios para sanar os pontos agora duvidosos, no sentido de restaurar o equilíbrio ou consonância rompido pela ação da defesa. Para tanto, tais poderes de investigação serão vocacionados para a busca seletiva de informações para afastar a dissonância operada pela defesa.

Neste panorama, coloca-se a questão do motivo do juiz não se valer desde já do princípio da presunção da inocência e do *in dubio pro reo* diante do quadro de perplexidade surgido, e absolver o acusado diante da não comprovação da culpabilidade a cargo da acusação. Se a defesa traz aos autos elementos probatórios contrários ao já produzido, aflora-se os pontos duvidosos, e de forma que a dúvida surgida, deveria ser resolvida de forma clara em caso de se levar a sério o princípio da presunção de inocência, com a consequente absolvição do acusado. Se o acusado é presumidamente inocente, incumbe à acusação infirmar tal presunção de não-culpabilidade, não cabendo ao juiz criminal atuar no sentido de superar a referida presunção mediante a deflagração de seus poderes instrutórios.

Como se vê, mais uma vez é nítido que esta postura de iniciativa probatória é mais usada para esclarecer pontos duvidosos da acusação, quando o ideal

¹³² HODGSON, Jacqueline. Conceptions of the Trial an Inquisitorial and Adversarial Procedure. In DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHAL, Sandra; TADROS, Victor. *The Trial on Trial*. v. 2. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 225.

já era lançar mão da presunção da inocência e resolver o caso. O estado de incerteza surgido durante a instrução processual deve resultar na adoção do princípio da presunção de inocência e de seu conseqüente *in dubio pro reo*, e não por em marcha a investigação judicial para afastar pontos obscuros da acusação, porquanto não cabendo ao magistrado participar na tarefa de desconstrução da aludida presunção.

Há vários limites para a descoberta da verdade no processo penal, especialmente no tocante a necessidade de definição do caso em um prazo razoável de tempo, situação esta que é inclusive ordenada pela Convenção Europeia de Direitos do Homem e por várias Constituições dos Estados que preveem a duração razoável do processo como uma garantia do indivíduo processado. Neste aspecto, John Jackson¹³³ argumenta que a necessidade de uma resolução com certa limitação de tempo não é tarefa estranha a outras áreas do conhecimento. Na medicina, por exemplo, em casos urgentes, o profissional médico é obrigado a atuar com limitações de dados acerca do diagnóstico, devendo agir com a reunião possível dos dados existentes, sem espaço para um maior pesquisa e aprofundamento da situação do paciente.

A busca da verdade também encontra limites que são bem aceitos quando violam direitos fundamentais, são eles a proibição de provas colhidas por meio ilícito, sob coação, *v. g.*, e também porque não aceitar quando violam a imparcialidade judicial, pilar do próprio exercício da jurisdição, que ocorre quando o julgador lança mão da iniciativa probatória *ex officio*. É verdade que algumas legislações permitem mitigações para permitir que provas inicialmente ilícitas sejam utilizadas, especialmente em função do princípio da proporcionalidade, mas estas mitigações são aceitas porque trazem um enorme ganho de eficiência ao processo penal no tocante à busca da verdade em função do ônus relativamente pequeno aos direitos do acusado que acarreta no caso concreto. Contudo, é preciso verificar qual o ganho que a permissão dos poderes oficiosos do julgador pode trazer para a eficiência do processo penal, o que é a nosso ver muito baixo em detrimento das conseqüências negativas que acarreta.

Com efeito, Stephen Thaman argumenta que os juízes são compelidos, nos sistemas continentais, pela legal obrigatoriedade de utilização dos poderes instrutórios, a procurar mais provas de incriminação, na medida em que, a utilização

¹³³ JACKSON, John D. The Function of the Criminal Trial in Legal Inquiry. In. DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHAL, Sandra; TADROS, Victor. *The Trial on Trial*. v. 1. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 126.

dos poderes instrutórios, implica tacitamente na admissão que as evidências incriminatórias existentes são insuficientes. Assim, se há dúvidas sobre a tese de acusação, haveria dúvida razoável quanto à culpa, pelo que ao invés de valer-se da faculdade probatória *ex officio*, deveria levar a sério o princípio da presunção da inocência, e absolver o acusado.¹³⁴

Nesta linha, entendemos que os poderes instrutórios representam também rompimento do ponto de equilíbrio na medida em que o juiz, além de lidar com duas versões antagônicas, incompatíveis (teses de acusação e defesa), produz provas para reforçar sua convicção sobre o caso penal. Mais do que isso, considerando que o juiz constrói uma imagem mental dos fatos a partir dos autos do inquérito, forma-se uma convicção correlata a um pré-julgamento, que precisa ser validada com a produção de provas eleitas para esta finalidade de confirmação. É de se supor que tendencialmente o juiz se apegará a imagem já construída, de modo que ele tentará confirmá-la na audiência de instrução, isto é, tendencialmente deverá superestimar as informações consoantes e menosprezar as informações dissonantes, e seu poder instrutório será fatalmente movido neste sentido.

¹³⁴ THAMAN, Stephen. Ensuring the factual reliability of criminal convictions. In. THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org.). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 89.

2.8.2 Experimento comparativo entre os sistemas adversarial e inquisitório sobre o grau de eficiência na descoberta da verdade

Os professores Michael K. Block e Jeffrey Parker chefiaram equipe que conduziu uma série de experimentos, na área da análise econômica do direito, com o objetivo de comparar a eficiência dos dois tipos dominantes de procedimentos na tradição ocidental, na descoberta e revelação de informações essenciais para o julgamento do caso judicial.¹³⁵

O estudo foi orientado a fim de demonstrar, para além do debate meramente teórico e descritivo sobre os sistemas processuais, qual deles, se o modelo adversarial ou o inquisitivo, é o mais eficiente para a descoberta de provas.

Os experimentos buscaram testar a hipótese acima delineada a partir dos trabalhos desenvolvidos por Tullock¹³⁶, que concluiu que os procedimentos inquisitoriais possuem maior potencial de revelar fatos, sendo assim, mais precisos e eficazes do que os processos adversariais, onde, segundo este autor, os recursos probatórios são predominantemente dispendidos lateralmente à busca da verdade, com o intento de embaraçar a real deslinde dos fatos e obstar a vitória da parte contrária.

O conjunto de experimentos iniciou-se mediante a fixação das condições e regras mediante as quais os procedimentos adversarial *versus* inquisitivo iriam ser testados. Neste ponto, sob condições experimentais: (1) exagerou-se ao extremo as características dos dois sistemas, onde o sistema adversarial seria controlado e conduzido pelas partes no tocante à investigação dos fatos e, o sistema inquisitório, totalmente centrado nas mãos do juiz; (2) fixou-se a que haveria duas partes, uma delas inequivocamente “certa” e outra “errada”; (3) foram distribuídas informações assimétrica entre duas partes opostas e auto interessadas em revelar a completude das informações; (4) à parte inequivocamente “errada” são fornecidas informações privadas e de descrédito, inclusive, quanto à situação de que é a parte “errada”.

¹³⁵ BLOCK, Michel K; PARKER, Jeffrey S; VYBRONA, Olga; DUSEK, Libor. An experimental comparison of adversarial versus inquisitorial procedural regimes. *American Law and Economist Review*. v.2. n.1. ano 2000.

https://www.researchgate.net/profile/Michael_Block3/publication/228208275_An_Experimental_Comparison_of_Adversarial_Versus_Inquisitorial_Procedural_Regimes/links/0deec52489e55e2a44000000.pdf

¹³⁶ TULLOCK, Gordon. *Trials on Trial*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1980.

A principal conclusão é que a eficiência dos dois sistemas em termos de precisão e revelação de informações é relativa, e dependerá de que natureza consiste o dado ou prova a ser revelado. Sob uma estrutura de informação privada e oculta, o procedimento inquisitivo, dominado pelo juiz, é relativamente mais eficiente, enquanto que sob uma estrutura de informação correlacionada, o procedimento adversarial é o mais apurado.

No artigo, a pesquisa empírica foi formatada mediante uma série de experimentos econômicos comparando o sistema adversarial com a sistema inquisitorial, o que revelou termos de eficiência relativa de descoberta de fatos, a depender da natureza da informação. Os resultados dos trabalhos mostram que, sob as condições de informações secretas de posse apenas de uma das partes, o sistema inquisitivo, controlado por juízes, detém maior aptidão e mais precisão do que o sistema adversarial, tendo em vista a tendência de revelar informações ocultas pertinentes ao tomador de decisão. Com efeito, quanto o experimento é testado sob condições diferentes, dotando o participante “Sr. Certo”, com uma pista para o conteúdo da informação de descrédito possuída pelo “Sr. Errado”, com a estrutura de informação assimétrica, mas correlacionada entre as partes, o desempenho dos sistemas adversarial e inquisitório é completamente revertido. Com essa estrutura de informação, o sistema adversarial controlado pelas partes é agora mais revelador e mais preciso do que o sistema inquisitorial controlado pelos juízes.

Em ambos os conjuntos de experimentos, as descobertas são de que procedimentos contraditórios e inquisitoriais produziram resultados significativamente diferentes e que sua eficiência relativa depende significativamente da estrutura *ex ante* de informações disponíveis para as partes.

O que se extrai de relevante deste estudo para fins de nosso trabalho de investigação diz respeito a eficiência dos modelos inquisitoriais na descoberta da verdade quanto a informações privadas, só acessíveis quando possível romper com a atitude de ocultação da parte que a possui.

Isso não é nenhuma surpresa na medida em que os sistemas inquisitoriais, há o apego extremo na busca da revelação dos fatos, tão próximos quanto possíveis da realidade ontológica, onde o juiz assume papel de protagonista na descoberta das provas. Neste ponto cumpre destacar que a pesquisa reproduziu exatamente a figura do juiz inquisidor, em um experimento que potencializou, conforme dito, ao extremo as características principais dos sistemas.

Contudo, a figura do juiz inquiridor, que assume a condição de protagonista na dialética probatória não é mais aceita atualmente, como visto, nem mesmo pelos mais ferrenhos defensores na manutenção dos poderes de investigação do juiz.

O estudo revelou que o ganho que os poderes probatórios do juiz pode acrescentar ao processo penal, na medida em que se revela eficaz na descoberta de fatos, pressupõe o exercício ou assunção, por parte do juiz, de uma condição de condutor principal na produção de provas, o que sequer é mais admitido pela tensão significativa com a imparcialidade judicial.

Assim, os argumentos direcionados à defesa do papel do juiz instrutor partem de um paradigma válido à época onde havia a figura de um juiz centralizador. A defesa de a atividade instrutória judicial pode suprir a inércia e omissões das partes nesta seara, contribuindo com o alargamento da base fática decisória, são herança do sistema inquisitivo, e tem efetividade na esfera deste regime. De fato, do ponto de vista da eficácia, o juiz inquisidor pode revelar informações sensíveis ao caso. Contudo, esta alegação da eficácia dos poderes probatórios não pode ser defendida hoje em dia, em razão de que não temos mais a referida figura ou qualidade de juiz.

Os ganhos dos poderes instrutórios *ex officio* só fazem sentido em um ambiente tal qual foi reproduzido no experimento em destaque, em que ao juiz é depositado toda a tarefa de produção e colheita de provas, e às partes, um papel de meros expectadores.

Assim, a manutenção dos poderes oficiosos do julgador, na medida em que poderia contribuir para a proclamação de decisão mais precisa, perde a razão de ser, na medida em que constatamos que a referida eficácia não mais perdura hoje, restando apenas uma consideração irreal de eficácia em detrimento de uma condição real de afronta aos direitos e garantias processuais, nomeadamente, o direito a um julgador imparcial. Assim, no balanceamento entre a eficácia do sistema de justiça criminal e o direito e garantias individuais, atualmente, os poderes instrutórios do julgador representam um peso que rompe o equilíbrio.

3. Impossibilidade da atuação *ex officio* do juiz em matéria de produção de prova

3.1. Imparcialidade judicial

3.1.1. Noções e fundamentos

O conceito jurídico de imparcialidade acumulou densidade conceitual ao longo do tempo e, atualmente, a exigência de um juízo imparcial é uma noção praticamente universal. Tal garantia encontra-se reconhecida na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6. 1), Declaração Universal dos Direitos dos Homens (art. 10), Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. 26), Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8. 1), Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (art. 14, 1), entre outros diplomas.¹³⁷

¹³⁷ Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), Art. 6.1: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

Declaração Universal dos Direitos dos Homens (ONU 1948), Art. 10: “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ele seja deduzida”.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), Art. 26: “Parte-se do princípio de que todo acusado é inocente, até que se prove sua culpabilidade. Toda pessoa acusada de um delito tem direito de ser ouvida em uma forma imparcial e pública, de ser julgada por tribunais já estabelecidos de acordo com leis preexistentes, e de que se lhe não inflijam penas cruéis, infamantes ou inusitadas”.

Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), Art. 8.1: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1966), Art.14.1: “Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de carácter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a

Contudo, a nível constitucional, tanto a Constituição Portuguesa como a Brasileira, a exemplo de outros países, não estabelecem expressamente a imparcialidade no rol direitos fundamentais nem mesmo ao disciplinar o funcionamento do Poder Judiciário. Malgrado essa omissão, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a imparcialidade como traço essencial ou valor inerente ao próprio conceito de jurisdição em um Estado Democrático de Direito.¹³⁸

Com efeito, o advento da noção de imparcialidade decorreu do próprio sentido usual do termo, como algo que diz respeito à qualidade ou atitude de isenção do agente na tomada de decisões. Pode ser entendido como um ato interno do sujeito que implica uma resistência íntima e incessante de manter firme sua consciência diante de circunstâncias adversas que possam comprometer o equilíbrio e equidistância, garantindo que suas convicções sejam mantidas com independência de fatores emocionais. A imparcialidade implica, assim, em um diálogo singular com a própria consciência e com a objetividade. A imparcialidade significa que o agente só pode formar sua convicção em elementos objetivos, sem para tanto ser influenciado por argumentos subjetivos ou emoções pessoais. É, portanto, um estado de espírito de alguém que é guiado pela preocupação com a justiça na resolução do caso posto a sua submissão, sem opinião pré-concebida ou preconceitos de toda ordem.

No campo jurídico, a ideia da imparcialidade surgiu com o próprio advento da jurisdição. A medida em que o juiz deixou de ser mero árbitro na solução dos conflitos e passou ser inserido como um terceiro que proclama sua decisão para a resolução do dissenso, adveio a natural necessidade da figura do julgador imparcial. Chiovenda já expressava que tanto a Administração como a Jurisdição proferem julgamentos acerca de fatos a que lhe são submetidos, contudo, a primeira julga a própria atividade, enquanto que a jurisdição julga causas alheias, pelo que nesta, a imparcialidade é elemento de maior grandeza.¹³⁹ No mesmo sentido, já advertia Goldschmidt, em que a imparcialidade consiste em colocar entre parênteses todas as considerações subjetivas do juiz.¹⁴⁰

publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores”.

¹³⁸ PALOMARES, Salvador Guerrero. *La imparcialidad objetiva del juez penal*. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2009, p. 33.

¹³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. v. 2. Madrid: Editorial Reus, 1925, p. 339.

¹⁴⁰ GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio basico del proceso: la “parcialidad” y la parcialidad*. Madrid: Instituto Español de Derecho Procesal, 1950, p. 32.

Zysman Quiróz afirma que na origem da explicação do direito a julgamento imparcial formou-se duas posições. Uns perfilham uma espécie de “naturalização” da definição da imparcialidade judicial, como se este conceito fosse algo imutável ou pré-existente à sua normatização. Outros partem da ideia de que a imparcialidade está ligada diretamente aos sistemas normativos que a definem em menor ou maior grau, variando de tempo e lugar, e sendo, portanto, uma construção conceitual. Estes defendem que a imparcialidade não é algo universal, tendo em vista que em determinadas épocas e lugares, a noção sofre acentuadas variações ou até mesmo é desconhecida.¹⁴¹

No entanto, o próprio Zysman Quiróz assevera que esta não deve ser a única forma de compreensão deste princípio, sendo imperioso encontrar quais são os contornos conceituais em diversos momentos históricos pelos ordenamentos jurídicos.

Ainda no início do século XVIII, estava em plena vigência na Europa o sistema inquisitorial, em que a condução do processo criminal era concentrada nas mãos de uma única autoridade, que levava a efeito a investigação, deduzia a acusação e ainda era responsável pelo seu julgamento. De fato, este acúmulo de papéis do juiz desde cedo trazia sério questionamentos, nomeadamente, no tocante à imparcialidade, dificilmente assegurada sem que houvesse a separação das funções processuais. Assim, de logo se constatou que a separação das funções de investigar, acusar e jogar era condição mínima para garantir o exercício imparcial do poder jurisdicional.

Embora não fosse desconhecida a noção de imparcialidade, que inclusive aplicava-se aos os juízes inquisidores, no sentido de que deveriam oficialmente buscar de forma imparcial a verdade dos acontecimentos, tudo não passava de mera retórica sem qualquer poder de convencimento.

O cúmulo de papéis em uma única mão, a do juiz, passou a ser insustentável a partir dos ideais liberais que afloraram na Europa a partir da Revolução Francesa. Não havia como permanecer a situação em que o Estado exigia um magistrado inquiridor e investigador dos fatos, e ao mesmo tempo que o fizesse com isenção e sem espírito de parte.¹⁴²

¹⁴¹ ZYSMAN QUIRÓS, Diego. Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. Un estudio histórico-conceptual de modelos normativos de imparcialidad. In: HANDLER, Edmundo (org). *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Corrientes: Facultad de Derecho da Universidade de Buenos Aires, 2001, p. 339-340.

¹⁴² LOPES, José António Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 40.

No sistema continental, consoante Mendes, o processo inquisitório sofreu duro golpe com o advento do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, em França, quando finalmente o processo concretizou a separação das funções de investigar e julgar, com a repartição do procedimento em duas fases. A primeira, a fase de investigação pré-processual, destinava-se a investigar o crime, ficando sob a responsabilidade de um magistrado especializado, o *juge d'instruction*, e, após, o acervo probatório reunido era então direcionado a um oficial do poder executivo junto ao Poder Judiciário, o *procureur impérial*, que detinha a iniciativa da ação penal. A segunda fase, a de julgamento, a responsabilidade criminal do arguido era finalmente apurada e definida sob o contraditório, perante um tribunal. A estruturação conferida pelo referido diploma inaugurou o denominado processo reformado europeu, através do advento do modelo misto.¹⁴³

A reforma francesa não passou despercebida em outros lugares na Europa, e o cúmulo de funções pelo juiz também foi reconhecido como problemática em muitas regiões alemãs. Contudo, o processo reformado francês não obteve impacto imediato em todas as regiões alemãs, mas seguiu influenciando pequenas reformas em diversas regiões até a promulgação do Código Federal de Processo Criminal em 1877, onde a separação das funções foi finalmente concluída, pelo menos em relação aos crimes graves.¹⁴⁴

Desde o princípio, o conceito da imparcialidade seguiu um critério subjetivo, baseado na independência do juiz em relação às partes ou a causa submetida a julgamento. O juiz imparcial é então aquele que não tem nenhuma conexão particular com as partes e que leva em conta apenas os fatos, sem consideração às peculiaridades pessoais dos litigantes. Por força dela, o julgador não deve ter qualquer envolvimento pessoal com o caso a que é chamado para julgar. Em outras palavras, a imparcialidade subjetiva vem a descrever um estado de equilíbrio do juiz, situado entre as duas partes, despido de preconceitos ou tendências, e que venha a decidir a causa com base exclusivamente na evidência assentada em julgamento.¹⁴⁵

A qualidade de isenção do magistrado judicial é a pedra angular da própria credibilidade do Poder Judiciário, sendo a raiz da aceitação dos cidadãos no trabalho jurisdicional. Tal confiança radica-se na do próprio juiz, baseada em sua

¹⁴³ MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 31.

¹⁴⁴ SUMMERS, Sarah J. Ob. cit. p. 34.

¹⁴⁵ TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 61.

imparcialidade na tomada das decisões. A comunidade confia em seus juízes na medida em que são imparciais para resolver o conflito.

Em um Estado democrático de direito, a confiança do exercício reto da atividade jurisdicional é atributo básico para o alcance de clima de paz social e convivência pacífica entre os cidadãos. Em consequência, uma sociedade que desconfie da objetividade e retidão dos responsáveis pela administração da justiça está destinada, irremediavelmente, a sofrer contínuas e graves tensões que podem acarretar, em última instância, em perigo à própria existência democrática do Estado.¹⁴⁶

Durante muito tempo, pensou-se que para assegurar a figura de um julgador imparcial bastava atestar e conferir mecanismos legais de controle em que fosse possível detectar e afastar o juiz quando sua credibilidade fosse colocada em xeque diante de indícios ou comprovação de seu liame com as partes da causa ou seu interesse pessoal no resultado do julgamento. Este aparato seria suficiente para garantir a credibilidade da função jurisdicional e permanecer o Poder Judiciário como depositário da confiança dos cidadãos.

Com efeito, com o amadurecimento do espírito democrático e aperfeiçoamento das garantias processuais, percebeu-se que a mera salvaguarda desta imparcialidade subjetiva era insuficiente. O afastamento do juiz das partes e da *thema decisorium* tornou-se algo óbvio e primário e não mais seria suficiente para salvaguardar a legitimidade do órgão judicial.

Assim, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ao interpretar o Art. 6, I da Convenção de regência, considerou que a imparcialidade deve ser avaliada não apenas com a feição subjetiva, vista esta, com a ausência de ligação particular com as partes e com eventual interesse no resultado do julgamento. Sem deixar de lado a concepção subjetiva, a imparcialidade passou a contar com mais um fundamento. Assim, a imparcialidade passou a ser tratada mediante uma abordagem dupla: uma subjetiva, já referida, e outra objetiva, materializada na necessidade de assegurar que a atuação do juiz confira garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima acerca de sua imparcialidade.

A abordagem objetiva levanta a questão de saber se, independentemente do estado íntimo do juiz com certos fatos que denotem laços estreitos com as partes ou

¹⁴⁶ PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 17.

com o objeto da causa, há situações funcionais e orgânicas da própria atuação jurisdicional que implique em dúvida sobre a isenção do julgador. Não está aqui em jogo a imparcialidade psicológica (subjéitiva), relacionada com a atitude do magistrado, com seus sentimentos e opiniões, com suas amizades ou seus laços de aliança e parentesco, mas quanto aos aspectos de cunho organizacional ou funcional, verificáveis objetivamente.

A exigência de imparcialidade, percebida através do prisma da abordagem objetiva, refere-se às regras da organização judicial e da administração da justiça compelidas também a oferecer garantias capazes de excluir qualquer dúvida legítima de parcialidade. Para tanto, são consideradas as várias intervenções do magistrado judicial no âmbito da mesma causa. Toma-se como elemento o exercício das funções judiciais consoantes as regras processuais vigentes em determinado ordenamento jurídico, e se o exercício destas, nas circunstâncias concretas, possam trazer dúvidas de sua isenção.

Na aferição da abordagem objetiva, tem-se a necessidade de conferir uma interpretação extensiva da imparcialidade, averiguando não só se o tribunal forneceu salvaguardas suficientes para excluir qualquer dúvida legítima quanto à sua isenção, como também, independentemente dessa condição, se as partes ou terceiros têm motivos sérios para temer que as garantias ofertadas não são suficientes. É que claro no controle deste aspecto da vertente objetiva, não se pode considerar qualquer alegação ou fator susceptível de dar origem, na mente do litigante, de uma dúvida quanto à qualidade do magistrado. Apenas, quando tais impressões estejam apoiadas em dados concretos materializados em atos processuais levados a efeito pelo juiz no decorrer do processo, capazes de suscitar dúvidas legítimas, é que devem ser levadas em conta. Enfim, o que importa é aparência de imparcialidade.

A distinção entre imparcialidade pessoal (subjéitiva) e imparcialidade funcional/orgânica (objetiva) pode sugerir, à primeira vista, que existem dois tipos de imparcialidade, enquanto não o é. A imparcialidade é única e envolve, numa interpretação extensiva, a referida dupla abordagem, onde, por um lado, controla-se as convicções e o comportamento pessoal do juiz, e de outro, a atuação do juiz em atenção ao desempenho de suas funções processuais ante à organização judiciária.

A imparcialidade do juiz é decorrência do próprio exercício da função jurisdicional. Baseia-se nos valores fundamentais da democracia. Diz respeito à essência do ato de decidir e às noções de jurisdição e do Estado de direito, sendo ao só

tempo fundamento e a justificação do poder de julgar. Cuida-se de pedra angular que da legitimidade da função jurisdicional, e está na origem da confiança necessária no trabalho jurisdicional.¹⁴⁷

Como se vê, a ideia de processo equitativo está intimamente ligada a presença de um julgador independente e imparcial, com competência previamente definida em lei, sem a qual, as outras garantias processuais fundamentais, tais como a publicidade, o julgamento em prazo razoável, o contraditório, a presunção de inocência, a ampla defesa, nada representam.

No próximo tópico, passaremos a aprofundar a feição objetiva de imparcialidade.

¹⁴⁷ KUTY, Franklin. *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*. Bruxelas: Lancier, 2005. p.15.

3.1.2. Dimensão objetiva da imparcialidade delineada pelo TEDH

Conforme visto, a imparcialidade do julgador é um princípio reinante do processo, imprescindível para o alcance de um resultado justo. Como consequência lógica da adoção do sistema de hetero-composição, no qual um terceiro, agente estatal, assume o papel de dirimir o conflito, é que este terceiro mantenha inteiro alheamento aos interesses das partes da causa.

Em sua concepção tradicional, como visto, a imparcialidade significa a qualidade do julgador de não estar intimamente vinculado aos interesses das partes, isto é, a convicção de não estar pessoalmente atrelado aos interesses dos sujeitos processuais. Essa dimensão subjetiva, que implica na necessidade de o julgador não possuir “pré-juízos” firmados, ou inclinações com determinados interesses em jogo, não esgota toda a dimensão da imparcialidade.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH delineou uma nova dimensão à imparcialidade do julgador, asseverando que o julgador deve estar em situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida acerca de sua imparcialidade. A análise da imparcialidade com essa feição objetiva está inserida no contexto do significativo impacto para os sistemas continentais da jurisprudência do TEDH.¹⁴⁸ O alcance da imparcialidade perpassa, portanto, de sua feição tradicionalmente subjetiva, que deriva da relação do juiz com as partes, para possuir também um cunho objetivo, consubstanciado na relação ou posição do juiz em função do objeto do processo.

A feição objetiva, portanto, diz respeito a aparência de imparcialidade, no sentido de que a atuação do julgador não deve gerar desconfiança ou incertezas entre os sujeitos processuais ou na própria comunidade em geral sobre seu efetivo alheamento diante dos interesses discutidos no processo. A necessidade de transmitir esta impressão de isenção, inerente ao exercício da jurisdição, vai mais além do que a simples constatação de ausência de vínculos juridicamente relevantes entre o julgador e qualquer interessado no processo (imparcialidade subjetiva). A índole objetiva parte da necessidade de imagem da imparcialidade, da qual se projeta a própria legitimidade da função jurisdicional. A aparência de imparcialidade, portanto, é um

¹⁴⁸ BUISMAN, Caroline; BOUAZDI, Myriam; COSTI, Matteo. Principles of Civil Law. In KHAN, Karin A. A, BUISMAN, Caroline; GOSNELL; Christopher (org). *Principles of Evidence In International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p 13.

fator de primeira grandeza para que os jurisdicionados e os cidadãos em geral tenham confiança necessária no aparato judicial, o que vai conferir o próprio atributo de legitimidade. Por esta feição, o julgador, em sua conduta, deve oferecer garantias para excluir qualquer dúvida razoável a respeito, no sentido de que sua conduta seja percebida como inteiramente isenta.

O artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 estabeleceu inicialmente o direito fundamental que todo cidadão tem de ser julgado por um tribunal imparcial¹⁴⁹, e inspirou todos os seguintes textos internacionais que contemplaram a imparcialidade, com destaque para a Convenção Europeia dos Direitos dos Homens.¹⁵⁰

Com efeito, a previsão expressa do direito a ser julgado por um tribunal imparcial nos textos internacionais ganhou incisiva importância por força da jurisprudência construída pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos— TEDH, especificamente no enfoque objetivo. Partindo do pressuposto que a imparcialidade do julgador é um direito autônomo dentro de um processo justo e com todas as garantias, a doutrina delineada pelo TEDH enriqueceu o conteúdo e alcance deste instituto, conferindo-lhe concretude ao determinar sua intensidade e âmbitos de incidência, especialmente no âmbito penal.

É preciso frisar que dimensão objetiva da imparcialidade não foi criada por força do TEDH. Essa concepção já existia nos países de tradição anglo-saxônica, bem consolidada via precedentes judiciais, especificamente no Estados Unidos, a partir da Sexta e Décima Quarta Emendas, no velho adágio anglo-saxônico *justice must not only be done, it must also be seen to be done*. Embora não haja a menção ao rótulo “imparcialidade objetiva”, a Suprema Corte americana, em diversos julgados¹⁵¹,

¹⁴⁹ Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Artigo 10. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um **tribunal independente e imparcial** que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida” (grifo nosso).

¹⁵⁰ Convenção Europeia dos Direitos do Homem: “Artigo 6. 1. Qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um **tribunal independente e imparcial**, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”. (grifo nosso).

¹⁵¹ *Tumey v. Ohio* (1927); *Dugan v. Ohio* (1928); *Mayberry v. Pennsylvania* (1971), *Ward v. Monroeville* (1972); *Taylor v. Hayes* (1974); *Johnson v. Mississippi* (1971); *Withrow v. Larkin* (1975).

asseverou a impossibilidade de atuação de juízes, em função de determinada atuação prévia ou ligação com as partes, onde a sua confiança ou credibilidade restaram comprometidas.¹⁵² Nestes, não necessitou da comprovação da afetação do estado anímico do juiz, mas apenas das circunstâncias objetivas do caso em que revelam um possível déficit de isenção decorrentes da própria atuação ou vínculo anterior.¹⁵³

O mérito do TEDH foi sedimentar esse caráter e irradiá-la para os demais países europeus do *civil law*, conferindo assim uma maior unidade de entendimento acerca do direito a um julgador imparcial.

In: LaFAVE, Wayne R; ISRAEL, Jerold H. Criminal Procedure. 2. ed. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co, 1992, p. 1096.

¹⁵² Interessante trecho de julgamento por um tribunal inglês no caso *Jones v. National Coal Board* (1957), referida por Billis, sobre o papel do juiz anglosaxão durante o julgamento, e de que forma, sua atuação no campo probatório pode comprometer a sua imparcialidade: “In the system of trial which we have envolved in this country, the judge sits to hear and determine the issues raised by the parties, not to conduct an investigation or examination on behalf of society at large, as happens, we believe, in some foreign countries. Even in England, however, a judge is not a mere umpire to answer the question 'How's that?' His object, above all, is to find out the truth, and to do justice according to law; and in the daily pursuit of it the advocate plays an honourable and necessary role. Was it not Lord Eldon L.C. who said in a notable passage that 'truth is best discovered by powerful statements on both sides of the question' : see *Ex parte Lloyd* ((1822) Mont. 70, 72n.). And Lord Greene M.R. who explained that justice is best done by a judge who holds the balance between the contending parties without himself taking part in their disputations? If a judge, said Lord Greene, should himself conduct the examination of witnesses, 'he, so to speak, descends into the arena and is liable to have his vision clouded by the dust of the conflict' : see *Yuill v. Yuill* ((1945] 1 All E.R. 183). Yes, he must keep his vision unclouded. It is all very well to paint justice blind, but she does better without a bandage round her eyes. She should be blind indeed to favour or prejudice, but clear to see which way lies the truth: and the less dust there is about the better. Let the advocates one after the other put the weights into the scales - the 'nicely calculated less or more' - but the judge at the end decides which way the balance tilts, be it ever so slightly. [...] it is for the advocates, each in his turn, to examine the witnesses, and not for the judge to take it on himself lest by so doing he appear to favour one side or the other” *In: BILLIS, Emmanouil. Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren. Berlim: Duncker & Humblot, 2015. p. 192.*

¹⁵³ *LaFAVE, Wayne R; ISRAEL, Jerold H. Criminal Procedure. 2. ed. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co, 1992, p. 1095-1098.*

3.1.3. Garantias de imparcialidade em julgamento

É verdade que nas inúmeras oportunidades que o Tribunal de Estrasburgo enfrentou o tema, elaborou uma doutrina muito apegada ao caso concreto, evitando pronunciamentos generalizantes sobre o conteúdo submetido à julgamento. O Tribunal ao analisar o caso sempre o examinava à luz das peculiaridades concretas, isto é, evitando apontar de antemão se esta ou aquela situação isoladamente implica em ofensa ou não ao direito a um tribunal imparcial, sem antes examinar todas as nuances do caso concreto.

No caso *Piersack v. Bélgica*¹⁵⁴, o TEDH sedimentou os critérios relativos a identificação da imparcialidade objetiva. No caso vertente, a controvérsia consistiu em determinar a violação do direito a um tribunal imparcial, em razão de um juiz, que havia atuado como membro do Ministério Público anteriormente, atuou posteriormente como presidente do Conselho de Jurados que resultou na condenação do referido acusado. No âmbito português e brasileiro, este caso não resultaria em maiores dificuldades de entendimento acerca da manifesta afronta à imparcialidade do juiz, uma vez que há causa legal expressa de impedimento judicial em processo em que o juiz já tiver funcionado anteriormente como membro do Ministério Público¹⁵⁵. Contudo, o caso resultou na construção de premissas mais gerais que serviram de norte a posterior sedimentação da imparcialidade objetiva no âmbito do direito a um processo equitativo. São elas: a) a imparcialidade se define por ausência de pré-juízos; b) pode ser distinguida em dois aspectos: a subjetiva, que cuida de averiguar a convicção pessoal do juiz no caso concreto; a objetiva, que trata se o mesmo juiz oferece garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável a respeito, c) na aferição da imparcialidade, as aparências revestem-se de importância, de maneira que todo o juiz em relação a qual pode haver razões legítimas para se duvidar de sua imparcialidade, deve abster-se de conhecer a causa, pois o que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em geral em uma sociedade democrática.¹⁵⁶

¹⁵⁴ *Piersack v. Bélgica* (TEDH, 1982).

¹⁵⁵ Código de Processo Penal Português (Art. 39º, 1. c); Código de Processo Penal brasileiro (Art. 252, II).

¹⁵⁶ AROCA, Juan Montero. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 44.

Contudo, a citada casuística não é óbice para extrair as vigas mestras trilhadas e apontar as tendências de entendimento acerca do conteúdo e extensão da imparcialidade do julgador. De fato, não obstante o apego ao caso concreto, a diretriz jurisprudencial do TEDH sobre o direito ao juiz imparcial iniciou em torno da seguinte questão central: até que ponto tem-se por vulnerada a imparcialidade do juiz criminal em razão do exercício prévio de atividades instrutórias ou de conhecimento do caso antes do julgamento?¹⁵⁷.

Essa ideia de que o exercício de atuação prévia do julgador no caso a ser julgada, seja relacionada ou não, com atividades instrutórias, sempre foi visto como ponto de tensão com a imparcialidade, especificamente, em sua feição objetiva, baseada na confiança em que os tribunais devem revelar para a sociedade em geral. O exercício de atividades instrutórias em etapa anterior do processo, pode levantar dúvidas da atuação do juiz em fases posteriores na medida em que o contato com as informações até então produzidas pode acarretar uma a construção de uma visão antecipada do caso, o que vai refletir na possibilidade de comprometimento de uma análise objetiva quando do julgamento final.

No exame desta confiança, o TEDH verifica se até que ponto as expectativas ou temores do jurisdicionado, acerca da imparcialidade do tribunal, são legítimas, ou se fundam em meros subjetivismos sem maiores consequências. Neste ponto, é de se frisar que para definir o alcance da imparcialidade, o TEDH não se atém a interpretações restritivas, mas sim as que conferem maior transcendência possível ao conceito.

A seguir serão analisados alguns julgamentos da Corte de Estrasburgo em que foi verificada afronta à imparcialidade do ponto de vista objetivo:

Caso De Cubber v. Bélgica (TEDH de 26 de outubro de 1984)

No processo em exame, tratava-se de um juiz de instrução que havia realizado a investigação, com a determinação de produção de provas, em etapa processual destinada ao efeito conforme as leis processuais belgas, tendo, inclusive, proferido decisão que decretou a prisão preventiva do acusado, e que posteriormente, atuou novamente no caso, em colegiado na etapa de julgamento, onde resultou na

¹⁵⁷ ASENSIO, Rafael Jiménez. *Imparcialidad Judicial y derecho al juez imparcial*. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 186.

condenação do cidadão Albert De Cubber. O TEDH conclui ter havido ofensa direta ao direito a um julgador imparcial, especificamente, por ofensa a imparcialidade objetiva.

Há vários aspectos que cumpre ser destacados na decisão da Corte de Estrasburgo:¹⁵⁸

a) O tribunal inicia a fundamentação do decisório destacando a distinção entre a feição subjetiva e objetiva da imparcialidade judicial. Na ótica subjetiva, imparcialidade do magistrado se presume diante da ausência de provas em sentido contrário. No aspecto objetivo, recorda que as aparências gozam de certa importância consoante o adágio inglês *not only must Justice be done; it must also be seen to be done*. Neste sentido, encontramos referência que o direito a recusar um magistrado se justifica sempre que se possa legitimamente temer a falta de imparcialidade, porquanto a confiança nos tribunais é ponto central na credibilidade da atividade jurisdicional em um Estado democrático.

b) Diante das considerações iniciais, asseverou-se que em se cuidando de verdadeira instrução do caso, com a produção de provas dirigidas a descoberta da verdade, pode-se razoavelmente supor que o juiz que atuou nesta fase tenha formado uma convicção prévia que pode ser levada em consideração por ocasião da lavratura da decisão final. Tal situação implica na seriedade da dúvida do acusado acerca da imparcialidade do tribunal que em seu corpo haja integrante que fez atuou previamente como juiz de instrução.

c) Ainda que o tribunal de primeira instância tenha o formato de colegiado e que o tribunal de apelação belga tenha confirmado a condenação de primeira instância, não há se que falar em superação do vício da imparcialidade, em razão da quebra da legítima de confiança que a atividade jurisdicional atuou com a isenção naturalmente esperada.

Caso Blesa Rodríguez v. Espanha, (TEDH de 01 de dezembro de 2015):

O caso apresentado diz respeito de uma condenação criminal de Blesa Rodríguez, em 2010, a uma pena de 03 anos de prisão, inabilitação da cargo público e multa. O fato diz respeito a delito de falsidade documental cometida pelo Professor

¹⁵⁸ AROCA, Juan Montero. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. Valência: Tirant lo Blanch, 1999, p. 45-46.

Blesa Rodriguez contra a Universidade de La Coruña, no tocante à apresentação de *curriculum vitae* com informações falsas em concurso para ministrar aulas na referida universidade no ano de 2003. Entre os juízes que condenaram Blesa Rodriguez, estava um juiz que era professor da mesma universidade. O TEDH conclui ter havido ofensa direta ao direito a um julgador imparcial, especificamente, por ofensa a imparcialidade objetiva. Independentemente de analisar o comportamento do magistrado (que foi irrepreensível), há dados concretos que podem gerar dúvidas acerca da imparcialidade do tribunal, especialmente, a relação profissional do juiz com a Universidade vítima, de qual percebia remuneração regular.

Caso Alony Kaye v. Espanha (TEDH 2012):

O caso diz respeito a uma condenação de Tausir Alony Kayne por delito de colaboração com o terrorismo a uma pena de 07 anos de prisão e multa, em razão de manter contatos com membros da organização Al-Qaeda a respeito de facilitar transações financeiras entre membros da organização. Entre outros argumentos, o TEDH foi provocado por suposta violação a um tribunal imparcial, na medida em que uma das magistradas que decretou de ofício a prisão processual do agente, e que depois confirmou a prorrogação da prisão, também participou do julgamento que condenou o agente. O Tribunal entendeu que haveria afronta a imparcialidade objetiva na medida em que haveria razões fundadas para supor que não haveria a isenção necessária do tribunal espanhol, uma vez que um dos magistrados que decretaram a prisão, pela forma como foi decidida, já podia ter uma ideia anterior acerca da culpabilidade do agente.

Caso Cardona Serrat v. Espanha (2010):

A causa versa sobre uma condenação de Jose Cardona Serrat a uma pena de 04 anos e 06 meses de prisão por crimes de violação sexual. Foi alegado perante o TEDH que dois dos magistrados atuaram na fase de investigação e decretaram de ofício a prisão processual do agente e que participaram do julgamento que terminou pela condenação. O Tribunal entendeu haver violação ao direito a julgamento por um tribunal imparcial na medida em que haveria razões para suspeitar que o tribunal tinha

ideias preconcebidas a respeito da responsabilidade criminal do autor, tanto que decretaram de ofício a sua prisão provisória.

Nestes exemplos, tem-se a noção precisa de que decisões ou atividades desempenhadas pelo juiz antes do julgamento geram pontos de tensão significativos com o direito a um julgador imparcial.

É evidente que não é qualquer anterior atividade ou decisão proferida que irá suscitar dúvidas fundadas acerca da imparcialidade, e neste ponto o TEDH se posicionou em inúmeras oportunidades neste sentido. De igual forma, a quebra da imparcialidade objetiva vai além de simples inconformismo ou temor subjetivo da parte. É imperioso que a atuação antecedente tenha objetivamente causado uma impressão de parcialidade e que o tribunal não tenha dado garantias de que atuava de forma isenta.

Nesta linha, meras decisões processuais de admissibilidade ou deferimento de medidas cautelares ou de prisão, se não implicarem em aprofundamentos no exame dos fatos, em nada afetam a imparcialidade. De outra face, nestas mesmas situações de admissibilidade ou de prisão processual, se o julgador tiver examinado os fatos com maior intensidade, ingressando ao mérito da causa, estaria comprometida a sua imparcialidade, na medida em que não poderá oferecer garantias que estará atuando de forma isenta por ocasião do julgamento, tendo em vista que já indicou inclinações acerca da culpabilidade.

Contudo, como vimos, como premissa geral, o TEDH tem entendido que o juiz responsável por ditar a sentença final tenha assumido funções de investigação em fase anterior do processo implica a uma suspeita de perda de imparcialidade, *to fear a lack impartiality*¹⁵⁹

¹⁵⁹ PALOMARES, Salvador Guerrero. *La imparcialidad objetiva del juez penal*. Cizur Menor: Aranzandi, 2009, p. 50.

3.1.4. Densificação do conteúdo da imparcialidade: princípio reinante do processo penal

Constatou-se que a imparcialidade judicial é princípio estrutural do funcionamento do Poder Judiciário, como característica inerente ao exercício da atividade jurisdicional, sendo que, principalmente, por fora da construção jurisprudencial do TEDH, a imparcialidade judicial foi também alçada a categoria de direito fundamental: direito fundamental a um julgador imparcial.¹⁶⁰

Com efeito, essa densificação de conteúdo permite concluir que qualquer lesão a este direito fundamental acarreta um déficit insanável que compromete toda a estrutura de um processo judicial justo. A imparcialidade, especialmente em seu traço objetivo, tem importância vital para o conjunto do sistema judicial e para a salvaguarda dos direitos dos cidadãos. A existência de déficits de imparcialidade compromete a imagem e a legitimidade do Poder Judiciário, levando ao descrédito institucional, falta de confiança, e gerando, inclusive, dúvidas acerca de que um sistema assim configurado seja digno de ser conservado.

A concepção de imparcialidade judicial como direito fundamental permite que a força deste instituto transcenda a sua mera configuração legal disciplinada em determinado ordenamento jurídico. A ofensa ao juiz imparcial pode ocorrer, portanto, mesmo nas hipóteses em que o julgador atue dentro das balizas e faculdades processuais previstas em lei, ainda que não incidam concretamente as causas de impedimento e suspeição (recusa ou abstenção) estabelecidas pelos estatutos processuais.

É preciso salientar que a atividade jurisdicional, ao contrário de outras atividades públicas, não está destinada a satisfazer interesses pré-constituídos. Os outros órgãos estatais (como Legislativo, o Governo), ainda que sob certas condições e exigências legais, fixam e executam suas atividades institucionais de acordo com orientações e finalidades políticas, por vezes informadas pelo desejo da maioria, ou pelos interesses da própria administração pública. Os juízes, ao revés, não se movem por interesse pré-judicial, mas buscam a aproximação do verdadeiro nas causas a ele submetidas (não todas), após o contraditório entre os sujeitos portadores dos interesses em conflito. Disso resulta que o juiz não deve ter qualquer interesse, nem

¹⁶⁰ PALOMARES, Salvador Guerrero. *El Principio acusatorio*. 2. ed. Navarra: Arazandi, 2009, p. 56.

geral ou particular, em uma outra solução da controvérsia, sendo sua missão apenas definir(julgar) motivadamente e de acordo com sua livre convicção. Os juízes, assim, devem manter equidistância dos interesses das partes em conflito, bem como independência em face ao sistema político e ao sistema de poderes.¹⁶¹

É verdade que a ideia de que no processo penal, entendido aqui em seu aspecto global, deve-se conjugar, além das garantias e liberdades dos imputados, outros bens relacionados com a eficiência do sistema de persecução penal.

Em outras palavras, sempre se coloca a questão que o processo penal leva ao reconhecimento de um campo de tensão entre duas opções conflitantes: de um lado, a eficiência ou operatividade do sistema como forma de fazer valer a tutela coercitiva em defesa da sociedade; de outro plano, a salvaguarda dos direitos e garantias individuais diante do poder coercitivo do Estado.

Como forma de equilibrar este conflito deve-se buscar concessões recíprocas, respeitado um padrão de conformação que garanta um núcleo mínimo que condizente com as garantias constitucionais. Neste ponto, sem olvidar das garantias individuais, onde a eventual e pontual flexibilização deve ser sempre por reserva da jurisdição, pode-se dotar os órgãos de investigação de maiores atribuições, estruturas e mecanismos modernos de atuação, a depender das escolhas de cunho político. Do mesmo modo, pode-se eleger opções de índole político-criminal conferindo-se aos titulares da ação penal maior ou menor rigor para a deflagração da ação penal. Contudo, ao juiz, durante a fase de julgamento, não se deve conferir tomada de posição ou compromisso com esta ou aquela diretriz, ainda que para harmonizar estes interesses em jogo.

Ao juiz não deve ser facultada ou imposta a missão de buscar a eficiência do sistema punitivo, aqui entendido como combate a criminalidade, especificamente, por ocasião do julgamento oral e público. Quando o juiz assume postura ativa no sentido de encontrar comprovações que não foram alegadas pelas partes, em verdade está sendo colocada em prática sua visão acerca do bem jurídico envolvido, levando a cabo uma determinada política estatal, trazendo traços administrativos para atividade jurisdicional.

¹⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006. p.533-534.

Ferrajoli já alertava que a legitimidade da atividade jurisdicional de um Estado Democrático não reside apenas na existência de decisões motivadas, mas principalmente na forma como foi construída e apresentada esta fundamentação.¹⁶²

Como vimos, o sistema de justiça continental, voltado que é para a implementação de determinadas políticas ou objetivos estatais, espera que o juiz atue nesta conformidade. Disso decorre a autorização para que assuma uma atitude ativa em relação a produção de provas. O juiz estaria praticamente obrigado a ampliar a argumentação das partes quando se mostra necessário e conveniente com fim a alcançar os objetivos elegidos como corretos pelos sistemas.

Pode-se, e talvez seja desejável em algumas sociedades, dotar os órgãos de investigação (polícia judiciária, Ministério Público ou juiz de instrução) de um leque vasto de mecanismos como forma de buscar a eficiência do sistema punitivo. Essa fase pode se estender até mesmo para fins de deflagração da ação penal. Contudo, iniciando-se a fase de julgamento, deve-se afastar o órgão julgador de buscar conciliar o referido antagonismo. A sua missão deve ser destinada a apreciar as provas produzidas pelas partes, mas sem possibilitar lançar nos autos provas em que eventualmente entenda necessárias ao julgamento.

Para levar a cabo uma investigação judicial (princípio da investigação), forçosamente há de adotar-se uma hipótese ou ponto de partida. Não faz diferença se o juiz que determine meios de prova tenha como objetivo a confirmação da suposição inicial ou busque refuta-la. De uma forma ou de outra, a conduta do juiz gerará um desequilíbrio que o impedirá de ostentar objetivamente uma posição de completa isenção.

De fato, a introdução de material probatório dos autos do processo é sempre precedida de uma avaliação prévia referente a que rumo que o citado material possa resultar. O meio de prova que se busca produzir corresponde, assim, a um prognóstico, mais ou menos, seguro, do resultado ou da influência que a prova produzida acarretará, bem como das consequências jurídicas de sua incorporação ao processo.

Neste sentido, digo de nota de destaque as palavras de Geraldo Prado: “Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo

¹⁶² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006. p. 495-505.

penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelos órgãos de acusação, ao qual, nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, aqui igualmente se verificará o mesmo tipo de comprometimento psicológico objeto de reservas quanto ao poder do próprio juiz iniciar o processo, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao processo, por considerar importantes para o deslinde da questão. Isso acabará afastando o juiz da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição essa apta a permitir a melhor ponderação e conclusão”.¹⁶³

Nesta linha, não concordamos com as posições que buscam relativizar a noção de imparcialidade conforme às exigências políticas e jurídicas do sistema jurídico na qual o juiz está inserido. A postura expectada do juiz diante do debate dialético desenvolvido pelas partes, em decorrência das diferentes idealizações de administração de justiça consideradas em cada modelo processual, projetaria formas diferentes quanto à imparcialidade judicial.¹⁶⁴

Conforme sustentamos, a densificação da imparcialidade pelo TEDH, alçando-a a garantia de um direito fundamental, torna este instituto um conceito jurídico além dos sistemas jurídicos em razão no âmbito de um processo equitativo. Pelo princípio, o que se visa assegurar ao final, é se o tribunal, em sua atuação em determinado julgamento, deu garantias legítimas de imparcialidade, robustecendo as expectativas de confiança na atividade jurisdicional.

¹⁶³ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p. 136-141.

¹⁶⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p.76.

3.2. Impossibilidade da iniciativa probatória do julgador

A ideia justificadora da atividade instrutória *ex officio*, como se verificou, centra-se, basicamente, na natureza pública da função jurisdicional e pela inafastável busca da verdade material. O juiz não poderia dispor de verificar, com máxima extensão, o que se passou no mundo dos fatos, como forma de melhor operar o *jus puniendi* estatal, sob pena de se satisfazer com uma verdade meramente formal que compromete a justa realização do direito objetivo.¹⁶⁵

Com efeito, é um erro pressupor que o afastamento do juiz na tarefa de produção de provas representa o rompimento do compromisso com a indisponibilidade dos interesses do processo penal. De fato, o devido esclarecimento dos fatos representa o objetivo central no processo penal como mecanismo válido para a imposição do direito material. O direito material é a *ultima ratio* da proteção dos bens jurídicos, o qual ocorre por meio da eficácia preventiva-geral da norma de conduta, cuja violação deve ser devidamente comprovada no processo penal para a imposição a respectiva sanção. A comprovação segura de que a norma foi devidamente violada constitui, portanto, a missão fundamental do processo penal. O equívoco ocorre sim em considerar os poderes probatórios do julgador como elemento primordial para a configuração do caráter público do processo penal.

Muito embora uma concepção publicista do processo abra espaço para a estruturação teórica de um papel ativo do julgador na produção de provas, o fato é que este liame argumentativo não impõe necessariamente a este entendimento. O caráter público do processo não obriga o estabelecimento de poderes oficiosos do juiz. Este decorre apenas de uma opção legislativa infraconstitucional embasa em tradição processual arraigada. Em verdade, cuida-se de reminiscências do sistema inquisitivo, que leva a posituação, mesmo nas leis processuais atuais, de um papel ativo do julgador na temática probatória, sob o pretexto que só assim se alcançaria a verdade material ou real.¹⁶⁶

¹⁶⁵ MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime e que se disse antes do julgamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 243.

¹⁶⁶ GÖSSEL, Karl Heinz. *El Derecho procesal Penal en El Estado de Derecho*. Santa Fé:: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 34.

O modelo processual vigente na maioria dos países europeus e no Brasil parte da racionalidade de se entender que a decisão penal se legitima por sua verdade histórica, e portanto, empregado de raízes inquisitoriais.¹⁶⁷

Esse discurso sedimentou-se historicamente desde o século XIX, formando uma ideologia específica de processo nos países do *civil law*. Com efeito, dotar o juiz de poderes de buscar autonomamente elementos de convencimento diz respeito a uma opção política e epistêmica concretizada nos diversos estatutos processuais, onde a atribuição de mecanismos instrutórios justificar-se-ia na necessidade instrumental de garantir a apuração da verdade.

Dessa forma, a estrutura constitucional do processo não impõe que as leis processuais estabeleçam poderes instrutórios oficiosos, sendo estes consequência de mera técnica processual que a pretexto de conferir mecanismos mais eficazes à descoberta da verdade, acarreta, como foi visto, mais problemas do que ganhos ao fim do que se propõe, como bem demonstrou o experimento de Schünemann.¹⁶⁸

Como visto, a efetividade que a iniciativa probatória do tribunal representa para o processo penal verifica-se apenas no plano teórico, sob argumentos retóricos de que sem a presença deles, o processo estaria fadado a assumir um caráter dispositivo, sem qualquer compromisso com a verdade e com a justiça da decisão. Mas como visto, os poderes instrutórios representam, em verdade, um instrumento processual que não está alinhado com princípios superiores, especificamente, com o direito a um julgador imparcial, com uma estrutura acusatória, e com um processo equitativo, estes sim, impostos a nível constitucional e convencional.

Conforme sustentado, os poderes ofícios de investigação do julgador estão em frontal conflito com a estrutura acusatória do nosso processo penal e com a dimensão objetiva da imparcialidade. Os critérios suscitados por grande parte da doutrina são insuficientes para conferir uma adequada harmonização.

Atualmente, todos os Estados modernos ocidentais compartilham da ideia de que deve sempre haver um juiz imparcial e independente e que se deve presumir o arguido inocente até comprovação em contrário. No entanto, a implementação dessas noções nos âmbitos dos diversos ordenamentos jurídicos varia de modo acentuado.

¹⁶⁷ VIVES ANTÓN, Tomás. Ob cit. p. 28.

¹⁶⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. *O Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 123 e seguintes.

Como se viu, a atividade judicial na produção de provas, surgido com o sistema inquisitivo, vem se mantendo nos sistemas processuais reformados, sob o pretexto de que a busca da verdade real é ideia inseparável da indisponibilidade do interesse público a qual o processo penal está imbuído, que seria punir os verdadeiros culpados independentemente de interesses particulares.

A possibilidade de o juiz produzir provas, segundo a imensa maioria da doutrina continental, não representaria violação da estrutura acusatória dos processos, de forma que a previsão em seus ordenamentos jurídicos de faculdades probatórias para o julgador não implicaria em ofensa ao princípio acusatório, e por via de consequência não trasmudaria seu sistema processual, por previsão desta faculdade, em um sistema inquisitivo. A faculdade probatória do julgador inserida em um ambiente de processo penal público, com a separação entre sujeitos diversos das funções de acusar e julgar e empregada em caráter supletivo, consoante sustentam, mantém íntegra a estrutura democrática de processo e a feição acusatória, e em nenhum momento quebra a imparcialidade.

Acrescentam-se ainda que iniciativa probatória do julgador não colide com a imparcialidade, pois quando o órgão jurisdicional decide levar a cabo esta atuação, não se posiciona a favor ou contra a acusação e a defesa, não se sabendo a que resultado esta atividade irá resultar.

No entanto, ao sustentarem esta possibilidade de conciliação, na verdade estão admitindo, muito embora não diretamente, que haja problemas entre poderes oficiosos do juiz e o princípio da imparcialidade judicial. Como se verificou nas linhas antecedentes, para contornar mais este problema, constroem uma narrativa de que a atividade probatória deve ser supletiva e equilibrada, sem o mesmo grau de intensidade das partes, pois estas que devem assumir o protagonismo na produção de provas. Em verdade, estão a admitir que a relação da atividade probatória do julgador com a sua imparcialidade é inversamente proporcional, de forma que quanto maior for o protagonismo judicial neste campo maior será o comprometimento da imparcialidade e, na outra direção, quanto menor for esta atividade, maior será o grau de isenção do julgador. Se o juiz não pode atuar de forma mais intensa na produção de provas sob pena de violação da imparcialidade, consoante admite a doutrina conciliatória acima apontada, é porque, em maior ou menor grau, a atividade

probatória do julgador sempre será às custas da imparcialidade, especialmente, em sua feição objetiva. Essa tensão foi claramente exposta por Armenta Deu.¹⁶⁹

É preciso que se firme posição que o comprometimento da imparcialidade do julgador, em maior ou menor grau, implicaria em reconhecer o desvirtuamento da própria concepção de processo. A imparcialidade está umbilicalmente ligada ao próprio conceito de jurisdição. De nada adianta estabelecer outros princípios como igualdade de armas, contraditório, motivação das decisões judiciais, pois estes estariam inexoravelmente negados sem a imparcialidade.

O juiz que propõe meios de prova estará auxiliando, inexoravelmente, uma das partes no processo. Ainda que não saiba em que direção a prova determinada pelo juízo vai apontar, o fato é que o resultado de sua atividade, ao materializar-se no processo, vai incrementar ou infirmar as teses deduzidas pelas partes. Se para a resolução do caso envolver não só o material probatório produzido pelas partes, mas também acervo obtido diretamente pelo julgador, esta atividade probatória estará proporcionando um desequilíbrio insuperável entre as partes, e o discurso de que apenas se buscou esclarecer a realidade histórica de nada resolve.

Assim, do ponto de vista da imparcialidade objetiva, o juiz ativo no campo probatório não vai poder ofertar garantias de sua isenção por ocasião do julgamento, pois a causa foi decidida graça a sua intervenção que, concretamente, favoreceu uma das partes. Em verdade, o modelo em que o juiz é responsável pela integração dos fatos a serem apreciados acaba por traduzir em um processo em que as demais partes intervenientes não tem responsabilidades constitutivas quanto à prova, já que o tribunal sempre estará a postos para fazer o acertamento do fato.

Como se vê, o problema central da iniciativa probatória não está tanto na própria atividade em si, mas no resultado desta atuação. O ingresso do material probatório recolhido pelo juiz proporcionará uma situação de vantagem para uma das partes, ainda que o juiz, em seu foro íntimo (imparcialidade subjetiva), não tenha preleção por quaisquer dos lados da controvérsia, bem como que não saiba de antemão a que resultado sua atividade irá produzir. A situação é clara: o produto de sua atividade probatória vai contribuir para o sucesso de uma das partes, de forma que o resultado será creditado, em maior ou menor grau, ao juiz, quebrando assim a

¹⁶⁹ ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas Procesales Penales. La Justicia Penal en Europa y América. Um caminho de ida e vuelta?* Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 96.

confiança ou a expectativa de atuação desprovida de comprometimentos (imparcialidade objetiva).

De igual forma, conforme o experimento de Schünemann, a violação da imparcialidade torna-se ainda mais evidente na medida em que restou demonstrado que os poderes probatórios do julgador são direcionados na busca seletiva de informações que dão guarida as teses de acusação proporcionada pelo efeito da inércia ou perseverança, resultante do contato prévio com os elementos de provas contidas na investigação preliminar.

Na pesquisa detalhada nas linhas precedentes do presente trabalho, indica que o magistrado judicial profere decisões condenatórias com muito mais frequência quando possui conhecimento dos autos da investigação preliminar do que quando não os conhece, bem como que o juiz armazena precariamente as informações apresentadas durante a instrução processual que contrariam o teor da investigação preliminar. De igual forma, as perguntas formuladas pelo julgador perante as testemunhas apresentadas são, em sua maioria, destinadas a confirmar o conhecimento que já se tem e não para assimilar novas informações e assim ampliar as bases de julgamento.

Neste ponto, destaque-se que na Itália, após o advento do novo Código de Processo Penal de 1989, e de algumas mudanças implementadas em seguida, estabeleceu-se a regra geral de que os elementos probatórios colhidos na investigação preliminar não podem ser levados ao processo judicial, apto a permitir o contato com juiz penal responsável pelo julgamento. Esta regra abre exceção apenas em casos de provas técnicas periciais, cautelares, pré-constituídas e em algumas situações de prova produzida por investigações particulares pela defesa, mas tudo submetido ao contraditório em julgamento oral. Como se vê, as limitações de acesso de dados colhidos na fase pré-processual visam justamente preservar a imparcialidade judicial e minimizar a contaminação do julgador com material produzido sem o crivo do contraditório efetivo.¹⁷⁰ Essa vedação de contato com os elementos coligidos na etapa pré-processual, embora não resolveria por inteiro as questões até aqui levantadas, eis que os poderes instrutórios permaneceriam, mitigariam o déficit de imparcialidade. Ausência de acesso ao acervo coletado na investigação preliminar dificultaria que o

¹⁷⁰ MARAFIOTI, Lucas. Italian Criminal Procedure: A System caught between two traditions. In JACKSON, John; LANGER, Máximo; TILLERS, Peter (org). *Crime, Procedure, and Evidence in a Comparative and International Context*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 84.

juiz possa formular sua própria hipótese de reconstrução do fato, o que comprometeria sua isenção.¹⁷¹

Como se vê, a ideia fulcral que fundamenta a utilidade da atividade probatória judicial, bem destacada por Figueiredo Dias, é a tarefa de ampliar as bases de julgamento a fim de permitir a reunião mais completa possível de informações aptas a subsidiar a tomada de decisão, já que somente se poderia falar em decisão justa quando esta estiver embasada em um recorte da realidade mais amplo possível, pois do contrário, se a decisão tiver com suporte um acervo probatório deficitário, o interesse público na descoberta da verdade estaria comprometido.

Contudo, o experimento de Schünemann demonstra exatamente o contrário, na medida em que a atividade judicial de produção de provas não amplia, de forma imparcial, as bases do julgamento, mas é comprovadamente direcionada para confirmar o que já foi de antemão produzido. O ganho de efetividade utilizado como argumento chave para adoção de poderes instrutórios do julgador não se verifica concretamente. Os poderes oficiosos do julgador, juntamente com o contato do julgador com a investigação preliminar, de caráter eminentemente incriminador, é um fator determinante para sentença condenatórias, evidenciando um apego judicial à imagem prévia do fato a ser apreciado.

Essa ideia de que há nítida violação à imparcialidade quando se combina funções probatórias e jurisdicionais está há muito arraigada nos países de tradição adversarial.¹⁷²

Vale a pena acrescentar nesta ótica, a observação precisa realizada por Callen no sentido de que o interesse público que serve de justificativa para a investigação judicial, tende a coloca-lo em uma posição de proteção do interesse social, isto é, ao lado da parte acusadora a quem incumbe exercer o *jus puniendi* estatal. No mais, a atividade do julgador tende a paralisar-se tão logo é confirmada a versão estatal.¹⁷³

¹⁷¹ NAPPI, Aniello. Il diritto alla prova. Modello accusatorio e principio dispositivo. Poteri di integrazione officiosa. [https://www.csm.it/documents/21768/81517/quad_98.pdf/f110fe1d-d543-4f78-9000-13d416553953]. Disponível em: 15.05.2018

¹⁷² THAMAN, Stephen C. Aspectos Adversariales, Acusatorios e Inquisitivos el el Proceso Penal de Los Estados Unidos. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (org.) *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 173.

¹⁷³ CALLEN, Craig R. ob. cit, pg. 165 e seguintes.

Outrossim, não se pode olvidar que a função acusatória nos modernos sistemas processuais é de incumbência do Ministério Público, órgão estatal concebido para esta finalidade. De forma que o afastamento do juiz da produção probatória não implica em retomada da configuração privada do processo, de onde deita as raízes históricas o sistema acusatório puro. A busca da verdade pode ser realizada pelo Ministério Público, que não possui interesse meramente subjetivo no caso. Neste aspecto, não se pode dizer que o afastamento do juiz da produção probatória implicaria em adoção direta de princípios da oportunidade e disposição dos direitos. A obrigatoriedade e a legalidade não são abandonadas, e aplicam-se ao órgão acusador, apenas não se refletem em um dever de fiscalização destes princípios pelo julgador.

Frise-se também que o princípio da presunção da inocência implica em um verdadeiro estatuto jurídico conformador de um processo penal democrático, em que o respeito aos direitos fundamentais do imputado ocupa o primeiro plano. Vimos o duplo significado deste postulado: como regra de tratamento e como regra de julgamento. Por regra de tratamento, há que se afirmar que o imputado deve ser considerado inocente até a sua responsabilidade ser provada além de qualquer dúvida razoável. Por regra de julgamento, requer toda uma postura do órgão julgador de garantir condições de assegurar que esta presunção somente se desfaça mediante provas produzidas pela acusação em um ambiente de contraditório e de ética (que veda provas ilícitas, por exemplo). Tal primado impõe que o juiz se situe no processo em um estado de perplexidade como pressuposto necessário para conhecer e apreciar o fato posto em julgamento, afastando de tendências ou inclinações às hipóteses acusatórias ou defensivas.

A ideia da presunção de inocência rompeu com a essência do processo inquisitivo na medida em que atribuiu a carga probatória inteiramente para a acusação, conferindo ao imputado, antes de uma situação meramente passiva, plena autonomia processual para definir seu papel em matéria de provas.

Nesta linha, não há porque o juiz atuar na investigação do fato histórico, pois no processo, parte-se da presunção que o arguido é inocente. Se se parte da premissa que o acusado é inocente, deve ser imputado à parte interessada o ônus de provar o contrário. Não há porque o julgador buscar provas para esclarecer se o acusado é responsável, ou não, pela infração penal, pois, o acusado é, perante o órgão julgador, inocente até comprovação em contrário a cargo do *parquet*.

Logo, não se deve outorgar ao juiz poderes oficiosos de produção de provas tendentes a desconstruir a presunção da inocência. Tal desconstrução deve ser a cargo exclusivo da acusação. A postura do juiz em buscar outros meios de provas, mesmo que suplementares, ainda que em nome de um despretenhoso alcance da reconstrução histórica dos fatos, descola o juiz do seu *locus* de equidistância das partes e o aproxima da acusação, comprometendo a imparcialidade pelo rompimento da igualdade das partes.

O sistema acusatório, portanto, depende inexoravelmente da imparcialidade do julgador que não se contenta apenas com a impossibilidade de também acusar e definir os limites objetivos da acusação, mas por pressupor sua função mais importante de decidir o caso, mediante uma consciente e meditada opção entre alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante.¹⁷⁴

O juiz deve assim ocupar permanentemente, durante todas as fases processuais, uma posição equilibrada e assegurar que não tenha aderido a priori a nenhuma das teses debatidas no processo. Essa ideia de separação permanente das funções processuais que vai dar a tônica ao sistema acusatório.

Não basta que a separação de funções se restrinja à fase inicial do processo, com a dedução da acusação em juízo formalizada por ente distinto do órgão julgador. A separação de funções deve perdurar também após o ajuizamento da ação penal, durante toda a instrução processual, até a sentença final. Logo, o juiz não pode atuar visando complementar provas em favor seja do órgão de acusação ou de defesa, sob pena de assim o procedendo, desloca-se de seu âmbito preciso de atuação processual, mesclando sua função com outras estranhas a da entrega da prestação jurisdicional.

Há uma outra questão que se pode levantar. Considerando também que as provas devem ser produzidas em meio a debate dialético entre as partes, é essencial que as partes tenham possibilidade real de confrontar ou criticar o material probatório desde a sua formação. Isso tudo estaria comprometido na medida em que a iniciativa de provas seja do órgão julgador. Não haveria como as partes argumentarem crítica e logicamente que a prova pretendida pelo julgador não deva ser produzida, pois o julgador sempre lançará mão do argumento irrefutável que o meio probante é

¹⁷⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p. 108.

necessário para melhor esclarecer os fatos. Como o juiz é o destinatário final das provas, haveria sérias dificuldades de as partes sustentarem que essa postura não se faz necessária. Faltaria, aqui, a possibilidade de refutação efetiva.

Conforme foi destacado, não obstante o renome de alguns autores, como Armenta Deu, não concordamos com a posição conciliatória por eles sustentada, no sentido de compatibilizar o instituto dos poderes de investigação judicial com o sistema acusatório. Argumentam que a introdução de elementos probatórios pelo juiz, de forma limitada e subsidiária, visando suplementar o acervo probatório originariamente formatado pelo órgão de acusação e defesa, não desnatura o sistema acusatório, porquanto sob tais circunstâncias a produção de provas pelas mãos do juiz seria devidamente submetida ao crivo do contraditório.

Ora, o contraditório, como categoria processual que determina a ciência da parte contrária e a consequente abertura de oportunidade para uma ação contrária visando infirmar o ato, torna-se de estranha aplicabilidade se o ato a ser contrariado parte do próprio juiz. Não há como estabelecer uma contradição efetiva entre o arguido e o juiz que detém o poder de decisão da causa. Ademais, o juiz promover meios de prova a pretexto de atender o interesse público na correta resolução do caso penal, em verdade, tal postura traduziria uma conduta afinada com os próprios interesses do órgão acusatório, quebrando a igualdade das partes. Frise-se que nos dias atuais não há como conceber que possa o Ministério Público atuar de forma despreparada ou omissa na apresentação de provas da culpabilidade do arguido, surgindo o juiz justamente a assumir a posição ao seu lado, velando pela integridade da acusação.

Acrescente-se ainda a situação que não pode ser desprezada que diz respeito a hierarquia superior que na prática a prova determinada *ex officio* possui em relação aos demais meios de provas presentes no acervo probatório. A prova determinada pelo próprio destinatário terá na prática uma relevância maior para contrapor outros meios de prova, pela aparente isenção e desinteresse daquele quem produziu, assumindo assim um maior relevo no convencimento judicial.

Não podemos olvidar ainda da precisa crítica realizada por Cordero ¹⁷⁵ sobre a possibilidade de que a atribuição de poderes instrutórios do juiz é evento gerador de um quadro mental paranoico, em que se opera o primado das hipóteses

¹⁷⁵ CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Turim: Utet, 1986. p.51.

sobre os próprios fatos a serem apurados, onde o juiz inicialmente elege as hipóteses (decide) para depois ir a busca de elementos probantes que amparam as hipóteses já selecionadas, situação bem semelhante ao que foi demonstrado pelo experimento de Schünemann com base na Teoria da Dissonância Cognitiva. Na mesma linha, afirma Coutinho: “abre-se o juiz a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a sua versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade de crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro”.¹⁷⁶

A respeito da ausência de imparcialidade, Prado refere-se claramente a situação do juiz que se coloca a produzir provas *ex officio*, porquanto sempre se colocará como sujeito de conhecimento a empreender tarefa que não será neutra, pois sempre deduzirá a hipótese, que pela prova a ser por ele produzida, pretende ver confirmada. Para tanto o autor nos fornece o seguinte exemplo: “Como as hipóteses do processo penal são duas: há crime e o réu é o responsável ou isso não é verdade, a prova produzida de ofício visará confirmar uma das duas hipóteses e colocará o juiz, antecipadamente, ligado à hipótese que pretende comprovar. Assim, por exemplo, se uma testemunha X afirma sem muita convicção que viu o réu subtrair o carro da vítima e que estava ao lado de outra testemunha Z, não arrolada, a decisão do juiz, de ofício, de ouvir a mencionada testemunha Z só pode ser determinada pela convicção honesta de que a testemunha Z confirmará o fato. É evidente que se a testemunha Z negar o fato, o juiz tenderá a levar isso em consideração. Caso, porém, a testemunha confirme as declarações de outra, dificilmente o réu poderá acreditar que o juiz dará crédito a testemunhas que vier a arrolar para desmentirem as duas primeiras. Com isso está quebrado o frágil equilíbrio em que se sustenta a imparcialidade do juiz no processo penal”.¹⁷⁷

Seja como for, o argumento de validar um processo acusatório mitigado ou misto, temperado pelo princípio da investigação, que encontra guarida nos sistemas processuais na tradição europeia continental, na nossa visão, apresenta-se de forma manifestamente deturpada. São categóricos em afirmar que a inércia probatória do tribunal não é característica fundamental do sistema acusatório, e sim dos sistemas adversariais.

¹⁷⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. n. 30. Curitiba: 1998. p. 178.

¹⁷⁷ PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006, p. 141-142.

Em verdade, temos que a razão encontra-se mais uma vez com Prado e Maier no sentido de observar que há uma artificial designação doutrinária de “adversarial” para definir o sistema acusatório em que o juiz não é dotado de poderes instrutórios, apartando de um outro sistema acusatório onde o juiz detém tais poderes, denominando este como sendo o verdadeiro “sistema acusatório” e, assim, validar o sistema processual concreto previsto nas respectivas legislações nacionais, tendo em vista que a nomenclatura “acusatório” estaria preservada, mas que em substância contraria frontalmente dispositivo de ordem constitucional que determina expressamente a adoção de um modelo acusatório.

Afirmam, assim, que a categoria de poderes oficiosos do juiz não é o parâmetro fundamental para definir o sistema acusatório, tendo em vista que tal instituto pode e deve estar perfeitamente estabelecido neste sistema. A presença ou não de poderes instrutórios serve sim para apartar o sistema adversarial do acusatório. Logo, aqueles que sustentam a impossibilidade de permanência da iniciativa probatória do julgador no sistema acusatório são, de plano, rotulados como de fazerem confusão terminológica, ou de buscar a implementação do modelo adversarial no plano continental. Nesta esteira, afirmam que pretendem quebrar a tradição europeia e trazer todas as imperfeições que o modelo adversarial apresenta, em especial, o aspecto de justiça procedimental ao invés da superior justiça material presente nos sistemas continentais.

Em verdade, o afastamento do juiz da seara probatória não o fará um sujeito inerte e passivo diante do debate dialético das partes. A missão do julgador é zelar, ao máximo, que no ambiente processual haja a contínua observância aos direitos e garantias fundamentais, atuando ativamente a fim de que haja o respeito deles, e ao final, através de seu livre convencimento, proferir a decisão final. A acusação terá o ônus de produzir dados ou fatos probatórios acerca da hipótese acusatória. A defesa terá o direito de contraria-las ou simplesmente infirmar a credibilidade das hipóteses iniciais, e o juiz continua a frente do processo, podendo aceitar como convincente (com um grau de probabilidade necessário) ou não a pretensão acusatória, conforme todas as provas diante dele produzidas, e proferirá a sentença final conforme seu livre convencimento.

4. Impropriedade das críticas dos efeitos do afastamento do juiz na arena probatória

As principais críticas a respeito do modelo ora defendido centram-se na alegação de que afastamento do juiz da atividade instrutória implicaria na completa ruptura do modelo continental e transformação pura e simples no modelo adversarial com todas as incongruências e imperfeições a ele inerentes. Um juiz inerte e passivo diante de um encontro dialético das partes transmudaria o sistema processual continental no *adversary system*.¹⁷⁸

A atribuição dos poderes instrutórios ao juiz seria fruto de uma opção ideológica acolhida pelo ordenamento jurídico de que a função do processo não é exclusivamente por fim aos conflitos entre indivíduos, mas estabelecer a verdade dos fatos e resolver o referido conflito mediante uma decisão justa. Para tal desiderato, os poderes instrutórios do julgador representam uma condição essencial, cuja eficácia no estabelecimento da verdade histórica não pode ser sacrificada.

Dentro destes argumentos retóricos são construídas todas as críticas da posição ora sustentada do necessário afastamento do juiz da temática da produção de provas. Assim, o presente tópico do estudo é dedicado a apresentar as principais críticas ao nosso ponto de vista, para, em seguida, refletir sobre elas. Acreditamos que o objetivo do trabalho não estaria completo, e até mesmo implicaria em sonegação teórica, caso não apontássemos objeções à nossa hipótese de trabalho. Não raro, a ausência de menção das críticas no corpo dos estudos acadêmicos pode implicar em receio de desestruturação da base argumentativa, certamente para encobrir falhas no trabalho ou incapacidade de refutação. Estamos seguros que a menção das críticas e o debate das questões que lhe gravitam, contribuem, antes para completude do estudo do que para infirmar a nossa sustentação teórica.

Assim, partindo do referido argumento geral contrário ao afastamento do juiz da arena probatória, iremos expor os aspectos centrais das críticas, e após, ocuparemos em refuta-las.

¹⁷⁸ TARUFFO, Michele. *El proceso civil adversarial em la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2008, p. 116 e seguintes.

4.1. Justiça procedimental *versus* justiça material

O argumento favorável à atribuição de poderes instrutórios ao juiz, que se manifesta em vários ordenamentos jurídicos europeus, funda-se na consideração ideológica em função da qual o que verdadeiramente importa no processo é a qualidade da decisão, na medida em que se baseia na apuração verdadeira dos fatos da causa.

A consideração de que o processo é mero instrumento institucional para a resolução das controvérsias, e que justiça depende apenas da correção do procedimento, é próprio do âmbito da teoria do *procedural justice*, questão colocada por Figueiredo Dias ao criticar a posição de J. Goldschmidt, de que o fim do processo, seja ele penal ou civil, seria a obtenção de uma sentença com qualidade de coisa julgada, com o objetivo exclusivamente intraprocessual, sem maior aprofundamento de uma finalidade metafísica do processo.¹⁷⁹

Com efeito, a preocupação dos sistemas processuais continentais é diametralmente oposta, na medida em que o processo possa alcançar resultados de *substantive justice*. Nesta orientação, o processo não está só vocacionado para a solução do conflito, mas há algo mais, manifestado na consideração de que a resolução do caso ocorra consoante uma decisão justificada em critérios jurídicos e racionais, entre os quais o atributo essencial de que esteja amparada na veracidade da apuração dos fatos.¹⁸⁰

Um sistema que se contenta apenas com uma mera igualdade formal entre as partes, pressupondo que estas atuem sempre legalmente e com o fim último de descobrimento da verdade, não está preocupado com o conteúdo das decisões, apenas com a solução do caso. No mais, a retidão das partes da condução do processo não encontra consonância na realidade forense, tendo em vista que as partes, num sistema assim orientado, não visam um ganho de causa com justiça, mas uma vitória *tout court*. Nesta perspectiva, as partes, com frequência, atuam justamente com o intuito de encobrir a verdade quando esta é contrária a seus interesses. Sendo assim, o comportamento processual frequente é o encobrimento de fatos e provas importantes quando desfavoráveis a sua pretensão. É neste quadro, que se põe em crise a figura de

¹⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 41-42.

¹⁸⁰ TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 204.

um juiz passivo e neutral. Se se permite um juiz inerte frente a manobras das partes, termina-se por permitir que o processo se oriente para uma vitória da parte mais hábil, em lugar de uma decisão justa. E o resultado disso é justamente o efeito oposto que se busca com o afastamento do juiz da instrução processual. É que se o resultado do processo depende com exclusividade do debate das partes, não oferecendo nenhuma garantia acerca da justiça da decisão, o que provocaria na opinião pública e comunidade jurídica uma desconfiança no juiz e de sua função institucional. A passividade do juiz não conferiria maior credibilidade ou força moral do julgamento, mas ao contrário, contribuiria para diminuir a confiança em uma justiça que estaria fatalmente sujeita a manobras e aos interesses privados das partes.

4.2. Dilemas práticos

Afora as críticas baseadas na opção ideológica do processo continental, há também críticas direcionadas aos problemas práticos que a retirada de poderes instrutórios do tribunal acarretaria à efetividade do processo penal e a qualidade das decisões, consoante exporemos a seguir.

4.2.1. Dilema entre estratégia e descobrimento da verdade

Na esteira do que foi exposto, um processo em que o juiz possui um papel de mero expectador, e que as partes assumem integral responsabilidade tanto na amplitude quanto ao conteúdo da colheita das provas, implica em considerar que as mesmas não se guiam com a pura finalidade de descobrimento da verdade, mas por finalidades estratégicas próprias, resultando daí o dilema entre a defesa de seus próprios interesses e o altruísmo na descoberta da verdade.¹⁸¹

Esta situação decorre da observação empírica da realidade forense adversarial, onde se verifica potencial comportamento das partes no sentido de sonegar provas importantes que lhe são contrárias, ou até mesmo desprezar provas ambivalentes, cujo resultado de sua produção não se saiba ao certo, o que fará com que tanto acusação como a defesa, temendo ao final do que dela poderá advir, deixem de produzi-la. Se qual for a situação, a possibilidade real que se concretize as condutas acima descritas, resultaria numa colheita incompleta de provas, afastando o processo da verdade material.

Assim, somente o juiz, valendo-se de seus poderes instrutórios, poderia resgatar a missão primordial do processo penal, que é a aferição da verdade e, evitar que tergiversações comprometam a justiça da decisão penal.

¹⁸¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º Milênio. In GRECO, Luís (org.) *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 229.

4.2.2. Dilema hermenêutico

O problema ora exposto diz respeito ao alcance da compreensão da prova oral produzida em audiência de instrução. Partindo da situação também relatada por Schünemann, *apud* Gadamer e Esser, o sentido de uma pergunta não é apenas determinado pelos termos utilizados na formulação do questionamento, mas depende igualmente da pré-compreensão daquele que a formula, o qual interpretará a resposta oferecida dentro da moldura desta pré-compreensão. Assim, um juiz inerte na dialética probatória ficaria alijado do processo de compreensão entre perguntas e respostas oferecidas, o que resultaria que a compreensão ficaria sujeita a um jogo do acaso. O juiz, destinatário da prova, entenderia a resposta em determinado sentido, o que não corresponderia ao mesmo daquilo que foi apreendido pelas partes, a quem coube formular as perguntas. Esse abismo de interpretação tenderia a se aprofundar na medida em que a audiência de instrução e julgamento se alongasse.

4.2.3. Dilema de *Lohengrin*

Num terceiro nível de problemas práticos, diz respeito ao dilema de *Lohengrin* em alusão a famosa ópera de Richard Wagner do mesmo nome. Esse fenômeno ocorreria na medida em que o juiz se deparasse com dúvidas surgidas no decorrer da produção de provas na audiência instrução e ficasse impedido de esclarece-las. O juiz, como mero ouvinte, ficaria impedido de alcançar a verdade na medida em que permaneçam pontos em aberto por ele considerados relevantes.

4.3. Impropriedade das críticas: Afastamento do juiz na seara probatória sem total conformação do processo penal continental na ortodoxia adversarial. Ausência de risco de perda da justiça da decisão e de desnaturação da natureza pública do processo penal

Como se verificou nas linhas antecedentes, o afastamento do juiz penal da arena probatória é alvo de profundas críticas no âmbito do sistema continental europeu, ao ponto de se rotular que sua concretização implicaria numa marcha triunfal para o modelo processual adversarial norte-americano. Contudo, conforme restará aqui exposto, o modelo continental restará plenamente preservado, apenas, evoluído e conformado ao modelo acusatório imposto constitucionalmente ou, como queria, às exigências do *fair trial* delineado pelo TEDH.

A primeira questão é que a atual estrutura processual penal parte da ideia que o juiz é o fator decisivo na apuração dos fatos históricos e somente ele poderia aprofundar a investigação com isenção e assim, ampliar as bases de julgamento e proferir uma sentença justa na medida em que bem reflete o fato histórico objeto do processo penal.

Contudo, Callen destaca que numerosos cientistas afirmam que ainda que um sistema de busca indefinida de dados fosse em tese possível, tornar-se-ia impraticável diante de nossas limitações de tempo e de armazenamento, de forma que sempre é necessário identificar de antemão as informações essenciais e excluir outras, e partir de uma ideia de custos e benefícios que essa exclusão preliminar de dados possa acarretar, e concentrar na busca por dados que são aparentemente relevantes para a solução do caso.¹⁸² Assim, ainda que se busque a verdade real, esta não é ilimitada, e também vai ter se contentar com certa limitação de informações que vão impedir o completo levantamento de todos os fatos.

No que se refere ao primeiro dilema, o paradoxo entre descobrimento da verdade e defesa de estratégias processuais, não se pretende aqui aprofundar a investigação a respeito com base nas teorias da argumentação jurídica, de por exemplo de Robert Alexy, Jürgen Habermas ou Manuel Atienza. Vamos nos

¹⁸² CALLEN, Craig R. Cognitive strategies and models of fact-finding. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter (org). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaska*. Portland: Hart Publishing, 2008, p. 165 e seguintes.

concentrar em uma refutação baseada na apresentação das estruturas, configurações e institutos processuais.

Sendo assim, a circunstância de que as partes não se guiam com a finalidade de descobrimento da verdade, mas por finalidades estratégicas próprias, o que pode implicar em ocultação de provas essenciais ao deslinde do caso, podem fazer sentido para um modelo adversarial puro praticado nos sistemas anglo-saxônicos em uma formatação de tribunal do júri.

Até mesmo Schünemann, que apontou referidas críticas, ressaltou que são mais propriamente direcionadas ao sistema do Tribunal do Júri anglo-americano, e não faria muito sentido em um sistema em que está nas mãos do juiz togado o ato de proferir a decisão.

Mesmo nestes sistemas tal situação está bem resolvida nos dias atuais, onde se encontra plenamente solidificado o instituto da *Pretrial Disclosure*, por força do qual a acusação tem a obrigação de apresentar previamente as provas disponíveis em audiência preliminar que serão utilizadas no julgamento, evitando-se surpresas para a parte adversária¹⁸³. Também neste cenário, o instituto da *Disclosure* foi forjado paulatinamente com o objetivo justamente de evitar manipulação ou ocultação de provas¹⁸⁴. Por ele, a parte acusadora possui o dever de franquear à defesa livre acesso a todos os elementos de convicção obtidos na fase de investigação que serão utilizados no julgamento, inclusive, os não utilizados e descartados pela acusação. Salienta Malan, que tal obrigação foi estendida também para defesa, em algumas situações, manifestado pelo igual dever de dar conhecimento ao Ministério Público das provas obtidas e o dever de não ocultar provas.¹⁸⁵

Neste sentido também aponta Ambos ao asseverar que o instituto da *Disclosure*¹⁸⁶ que impõe a obrigação ao litigante divulgar informações obtidas à parte

¹⁸³ LaFAVE, Wayne R; ISRAEL, Jerold H. *Criminal Procedure*. 2. ed. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co, 1992, p. 953-955.

¹⁸⁴ LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 90-92.

¹⁸⁵ MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 58.

¹⁸⁶ Os institutos *Discovery* e *Disclosure* são, na maioria das vezes, empregados como sinônimos. Os esclarecimentos de Kai Ambos sobre estes institutos merecem transcrição integral: “Disclosure describes the mandatory divulging of information to a litigation opponent according to procedural rules. It is one of the key elements of adversarial criminal procedure, goes to the heart of every trial and is now recognized in many legal systems. Most commonly, the terms ‘Disclosure’ and ‘Discovery’ are used interchangeably. While in England and Wales, disclosure describes the provision of relevant information by one party to the other, discovery in the USA is understood as the process by each party to case learns of the evidence that the opposition will present. Thus, it seems that discovery by the

contrária, goza também de plena aplicação no âmbito da jurisprudência das cortes internacionais em decorrência da interpretação do Artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos.¹⁸⁷

No mais, tal crítica ainda mais não prospera diante da configuração atual do Ministério Público no sistema de justiça romano-germânica. Cuida-se de um órgão estatal com quase monopólio da ação pública, com independência e garantias, cujos membros não têm interesse subjetivo no caso. Ainda que seja parcial, uma vez que vai deduzir uma acusação em juízo, não age por interesses egoísticos de vitória a todo custo. O Ministério Público, na conformação atual dos sistemas continentais, com garantias próprias da magistratura judicial, não tem interesses estratégicos com o intuito de encobrir a verdade, a fim de deduzir ou sustentar uma acusação sem correspondência com a realidade.

Com efeito, a incorporação do Ministério Público ao sistema jurídico continental foi uma criação artificial justamente com o objetivo de separar as funções de acusar e julgar entre sujeitos diversos, resguardando assim a imparcialidade do julgador.¹⁸⁸ Através de introdução do Ministério Público, como órgão estatal, há justamente a quebra de um insustentável sistema processual concebido como uma contenda entre as partes. A presença do Ministério Público no processo penal reforça o caráter público do processo, e tendo em conta o princípio da oficialidade, tem esta a missão precípua e obrigatória de busca a realização do direito penal quando satisfeitos os pressupostos legais.

Como se vê, o afastamento do juiz da arena probatória não implicará em renúncia a busca da verdade no processo penal, onde o resultado do processo ficaria na dependência dos interesses estratégicos das partes. O Ministério Público, órgão

defense corresponds to disclosure by the prosecution, discovery by the prosecution to disclosure by the defense, that is, that disclosure and discovery are virtually two sides of the same coin. Yet, this downplays the existing differences between disclosure and discovery. After all, discovery could also be seen as merely one species of disclosure. At the ICC, the Statute and The Rules distinguish between ‘disclosure’ *stricto sensu* and ‘communication’: while ‘disclosure’ refers to exchange of material between the parties and/or participants to the proceedings, ‘communication’ describes the provision of the (*inter partes*) disclosed material to the Chamber”. (In AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law*. v. 3. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 520-521)

¹⁸⁷ “We have already stressed in Chapter I in this volume the importance of disclosure with a view to the principle of equality arms and the defense rights of the accused. It suffices to recall here that the ECtHR found that it is a requirement of fairness... that the prosecution authorities disclose to the defense all material evidence for or against the accused. The lack of such disclosure would lead to the accused being severely handicapped in the preparation of his defense, resulting in an infringement of his rights under Article 6 ECHR”. (In AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law*. v. 3. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 521)

¹⁸⁸ ARMENTA-DEU, Teresa. *Estudios de Justicia Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2014. p. 31.

estatal, tem a tarefa de promover com responsabilidade e sob os balizamentos legais a acusação, requerendo o arquivamento ou até mesmo a absolvição se for o caso. Terá este órgão público o dever de buscar provas para embasar a sua tese, que pode, inclusive, ser coincidente com a versão defensiva.

O *Code d'Instrucion Crimnelle* de 1808 em Franca pode ser visto como o primeiro e principal expoente para a concepção do Ministério Público moderno. Ao lado da oralidade, da publicidade e da possibilidade de participação de jurados leigos na administração da justiça criminal, a introdução do Ministério Público foram as conquistas mais sensíveis do processo reformado, em superação do antigo processo inquisitivo de gabinete e de manipulação arbitrária do *jus puniendi*.¹⁸⁹

Conforme Roxin, a criação do Ministério Público seguiu a diretiva de concretizar importantes paradigmas jurídicos-políticos. Primeiro, focou-se na tarefa de superar o antigo processo inquisitivo, que concentrava em uma única mão, a saber, a do juiz, a atividade de deduzir a acusação e de julgar. Ao ser transmitida a tarefa de reunir o material probatório em um procedimento preliminar a cargo do Ministério Público e de outro lado, a tarefa da administração da justiça e condução dos processos judiciais a autoridades judiciárias, um independente do outro, alcançou-se, pela primeira vez, uma configuração possível de julgador imparcial que poderia apreciar uma acusação não deduzida por ele mesmo. Em um segundo aspecto, a construção do Ministério Público no modelo continental permitiu que se reunisse na mesma figura, a qualidade de parte processual, mas também, da posição de *custos legis*, com a incumbência de zelar pela integridade e cumprimento da lei. No sistema do *civil law*, o Ministério Público não é concebido como executor unilateral da persecução penal, como se pode objetar na configuração do sistema anglo-americano. Aqui, sua função consiste em velar, inclusive em favor do arguido, para que se obtenha todo o material probatório necessário à elucidação do caso, bem como que os direitos e garantias processuais sejam devidamente observados. Conforme bem destaca Roxin, *apud* Savigny y Uhden que assim prescreveram ainda no ano de 1846: “*que el fiscal, como custodio de la ley, debe estar facultado a operar em procedimiento contra el acusado desde una comienzo, em el sentido de que sobre todo, la ley sea satisfecha. El fiscal*

¹⁸⁹ ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio público. In MAIER, Julio B. J (org.). *El Ministerio Público em el Proceso Penal*. Córdoba: Ad-Hoc S.R.L, 1993. p. 30.

ocupa una posición que lo obliga tanto la protección del acusado como a actuar contra él.¹⁹⁰

Conforme se depreende, mais uma vez a crítica sobre a impossibilidade de poderes instrutórios do julgador penal neste sentido é completamente infundada, eis que traz à tona uma situação que não tem qualquer correspondência fática, qual seja, de o julgamento estaria entregue nas mãos das partes sem qualquer compromisso com a verdade, senão com seus interesses estratégicos, sem mencionar a presença do Ministério Público, formada de agentes com as mesmas garantias da magistratura judicial, com a missão voltada justamente para a investigação oficial dos delitos com a conseqüente formalização da acusação se for o caso.

O interesse público que conduz a própria tipificação das condutas, conduz a vigência do princípio da oficialidade e que implica que o processo, seu objeto e todos os atos processuais não estejam à disposição dos sujeitos envolvidos ou diretamente afetados pelo delito, mas pelo contrário, impõe a atuação dos órgãos públicos neste norte.

O modelo ora defendido nesta dissertação não busca conspirar contra a concepção pública do processo, ao contrário. Os países que optaram para um regime geral de monopólio da ação penal pelo Ministério Público para o exercício da ação penal em verdade, outorgam a um órgão oficial a incumbência de deduzir a pretensão punitiva estatal perante um órgão judicial imparcial. A figura do Ministério Público preserva o caráter público do processo, obrigando o Estado a realizar o direito material sem espaços de discricionariedade.

Sem mencionar que a figura do Ministério Público foi criada justamente para separar as funções processuais entre sujeitos diversos, onde quem acusa, não pode julgar, e assim, garantir a imparcialidade do julgador, bem como garantir que o exercício da ação penal não fique comprometido pela inatividade das partes, tão criticada no antigo sistema acusatório. Ao mesmo tempo, a obrigatoriedade da ação penal traz segurança a sociedade de que o órgão acusador deverá sempre perseguir as infrações penais conforme a legalidade vigente.

Passando à análise da crítica denominada de dilema hermenêutico, verificamos que parte da constatação de que o sentido completo de uma pergunta não é determinado apenas pelas palavras nela utilizadas, mas depende também da pré-

¹⁹⁰ ROXIN, Claus. Ob. cit. p. 41.

compreensão daquele que formula o questionamento, o qual interpreta a resposta dada com os contornos dados por esta pré-compreensão. Assim, diante da resposta dada, surge fatalmente uma distorção entre o que foi compreendido pelas partes e pelo juiz. Disso decorre que um juiz que vivencia a colheita de provas como mero ouvinte ou espectador mudo, permanece fora deste círculo de comunicação, de forma que a compreensão do juiz, destinatário que é das provas, fica incerto tal como um fator do acaso. O terceiro problema, o autor denomina de Dilema de *Lohengrin*, em alusão a uma lenda existente na ópera de Richard Wagner, que diz respeito a um estado de impotência sentido pelo juiz que acompanha a audiência como mero ouvinte e que nada poderá fazer diante de uma série de pontos em aberto, tidos por ele relevantes para a compreensão do caso.

No entanto, tais problemas não irão causar impacto no sistema continental em caso cessação das faculdades probatórias do julgador, e fazem algum sentido apenas nos países do *common law*.

Tais críticas pressupõem um julgador que sequer pode participar do debate, totalmente diferente do modelo de juiz cuja configuração aqui se deseja delinear. O julgador não deve ter faculdades probatórias, mas tem o dever de esclarecer as provas produzidas perante ele. O que aqui se defende é a impossibilidade de o juiz determinar autonomamente provas, ainda que supletivamente, mas não o impede, ao final da arguição da prova testemunhal produzida pelas partes, por exemplo, esclarecer pontos duvidosos no curso do depoimento. Para embasar a futura decisão, o juiz deve esclarecer o conteúdo das próprias provas produzidas pelas partes, formulando, por exemplo, perguntas complementares ao acusado, às testemunhas, e aos peritos, quando indicados pelas partes. Esta possibilidade é presente, inclusive, nos sistemas do *common law*, que permite ao juiz indagações complementares ao depoente, desde que não haja intensidade tal, que possa transformar, é evidente, em uma nova reinquirição, pois assim equivaleria a uma produção autônoma de prova.

Como se vê, a impossibilidade da atividade probatória do tribunal nos moldes aqui delineados, permite que os parâmetros e o ambiente processual necessários para se tenha uma decisão justa continuem intactos no nosso sistema continental. Há a manutenção de um julgamento técnico realizado por um magistrado judicial togado, devidamente fundamentado e com objeto previamente definido, sempre controlável pela ampla recorribilidade para a instância superior, com

possibilidade de correção de eventual injustiça da decisão. Tais aspectos não são encontrados no sistema anglo-americano, porquanto concentrado em julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, mediante juízes/jurados leigos, com a desnecessidade de apresentação das razões pelas quais chegaram a determinado veredicto, e com recorribilidade bem mais restrita.

Conclusão

Consoante verificamos, grande parte da doutrina do sistema continental tem se manifestado a favor da manutenção de um modelo de processo penal alicerçado numa estrutura basicamente acusatória, mas integrada por um princípio de investigação judicial subsidiário e supletivo, como sendo aquele que melhor equilibraria os interesses da comunidade na persecução penal e as garantias processuais do arguido.

Nesta ótica, há uma concepção apriorística que relaciona toda análise dogmática de questionar os poderes instrutórios do julgador penal a uma concepção de procurar pura e simplesmente transformar o modelo processual continental no sistema adversarial, associando a todas deficiências deste sistema, especialmente, o seu descompromisso com a verdade e a justiça da decisão.

Tais posições em verdade, demonstram que muitas vezes a cultura jurídica, na qual o sistema processual penal inegavelmente faz parte, não se esgota em elementos normativos, mas está sujeito a toda ordem de convicções e tradições.

O que procuramos definir neste trabalho é que diante da imposição constitucional do sistema acusatório em Portugal e no Brasil, e da indissociável ideia de separação de funções processuais de forma permanente, bem como pela dimensão de *fair trial* delineado pela jurisprudência do TEDH, repercutem no sentido de irradiar efeitos no tocante à gestão da prova, não sendo possível, consoante referida base normativa, que o modelo processual conviva com um juiz dotado de iniciativa probatória, máxime quando tem pleno acesso aos autos da investigação preliminar, e que ainda decide em caráter final.

Os fundamentos dos poderes instrutórios centram-se na virtude da ação judicial neste sentido, na medida em que representa um ganho para além das coordenadas fixadas pelas partes¹⁹¹. Contudo, verificamos que tal construção é apenas retórica, e que o aludido ganho de efetividade não se manifesta na prática. Schünemann, através de experimentos detalhados nesta investigação, respondeu a tormentosa questão e apontou que o juiz, por seu conhecimento dos autos da investigação preliminar, e por exercer sua atividade instrutória durante o julgamento,

¹⁹¹ DÁ MESQUITA, Paulo. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento. Estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 256.

está praticamente impossibilitado de realizar uma avaliação imparcial, estando, em verdade, preso à rota traçada nos autos de investigação preliminar, os quais foram construídos, em regra, de forma unilateral, sem participação relevante da defesa.

Apontamos que a diferenciação clara e contínua de papéis entre o juiz e demais intervenientes processuais permite uma estabilização de expectativas do cidadão diante do processo a que está submetido, com uma distinção precisa de quem nele faz o quê, permitindo a compreensão da atuação procedimental de cada sujeito, da estabilidade do modelo e de sua própria legitimação.¹⁹²

Sustentamos ser insuficiente conceber que um modelo processual onde haja apenas uma separação inicial das funções, possa, verdadeiramente, constituir-se em um sistema apto a preservar a imparcialidade do julgador penal. É imperioso que a separação de funções processuais seja perene, durante todo o processo, a fim de que a referida estrutura acusatória não se rompa.

Daí da necessidade premente do reposicionamento do *locus* processual do juiz, seja por força do princípio acusatório, seja em decorrência da máxima densificação do processo equitativo, deslocando-o das atividades instrutórias ainda lhe atribuídas pela legislação infraconstitucional, para uma posição de garantidor do devido processo legal, da presunção da inocência, fiscal da licitude das provas e destinatário destas provas, que haverão de motivar sua decisão final. Como se vê, esta nova posição do julgador que sustentamos está muito longe, portanto, de um mero expectador ou sujeito passivo como algum setor da doutrina leva a crer em se implementando este novo papel.¹⁹³

A necessidade de se manter a confiança no sistema judicial impõe-se que se mantenha a incerteza na posição do julgador até a ocasião da elaboração da sentença, após o devido contraditório com bases nas provas produzidas pelos sujeitos processuais, de forma que o não comprometimento do juiz penal é condição *sine qua non* para a legitimação da decisão.

O imperioso afastamento do juiz da atividade de produção de provas não implicará em rompimento com o caráter público do processo penal, rumo ao completo e temido triunfo do adversarialismo no sistema continental. A busca da verdade continuará em mãos da magistratura do Ministério Público que não tem interesses

¹⁹² LOPES, José António Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 39.

¹⁹³ PRADO, Geraldo. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010. p. 114.

egoísticos e partidários que possam direcionar a atividade instrutória ao encobrimento da verdade dos fatos. A motivação das decisões judiciais permanece como obrigação primordial por parte do juiz togado profissional, a quem incumbirá sempre a tomada da decisão final, com ampla recorribilidade para instâncias superiores. Apenas que o juiz concentrar-se-á no seu verdadeiro papel, sem necessidade de atuar no campo de produção de provas que é da esfera dos demais intervenientes, até porque a sua atividade instrutória não representa ganhos ou vantagens efetivas ao objetivo a que se destina, mas traz ínsito, na sua deflagração, a violação manifesta de outros princípios fundamentais, especialmente, a imparcialidade do julgador penal.

Bibliografía

AMBOS, Kai. El Principio Acusatorio y El Proceso Acusatorio: Un Intento de Comprender su Significado Actual desde la Perspectiva Histórica. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (org.) *Proceso Penal y Sistemas Acusatórios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

_____. *Treatise on International Criminal Law*. v. 3. Oxford: Oxford University Press, 2016.

ARMENTA-DEU, Teresa. Beyond Accusatorial or Inquisitorial Systems. In AMBOS, Kai; ACKERMAN, Bruce; SIKIRIC, Hrvoje (org). *Visions of Justice. Liber Amicorum Mirjan Damaška*. Berlín: Duncker e Humblot, 2016.

_____. *Estudios de Justicia Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

_____. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. 8. ed. Madrid: Marcial Pons, 2015.

_____. *Sistemas Procesales Penales. La Justicia Penal en Europa y América. Um caminho de ida e volta?* Madrid: Marcial Pons, 2012.

AROCA, Juan Montero. *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*. València: Tirant lo Blanch, 1999.

ASENSIO, Rafael Jiménez. *Imparcialidad Judicial y derecho al juez imparcial*. Navarra: Aranzadi, 2002.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Acusatorio Versus Inquisitivo, Reflexiones acerca del Proceso Penal. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (org.) *Proceso Penal y Sistemas Acusatórios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivany. *Direito processual penal*. v.1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BILLIS, Emmanouil. *Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

BLOCK, Michel K; PARKER, Jeffrey S; VYBRONA, Olga; DUSEK, Libor. An experimental comparison of adversarial versus inquisitorial procedural regimes. *American Law and Economist Review*. v. 2. n. 1. 2000. [https://www.researchgate.net/profile/Michael_Block3/publication/228208275_An_Experimental_Comparison_of_Adversarial_Versus_Inquisitorial_Procedural_Regimes/links/0deec52489e55e2a44000000.pdf]. Disponível em: 15.05.2018.

BOYNE, Shawn Marie. Procedural economy in pre-trial procedure: developments in Germany and the United States. In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

BUISMAN, Caroline; BOUAZDI, Myriam; COSTI, Matteo. Principles of Civil Law. In KHAN, Karin A. A; BUISMAN, Caroline; GOSNELL; Christopher (org). *Principles of Evidence in International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

CALLEN, Craig R. Cognitive strategies and models of fact-finding. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter (org). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*. Portland: Hart Publishing, 2008.

CARACENI, Lina. *Poteri D'Ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*. Milão: Giuffrè, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. v. 2. Madrid: Editorial Reus, 1925.

COHEN, Mathilde. The French case for requiring juries to give reasons: safeguarding defendants or guarding the judges? In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

CORDERO, Franco. *Guida alla Procedura Penale*. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. n. 30. Curitiba: 1998.

DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. *University Pennsylvania Law Review*. Filadélfia, v. 121, n. 3, 1973.

_____. *The Faces of Justice and State Authority. A comparative approach to the legal process*. Yale: Yale University Press, 1986.

DELMAS-MARTY, Mireille. Reflections on the “Hybridisation” of criminal procedure. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter (orgs). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and Internacional Context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaska*. Portland: Hart Publishing, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. v.1. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

DORAN, Sean. The Necessarily Expanding Role of The Criminal Trial Justice. JACKSON, John, DORAN, Sean (org). *The Judicial Role in Criminal Proceedings*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

FASSONE, Elvio. Dalla “certezza” all’ “ipotesi preferibile”: un metodo per la valutazione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, v.38, n. 4, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006.

FESTINGER, Leon. *A Teoria da dissonância cognitiva*. Tradução. Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, *confirmation bias* e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 117, n. 23. São Paulo: 2015.

GOLDSCHMIDT, Werner. *La imparcialidad como principio básico del proceso: la "parcialidad" y la parcialidad*. Madrid: Instituto Español de Derecho Procesal, 1950.

GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal em el Estado de Derecho*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

GRANDE, Elisabetta. Dances of criminal justice: Thoughts on Systemic Differences and the Search for the Truth. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter (org.). *Crime, Procedure Evidence in a Comparative and Internacional Context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaška*. Portland: Hart Publishing, 2008.

_____. Rumba Justice and the Spanish jury trial. In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

HASSEMER, Winfried. *La verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal*. Cidade do México: Ubijus Editorial, 2009.

HEINZE, Alexander. *International Criminal Procedure and Disclosure*. Berlim: Duncker & Humblot, 2014.

HILDEBRANDT, Mireille. *Trial and Fair Trial: From Peer to Subject Citizen*. In: DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHAL, Sandra; TADROS, Victor (org.). *The Trial on Trial*. v. 2. Oxford: Hart Publishing, 2006.

HODGSON, Jacqueline S. From the Domestic to the European: an empirical approach to comparative custodial legal advice. In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org.). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

_____. Conceptions of the Trial an Inquisitorial and Adversarial Procedure. In DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHAL, Sandra; TADROS, Victor. *The Trial on Trial*. v. 2. Oxford: Hart Publishing, 2006.

ILLUMINATI, Giulio. El Sistema Acusatório en Italia. In: BACHMAIER WINTER, Lorena (org.) *Proceso Penal y Sistemas Acusatorios*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

JACKSON, John D. The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Towards Convergence, Divergence or Realignment? *Modern Law Review*, Nottingham, v. 68, n. 5, 2005.

_____. The Function of the Criminal Trial in Legal Inquiry. In. DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHAL, Sandra; TADROS, Victor. *The Trial on Trial*. v. 1. Oxford: Hart Publishing, 2004.

_____. The impact of Human Rights on Judicial Decision Making in Criminal Cases. In: DORAN, Sean; JACKSON (org). *The Judicial Role in Criminal Proceedings*. Portland: Hart Publishing, 2000.

_____. Transnational Faces of Justice: Two Attempts to Build Common Standards Beyond National Boundaries. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter (org.). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and Internacional Context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaska*. Portland: Hart Publishing, 2008.

JORGE, Nuno Lemos. Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas. *Julgar*, Coimbra, n. 03, 2007.

KUTY, Franklin. *L'impartialité du juge en procédure pénale. De la confiance décrétée à la confiance justifiée*. Bruxelles: Lancier, 2005.

LaFAVE, Wayne R; ISRAEL, Jerold H. *Criminal Procedure*. 2. ed. St. Paul, Minnesota: West Publishing Co, 1992.

LANGBEIN, John H. *The Origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

LANGER, Maximo. La Portée des Catégories accusatoire et inquisitoire. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, Paris, n. 4, 2014.

LAUDAN, Larry. Verdad, error y proceso penal. Um ensayo sobre epistemología jurídica. Tradução de Carmen Vazquez e Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LOPES JR. Aury. O problema da verdade no processo penal. In PEREIRA, Flávio Cardoso (org.) *Verdade e Prova no Processo penal. Estudos em homenagem ao Professor Michele Taruffo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES, José António Mouraz. *A tutela da imparcialidade endoprocessual no processo penal português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MacEWAN, Jenny. From adversarialism to managerialism: criminal justice in transition. *Legal Studies*, Cambridge, v. 31, n. 04, 2011.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. v. 1. 2 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1996.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao Confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARAFIOTI, Luca. Italian Criminal Procedure: a system caught between two traditions. In: JACKSON, John; LANGER, Maximo; TILLERS, Peter (org.). *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and Internacional Context. Essays in honour of Professor Mirjan Damaska*. Portland: Hart Publishing, 2008.

MAZZONE, Jason. Silence, Self-Incrimination, and hazards of globalization. In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2015.

MESQUITA, Paulo Dá. *A prova do crime e que se disse antes do julgamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MONTERO AROCA, Juan. Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidade jurídica de un slogan político. In: COLOMER, Juan Luis Gómez (org). *Prueba y Proceso Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

NAPPI, Aniello. Il diritto alla prova. Modello accusatorio e principio dispositivo. Poteri di integrazione officiosa. [https://www.csm.it/documents/21768/81517/quad_98.pdf/f110fe1d-d543-4f78-9000-13d416553953]. Disponível em: 15.05.2018.

NEVES, Castanheira A. *Sumários de Processo Penal*. Coimbra: 1968.

NIEVA-FENOLL, Jordi. The bad reputation of the inquisitorial principle. *Justicia*. Valliriana, n.1, 2014.

NIJBOER, J. F. Comparative Perspectives on the Judicial Role. In: DORAN, Sean; JACKSON (org). *The Judicial Role in Criminal Proceedings*. Portland: Hart Publishing, 2000.

PACKER, Hebert L. *The Limits of the Criminal Sanctions*. Stanford: Stanford University Press, 1968.

PALOMARES, Salvador Guerrero. *La imparcialidad objetiva del juez penal*. Cizur Menor: Aranzandi, 2009.

_____. *El Principio acusatório*. 2. ed. Navarra: Aranzandi, 2009.

PARKER, Hebert L. *The Limits of the Criminal Sanctions*. Stanford: Stanford University Press, 1968.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no processo Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*. Barcelona: Bosch, 1998.

PRADO, Geraldo. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

_____. *Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

PULECIO-BOEK, Daniel. The geneology of prosecutorial discretion in Latin America: A comparative and historical analysis of the adversarial reforms in the region. *Richmond Journal of Global Law and Business*. Richmond, v. 13, 2014.

RITTER, Ruiz. *Imparcialidade no Processo Penal. Reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. 25 ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

_____. Posicion jurídica y tareas futuras del ministerio público. In MAIER, Julio B. J (org.). *El Ministerio Público em el Proceso Penal*. Córdoba: Ad-Hoc S.R.L, 1993.

SCHÜNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º Milênio. In GRECO, Luís (org.) *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. O juiz como terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In GRECO, Luís (org.) *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SUMMERS, Sarah J. *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*. Portland: Hart Publishing, 2007.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 205.

_____. *El proceso civil adversarial em la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.

_____. Globalizing Procedural Justice: Some General Remarks. In AMBOS, Kai; ACKERMAN, Bruce; SIKIRIC, Hrvoje (org). *Vision of Justice*. Berlin: Duncker & Humblot, 2016.

_____. Poteri Probatori delle Parti e del giudice in Europa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milão, ano 60, n. 02, 2006.

THAMAN, Stephen C. Ensuring the factual reliability of criminal convictions: reasoned judgments or a return to formal rules of evidence. In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

TRECHSEL, Stefan. *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

TULLOCK, Gordon. *Trials on Trial*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1980.

TURNER, Jenia Iontcheva. Limits on the Search for Truth in Criminal Procedure: a Comparative View. In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

VIVES ANTÓN, Tomás. *El Proceso Penal de la Presunción de Inocencia*. In PALMA, Maria Fernanda (org.) *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

VOLGER, Richard. *A World View of Criminal Justice*. Nova Iorque: Routledge, 2016.

WEN, Tzu-te; LEIPOLD, Andrew D. Mechanism of screening prosecutorial charging decisions in the United States and Taiwan. In THAMAN, Stephen; ROSS, Jacqueline (org). *Comparative Criminal Procedure*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016.

WINTER, Lorena Bechmaier. Acusatorio versus Inquisitivo. Reflexiones acerca del Proceso Penal. In _____ (org). *Proceso Penal y sistemas acusatório*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. Imparcialidad judicial y enjuiciamiento penal. Un estudio histórico-conceptual de modelos normativos de imparcialidad. In:

HANDLER, Edmundo (org). *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Corrientes: Facultad de Derecho da Universidade de Buenos Aires, 2001.