

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO

FELIPE NOBREGA ROCHA

O ATIVISMO JUDICIAL RELACIONADO À INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ: é possível a atuação ex officio do juiz sem que isso macule a sua imparcialidade?

Brasília/DF

2023

FELIPE NOBREGA ROCHA

O ATIVISMO JUDICIAL RELACIONADO À INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ: é possível a atuação ex officio do juiz sem que isso macule a sua imparcialidade?

Dissertação de Mestrado desenvolvida no Programa de Mestrado Profissional em Direito, sob orientação do professor Orlando Faccini Neto, apresentado para obtenção do título de Mestre em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

07/06/2023

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Orlando Faccini Neto
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Professora Dra. Danyelle da Silva Galvão
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Professor Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por tudo aquilo que proporcionou na minha vida: minha família, minha saúde, meus amigos e minha profissão. Sou extremamente grato por tudo que tenho e não posso deixar de agradecer, em todas as oportunidades, quem me possibilitou tais conquistas.

À minha esposa, Mayara, o amor da minha vida e a grande incentivadora nesse projeto. Aquela que sempre destacou o quanto era importante eu focar no aprimoramento acadêmico, estando comigo nos momentos em que precisei. Te amo muito, minha linda!

À minha filha Cecília (“Ceci”), o outro amor da minha vida, que, mesmo sendo criança, entendeu que o pai precisava dedicar tempo à conclusão desse trabalho, o que, conseqüentemente, reduziu nossos momentos juntos. Prometo que, finalizada a dissertação, brincaremos muito!

Aos meus pais, por tudo aquilo que fizeram por mim, além do apoio incondicional. Mesmo distantes, tenho absoluta certeza de que estão ao meu lado.

Por fim, agradeço ao meu orientador, Professor Orlando Faccini Neto, por todo o auxílio e sugestões que possibilitaram a elaboração desse trabalho. É uma honra tê-lo conhecido, bem como compartilhado de seus conhecimentos.

RESUMO

A atuação ativa do juiz no âmbito do processo penal, especificamente no que diz respeito à produção probatória, gera dúvidas no que tange à possibilidade de tal conduta significar possível quebra da imparcialidade do julgador. Afinal, não se afasta a ponderação acerca da necessidade de uma postura inerte do magistrado que apenas impulsiona o processo à luz dos pedidos formulados pelas partes. Por outro lado, o magistrado, uma vez pautado na busca pela justiça, não pode se conformar com um processo eventualmente deficiente de material probatório. Logo, uma vez observado o princípio do contraditório e ampla defesa, poderia o magistrado ampliar, ainda que agindo de ofício, o conjunto probatório a ser produzido no transcorrer do processo? Inclusive, eventual conduta proativa do julgador poderia afetar a sua imparcialidade? Esse cenário problemático faz com que seja realizada uma análise sobre a possibilidade do magistrado agir de ofício no processo, especificamente no momento da instrução probatória, buscando-se a posição majoritária na doutrina se a aludida postura afetaria a sua imparcialidade. Para a obtenção de uma resposta, utilizar-se-á de revisão bibliográfica (através de livros e artigos científicos, especificamente na área de Direito Penal e Direito Processual Penal) e legislativa, a fim de observar a possibilidade de atuação “isenta” do juiz, sem provocação das partes, ao determinar a produção de provas que se entende pertinente à solução do processo. Conclui o trabalho ponderando ser possível a atuação *ex officio* do magistrado, desde que seja realizada de maneira complementar, especificamente quando ainda houver eventual dúvida que obste a formação do seu entendimento para uma decisão justa, sendo que as partes deverão ter oportunidade de se manifestarem acerca do novo material probatório produzido.

Palavras-chave: Instrução probatória; Atuação proativa do juiz; Manutenção da imparcialidade.

ABSTRACT

The active role of the judge in criminal proceedings, specifically regarding the production of evidence, raises questions about the possibility that such conduct may constitute a breach of the judge's impartiality. Ultimately, the need for an inert stance by the judge, who merely drives the proceedings based on the requests made by the parties, cannot be disregarded. On the other hand, a judge guided by the pursuit of justice cannot accept a potentially deficient evidentiary process. Therefore, if the principle of adversarial proceedings and the right to a full defense are observed, could the judge, even acting on their own initiative, expand the body of evidence to be produced during the course of the proceedings? Moreover, could the proactive conduct of the judge affect their impartiality? This problematic scenario calls for an analysis of the possibility of the judge acting "ex officio" in the process, specifically during the stage of evidentiary proceedings, seeking to ascertain the majority position in legal doctrine as to whether such conduct would affect their impartiality. In order to obtain an answer, a bibliographic review (through books and scientific articles, specifically in the areas of Criminal Law and Criminal Procedure Law) and a review of legislation will be conducted to observe the possibility of the judge's "impartial" action, without any prompting from the parties, in ordering the production of evidence that they deem relevant to the resolution of the case. The study concludes by considering that the judge's "ex officio" action is possible, as long as it is carried out in a supplementary manner, specifically when there is still a potential doubt that impedes the formation of a fair decision, and the parties must have the opportunity to express their views on the newly produced evidence.

Keywords: Evidentiary instruction; Proactive conduct of the judge; Maintenance of impartiality

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1. REFLEXÕES INICIAIS PARA O ENTENDIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL	11
1.1 A função jurisdicional e social dos juízes.....	11
1.2 Sistemas processuais penais.....	13
1.3 Princípio da imparcialidade.....	18
1.4 Conceito do ativismo judicial.....	24
1.5 Breves considerações históricas do ativismo judicial.....	27
1.6 Diferenciação entre ativismo judicial e garantismo processual.....	30
CAPÍTULO 2. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO DIREITO PROCESSUAL PENAL	33
2.1 Poderes instrutórios do juiz e suas características.....	33
2.2 O impacto da reforma do processo penal no tocante à questão probatória.....	37
2.3 Natureza constitucional do direito à prova e suas definições.....	40
2.4 Função e objeto da prova.....	43
2.5 Fases da atividade probatória.....	47
2.6 Espécies de provas no direito penal.....	49
CAPÍTULO 3. O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À DETERMINAÇÃO DAS PROVAS	54
3.1 A postura ativista do magistrado como contribuição para o exercício do devido processo legal.....	54
3.2 Contraposições/Limites aos poderes instrutórios do juiz.....	61
3.3 Poderes instrutórios do juiz e a imparcialidade.....	73
3.4 O possível impacto do juiz de garantias.....	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS	90

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....94

INTRODUÇÃO

Nos parâmetros constitucionais, especificamente o quanto disposto no artigo 5º, XXXVII¹ e LIII², da CF, o juiz tem o compromisso de concretizar os direitos tutelados e de proporcionar justiça aos indivíduos que procuram o Poder Judiciário. Logo, para formular a convicção do magistrado acerca da controvérsia posta nos autos e a prolação de uma sentença justa, existe o momento da produção e a avaliação da prova.

No processo penal, como regra geral, o ônus da prova cabe à acusação quanto à autoria e à materialidade, sendo que ao réu compete a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pela acusação.

Todavia, em razão dos princípios da verdade real e do impulso oficial, é possibilitado ao magistrado, de maneira complementar, a produção de provas que ele entender pertinentes para verificar o eventual fato criminoso como objeto do processo.

A atuação probatória do magistrado, à luz do sistema acusatório, deve se dar de maneira excepcional, sob pena de colocar em risco a sua imparcialidade e extrapolar os limites da atividade judicante.

Compreendendo-se, pois, os limites entre a atividade criativa e a atividade interpretativa do magistrado no âmbito da produção probatória, surge, então, a problemática que será abordada no transcorrer do presente trabalho: o ativismo judicial frente à determinação das provas, sem que haja interferência na imparcialidade do juiz.

É comum na doutrina e na jurisprudência indagar-se sobre a atividade exercida pelo juiz no transcorrer da instrução do processo penal, especialmente quanto à sua atuação no que diz respeito à produção probatória *ex officio*. Postula-se, ainda hoje, a posição de um juiz que seja distante das partes, sem nenhuma atuação probatória no processo.

Para tanto, há entendimentos de que uma atuação mais próxima do magistrado, na relação jurídica processual, poderia macular o princípio da imparcialidade do juiz, bem como o sistema acusatório que rege o processo penal.

¹ XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

² LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

A fim de avaliar esta controvérsia, o presente trabalho, utilizando-se da metodologia bibliográfica, dedicar-se-á a explicação dos conceitos e princípios acerca do tema “ativismo judicial” - “instrução probatória”, bem como da contextualização do problema através do seu contexto histórico.

Em continuidade, o trabalho versará sobre os poderes instrutórios do juiz e as fases do procedimento probatório, analisando, posteriormente, o ativismo judicial frente à determinação das provas.

No mais, será verificado se o ativismo judicial manifestado na produção e análise das provas, longe de afetar a imparcialidade do magistrado, asseguraria o verdadeiro equilíbrio entre as partes litigantes na demanda, proporcionando uma apuração mais completa dos fatos apurados no bojo do processo judicial. Inclusive, será feito o cotejo entre a imparcialidade e a postura de passividade/inércia do magistrado.

Afinal, quando o juiz determina a produção de uma prova não requerida pelas partes no transcorrer do processo, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao feito, tampouco tem conhecimento de qual a parte que será eventualmente beneficiada pela sua produção. Logo, devido ao fato de o magistrado ainda não estar convencido, o meio probatório determinado *ex officio* seria útil (e necessário) à reconstrução dos fatos, não afetando a imparcialidade do magistrado?

Com efeito, o presente trabalho analisará se, uma vez que compete ao juiz a responsabilidade máxima na demanda, deverá ele buscar meios para possibilitar a obtenção da justiça no caso concreto, inclusive determinando a produção de provas que eventualmente não tenham sido vislumbradas pelas partes do processo e que sejam pertinente ao deslinde do feito, de modo que seja eliminada, ao máximo, a possibilidade de se proferir uma decisão injusta, a qual poderá ser dada contra ou a favor do réu.

CAPÍTULO 1. REFLEXÕES INICIAIS PARA O ENTENDIMENTO DO ATIVISMO JUDICIAL

1.1 A função jurisdicional e social dos juízes

Para que se possa entender a função dos juízes no processo brasileiro, com enfoque no Processo Penal, mostra-se necessário discorrer sobre a teoria positivista e a sua visão acerca da figura do magistrado. A corrente positivista, historicamente, restringe o direito àquilo que está descrito em lei.

Antes do surgimento dessa concepção jurídica, imperava a pluralidade da aplicação do Direito, isto é, a interpretação das leis era mais ampla. As razões decisórias do juiz não ficavam sujeitas aos preceitos normativos.³

Há, entre os fatos, outra mudança de reduzir exclusivamente a criação e aplicação do Direito ao Estado, como bem explicado por Elvira Maria Borges de Macêdo em sua tese de dissertação de mestrado:

Historicamente, o positivismo legal, estatal, teve suas raízes plantadas durante a Revolução Francesa, tendo sido a expressão de uma classe social, a burguesia ascendente e recentemente instalada no poder. Está ligado, assim, à formação do Estado moderno, cujo surgimento se deu com a dissolução da sociedade medieval. Esta sociedade era pluralista, pois constituída de uma “pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispondo de um ordenamento jurídico próprio.” Conseqüentemente, o direito nestas sociedades não era produzido pelo Estado mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, este passou a concentrar em si todos os poderes, assumindo uma estrutura monista.⁴

Nesse sentido, sustenta Plauto Faraco de Azevedo que, segundo a escola positivista, o “Direito é somente o Direito Positivo, isto é, a norma posta pela autoridade estatal.”⁵

Na ótica positivista, o juiz seria mero aplicador da lei, portanto, a sua atuação no processo estaria associada à mesma.

³ LYRIO, Fábio Fernandes de Oliveira. **O positivismo jurídico e sua crítica contemporânea: uma análise a partir da proposta teoria neoconstitucionalista.** Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2016, p. 7-8.

⁴ MACÊDO, Elvira Maria Borges de. **O juiz e o ato de julgar: mero aplicador da lei ou criador do direito?** Dissertação (Mestrado em Direito Privado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Feira de Santana, 2003, p.13.

⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica.** Porto Alegre: Antonio Fabris, 1989, p. 62

Assim sendo, caberia ao magistrado apenas verificar a ocorrência de fato típico previsto em lei e aplicar-lhe a penalidade cominada.

Em que pese a forte influência da norma positiva na fixação da função social da magistratura na atualidade, os princípios constitucionais e os aspectos morais e éticos obtiveram espaço nesta discussão.

Baracho Jr. defende que “a legitimidade dos juízes deve ser orientada para o grau de adequação do comportamento judicial aos princípios e valores que a soberania nacional considera como fundamentais.”⁶

No mesmo seguimento, Mauro Cappelletti pontua que “já não se pode negar que na atividade jurisdicional existe criatividade normativa (adequação da lei à Constituição)”.⁷

Assim, entende-se que, segundo a doutrina moderna, a legitimação dos julgadores está relacionada à sua capacidade de interpretar, ajustar e garantir os preceitos constitucionais, dentre eles, os direitos fundamentais das partes envolvidas na lide (vítima, acusado, defesa e acusação)⁸.

Cabe também aos juízes contemplar os aspectos morais, internos do comportamento, da consciência e dos valores do agente, tendo em vista que, apesar da distinção clara entre as regras morais e as jurídicas, é de preferência que o Direito e a moral caminhem juntos, como aponta Hart⁹.

Seguindo o mesmo raciocínio, Ripert esclarece que a “regra não pode ser fornecida e aplicada senão considerando o ideal moral que o legislador se propõe a realizar e para o qual o juiz deve concorrer”.¹⁰

Da mesma maneira, Mário Bigotte Chorão sustenta que o “direito coopera, pois, na realização da plenitude humana. E as normas jurídicas não devem impor condutas que sejam contrárias à lei moral natural. Por isso, pode-se dizer que há uma dependência hierárquica da ordem jurídica relativamente à ordem moral”¹¹.

⁶ PINTO, Oriana Piske de Azevêdo Magalhães. **A função social da magistratura na contemporaneidade**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 42-50, abr./jun. 2010, p. 42 *Apud* BARACHO, 1995, p. 27.

⁷ *Ibidem*, p. 66 e ss.

⁸ PINTO, Oriana Piske de Azevêdo Magalhães. **A função social da magistratura na contemporaneidade**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, p. 42-50, abr./jun. 2010, p. 43.

⁹ Hart, H. L. A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 259.

¹⁰ RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller. 2002, p. 384.

¹¹ CHORÃO, Mario Emilio Forte Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 53.

Infere-se dessas concepções que competem ao magistrado, no caso concreto, adaptar as regras jurídicas às novas e constantes condições da realidade social, utilizando de valores individuais e coletivos.

1.2 Sistemas processuais penais

A divisão em sistemas é uma maneira de ajustar os inúmeros princípios e institutos jurídicos de um determinado ordenamento, existindo um princípio reitor que os coordena.

Segundo preceitua Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹², a definição de sistema consiste no “conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que forma um todo pretensamente orgânico, destinado a uma predeterminada finalidade”.

Por seu turno, Paulo Rangel¹³ leciona que o sistema processual penal “é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”

A ideia de sistema tem o objetivo de dar sentido a um conjunto de normas e instituições, a fim de que estes elementos sejam internamente coerentes e harmônicos.

Portanto, no âmbito do processo penal, os sistemas processuais conduzirão o papel desenvolvido pelas partes dentro do processo e, por conta disso, devem ser estudados levando-se em consideração as conjunturas históricas que motivam os valores que guiam os Estados a seguirem um sistema processual, assim como o contexto histórico em que estão sendo considerados.

A divisão dos sistemas se dá entre três tipos: o sistema acusatório, o sistema inquisitório (ou inquisitivo) e o sistema misto.

Atinente ao sistema acusatório, que tem sua origem na Grécia Antiga, o Estado deve assegurar os direitos e garantias individuais do acusado.

¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro**. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n.28, 1999, p. 109.

¹³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 49.

No aludido sistema, há uma plena dissociação entre as funções do magistrado em acusar, defender e julgar, buscando-se a total isenção do julgador, tanto do interesse de absolver, quanto de condenar.

O acusado é tido como sujeito de direitos e, por conta disso, o sistema acusatório é tratado como um “sistema de partes”, considerando que o réu é visto como parte do processo, mas não como seu objeto, podendo, inclusive, participar do feito, influenciar a convicção do julgador, além de fornecer elementos de prova à luz do exercício do contraditório.

Sua participação, porém, não é obrigatória, razão pela qual é garantido ao réu o direito de manter-se em silêncio e o de não produzir prova contra si próprio, prevalecendo, pois, a presunção de inocência, nos termos dos ensinamentos de Gustavo Badaró¹⁴.

Conforme leciona Paulo Rangel¹⁵, o sistema acusatório possui patente separação das funções, haja vista que o magistrado se trata de sujeito imparcial de aplicação da lei, somente se manifestando quando provocado pelas partes. A parte autora é quem faz a acusação, assentindo todo o seu ônus, enquanto, por outro lado, a parte ré deve defender-se de forma que se valha de todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Desse modo, cria-se o *actum trium personarum* no sistema acusatório, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu.

Não caberia ao magistrado, portanto, agir de ofício no sistema acusatório, considerando que a sua atuação deveria ser sempre provocada. Logo, esse sistema desonera o juiz e favorece a celeridade processual, mas, em contrapartida, acarreta a aplicação de uma decisão de acordo com a atuação das partes, a qual, não necessariamente, será tida como a mais justa.

Frisa-se, por oportuno, o entendimento de Luigi Ferrajoli acerca do tema:

Justamente, pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção.¹⁶

¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 6. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 197

¹⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 122.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 452.

Com relação à capacidade de produzir provas, observa-se a passividade do juiz, vez que a produção probatória fica a cargo das partes, não podendo o magistrado agir de ofício. Isso se explica no entendimento de que o juiz atuaria com maior imparcialidade sempre que estivesse afastado da gestão probatória.

Nesse cenário, a principal crítica ao sistema acusatório se baseia no fato de que, com a inércia do magistrado, fica este sujeito a confiar em uma investigação que não necessariamente foi completa e, conseqüentemente, limitar-se a elementos que talvez sejam defeituosos, de modo que o julgamento poderá ficar subordinado a um material probatório precário.

O sistema acusatório, portanto, resta caracterizado pela igualdade de tratamento entre as partes do processo, especificamente no momento que toma como ponto de partida o princípio da dignidade humana, a publicidade do procedimento, a oralidade e a presunção de inocência.

Por seu turno, o sistema inquisitório é marcado pela centralização do papel de investigar, acusar e julgar em um único sujeito, qual seja, o juiz.

Logo, considerando a concentração de poderes “é que o sistema inquisitório, historicamente, esteve associado a estruturas políticas igualmente centralizadas, como, por exemplo, nos diversos Estados absolutistas”¹⁷.

Nesse cenário, a lide poderia ser iniciada através de denúncias, acusações informais ou investigações que eram levadas a cabo pelos inquisidores, valendo destacar que a publicidade dos atos do processo foi eliminada, atuando os juízes de ofício e, ainda, em segredo.

No sistema inquisitório, o juiz possui larga iniciativa probatória, havendo a liberdade para, de ofício, determinar a colheita de provas, independentemente de sua proposição pelas partes. Até porque o surgimento do mencionado sistema está relacionado à contrariedade dos juízes com a atuação dos particulares no sistema acusatório.

Destaca-se que no sistema inquisitório não era possível falar em livre convencimento motivado, sendo a prova tarifada a regra, valendo mencionar que a confissão do acusado se tratava da rainha das provas, afinal, era ele instado a declarar

¹⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 39.

a verdade dos fatos investigados, sem a garantia do direito em manter-se em silêncio ou do direito de não produzir provas contra si.

Nesse sentido, salienta-se a posição de Aury Lopes Júnior:

Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia das provas).¹⁸

A administração do conjunto probatório encontrava-se, assim, concentrado nas mãos do juiz, que, consubstanciado na prova do fato e pautando-se na lei, poderia tomar a conclusão que melhor ansiasse.

Com efeito, os juízes agiam com parcialidade (afinal, ao realizar a acusação, o magistrado já está, de certa forma, apresentando um juízo de valor quanto ao mérito da questão), não havendo o contraditório e a ampla defesa. Outrossim, a prisão dos acusados era tratada como regra, valendo destacar que estes não mais eram vistos como parte na relação processual, nem sequer como sujeitos de direito, sendo considerados somente objetos do processo.

Acerca das formas como se desenvolvem as manifestações no sistema inquisitivo, destaca-se a doutrina de Mauro Fonseca Andrade:

Na nossa visão, as manifestações do sistema inquisitivo permitem representá-lo como, via de regra, sendo construídos pelos seguintes elementos: a) o acusado é prescindível ao processo, o que não implica sua completa exclusão do sistema inquisitivo; b) o processo pode ser instaurado com o ajuizamento de uma acusação, *notitia criminis* ou de ofício; c) o órgão encarregado de julgar está formado por funcionários públicos, abandonando o modelo que admitia representantes do povo; d) a persecução criminal é regida pelo princípio da oficialidade; e) o procedimento é secreto, escrito e sem contraditório efetivo; f) há desigualdade entre as partes; g) a obtenção de provas é uma tarefa inicial do juiz, ao invés de ser confiada exclusivamente às partes; h) o juiz que investiga também julga; i) o sistema de provas é o legal, com sua divisão em prova plena e semiplena; j) para a obtenção da prova, admite-se a tortura do imputado e das testemunhas; l) possibilidade de defesa quase nula; m) possibilidade de recurso contra decisão de primeira instância; e n) nulidade como consequência das inobservâncias das leis e formas estabelecidas.¹⁹

¹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.114.

¹⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas Processuais penais e seus princípios reitores**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 350.

Desta feita, uma vez que a principal característica do sistema inquisitivo é a concentração de funções nas mãos do juiz, dispondo o magistrado de poderes de investigar, acusar e julgar, resta evidenciado que o aludido sistema se revela conflitante com as garantias constitucionais que necessitam existir na esfera do Estado Democrático de Direito.

Já o sistema misto contém traços característicos dos sistemas inquisitório e acusatório, valendo destacar que o primeiro ordenamento jurídico que adotou tal sistema foi o francês.

No aludido sistema, o processo é formado no transcorrer das fases de investigação, instrução e julgamento do feito, sendo que em todas o acusado é tido como sujeito de direitos. Nas duas primeiras fases, porém, os direitos podem ser reavaliados em prol da eficácia da investigação. Em sede de julgamento, o contraditório e a ampla defesa precisam ser levados a cabo de forma plena.

Destaca-se que a doutrina se divide entre aqueles que afirmam que, após a Constituição de 1988, o sistema processual penal brasileiro é o acusatório, havendo, por outro lado, o entendimento de que deveria existir o seu enquadramento como misto. Guilherme de Souza Nucci defende a segunda posição, conforme se observa no excerto abaixo destacado:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é acusatório (no texto constitucional encontramos princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimento, recursos, provas, etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo, como veremos a seguir). Logo, não há como negar que o encontro dos dois lados da moeda (Constituição e CPP) resultou no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida se trata de um sistema complicado, pois é resultado de um Código de forte alma inquisitiva, iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório.²⁰

Inclusive, acerca da relevância do sistema misto, menciona-se o entendimento de José Frederico Marques, segundo o qual o procedimento ideal precisa ser

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9.ed. Rev., ampl. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 126.

“suficientemente energético para evitar a impunidade dos criminosos, e bastante dúctil para impedir a perseguição e condenação dos inocentes”²¹.

Desse modo, resta evidenciado que o sistema penal brasileiro, em que pese a ocorrência de dissensos doutrinários, é mais bem entendido como misto, considerando que combina institutos que caminham pelos vieses inquisitivos e acusatórios. Visto que, poderia se pensar, em um primeiro momento, na investigação, conduzida pelo delegado, dentro do modelo inquisitivo, cabendo salientar que, em um segundo momento, há o processo, com a acusação promovida pelo Ministério Público e o julgamento pelo juiz, ou seja, dentro do modelo acusatório.

1.3 Princípio da imparcialidade

As partes, no âmbito do processo penal, são caracterizadas pela presença de três sujeitos, sendo dois em posição adversária (defesa e acusação), bem como um terceiro, qual seja, o magistrado que conduzirá o processo, sujeito este que não pode ter qualquer interesse, seja ele direto ou indireto, na demanda que se submeterá à sua apreciação.

Imparcialidade é um termo que reflete a ideia de não privilegiar alguém, não podendo haver qualquer benefício a alguma parte, ou seja, não possui predisposição à defesa de um dos lados em determinada situação. O oposto de imparcialidade é parcialidade, na qual há uma vantagem em prol de alguém.

Notadamente, a imparcialidade corresponde à posição de terceiro que o Estado desempenha na lide, devendo o juiz manter-se distante o necessário para conduzir o processo com equidade, atuando de forma objetiva, sem favorecer a qualquer das partes.

Nas palavras de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar²² “A imparcialidade – denominada por alguns de ‘alheabilidade’ – é entendida como característica essencial do perfil do Juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de modo a lhe tirar o afastamento necessário para conduzi-lo com isenção. Trata-se de decorrência imediata da CF/88, que veda o juízo ou

²¹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V.1. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 124.

²² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de processo penal**. 11.ed., rev., ampl. e atual. Salvador/BA: Ed. JusPODIVM, 2016, p. 73.

tribunal de exceção (art. 5º, inc. XXXVII) e garante que o processo e a sentença sejam conduzidos pela autoridade competente (art. 5º, inc. LIII), representando exigência indeclinável no Estado Democrático de Direito”.

Logo, a imparcialidade representa a garantia de proteção do acusado em relação ao poder estatal.

O direito ao julgamento por um juiz imparcial é matéria de acentuado interesse público, tendo em vista que apenas uma magistratura, que enseje confiança nos jurisdicionados, pode possibilitar, em uma última perspectiva, confiança na demanda a que as partes se sujeitam.

Leciona Gustavo Badaró sobre a questão da imparcialidade:

[...] a imparcialidade é *conditio sine qua non* de qualquer juiz, sendo, pois, uma garantia constitucional implícita. A palavra juiz não se compreende sem o qualificativo de imparcial. Não seria exagerado afirmar que um juiz parcial é uma contradição em termos. Aliás, a ideia de jurisdição está indissociavelmente ligada à de juiz imparcial, na medida em que, se o processo é um meio de heterocomposição de conflitos, é fundamental que o terceiro, no caso, o juiz, seja imparcial, isto é, não parte.²³

Conforme doutrina do jurista italiano Luigi Ferrajoli, “O juiz não deve ter qualquer interesse, nem geral, nem particular, em uma ou outra solução da controvérsia que é chamado a resolver, sendo sua função decidir qual delas é verdadeira qual é falsa”²⁴.

Portanto, a imparcialidade do magistrado trata-se de circunstância apta a verificar a validade do processo, razão pela qual deve o juiz se colocar entre as partes de forma equidistante, proporcionando a cada uma delas as mesmas condições no âmbito do processo.

Salienta-se que o princípio da imparcialidade possui força constitucional, mesmo que implícita, afinal, nos termos do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais não se encontram somente no texto constitucional, mas também em Tratados Internacionais dos quais o Brasil seja signatário. O Pacto de San José da Costa Rica, devidamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, aduz, em seu artigo 8º, 1, que:

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 6.ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. p. 40.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 534.

Artigo 8º - Garantias judiciais

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

Ademais, cumpre salientar o quanto expressamente estipulado no Código de Ética da Magistratura acerca da imparcialidade:

Art. 8º O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito.

Tamanha é a importância do princípio da imparcialidade no devido processo legal que a ele se atrelam e o garantem outros importantes princípios, tais quais: o princípio da inércia (o juiz não pode tomar providências no processo sem que haja provocação das partes), o princípio da decisão motivada (as decisões judiciais precisam ser fundamentadas), o princípio da publicidade (todos os atos processuais são públicos) e o princípio do juiz natural (existência de juízo adequado para apreciação de determinada demanda).

Pelo princípio da imparcialidade do magistrado, entende-se que, no transcorrer da instrução processual, cabe a cada uma das partes provar as alegações feitas, incumbindo às mesmas a análise da conveniência de demonstrar a veracidade dos fatos. Por outro lado, não deve o magistrado assumir determinada posição nessa fase do processo.

A imparcialidade do juiz trata-se de pressuposto de validade do processo e garantia constitucional, razão pela qual a comprovação da ausência de imparcialidade por parte do magistrado enseja, conseqüentemente, a imposição da nulidade absoluta do feito.

A garantia da imparcialidade mostra-se ainda mais sensível quando se está diante do processo penal, o qual, notadamente, lida com bens jurídicos tidos como aqueles mais estimados para os cidadãos, como, por exemplo, o direito à vida e à liberdade.

Logo, mostra-se necessária a atuação de um juiz imparcial para solucionar as causas que lhe são submetidas, tendo em vista que somente através da garantia de um magistrado imparcial é que o processo poderá representar um meio de justiça na solução dos conflitos.

Fernando Capez alerta que o juiz, no decorrer da atividade jurisdicional, deve abster-se de realizar atos próprios das partes, como atividades probatórias, tendo em vista que “a colheita da prova pelo juiz compromete-o psicologicamente em sua imparcialidade”.²⁵

Há de se ater que o tema da instrução probatória pelo magistrado e sua implicação no prejuízo ou não do princípio da imparcialidade é, ainda, uma questão controversa e por isso será tratada oportunamente em capítulo próprio do presente trabalho.

De toda forma, para que se possa observar o funcionamento adequado do sistema acusatório, é indispensável que haja a preservação da imparcialidade do julgador, o que significa dizer que este não pode ter qualquer interesse no resultado final da demanda.

A imparcialidade do julgador, portanto, é um requisito imprescindível para a validade das decisões proferidas, conforme a ótica do princípio acusatório aplicado pela Constituição Federal.

Do mesmo modo, entende o professor Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²⁶ quando pondera que o juiz não deve estar acima das partes, mas sim além do interesse das mesmas.

Nesse sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra²⁷ afirma que a imparcialidade dentro do processo pressupõe uma posição de indiferença do magistrado para com os litigantes e as provas. Logo, não há uma colaboração do juiz com uma parte ou outra no que diz respeito à procedência ou não dos pedidos trazidos no processo.

²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 226

²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**, disponível em <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>, acesso em 08 abr. 2023.

²⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115

Por seu turno, Zilli²⁸ entende que a imparcialidade é decorrência natural do devido processo legal, bem como e de um Estado Democrático de Direito, razão pela qual a atividade jurisdicional somente se mostrará legítima quando for efetivada por um magistrado equidistante dos litigantes processuais.

Todavia, cumpre asseverar que a imparcialidade, pressuposto de validade processual, não se confunde com neutralidade.

Como já destacado, a imparcialidade diz respeito à posição equânime que o juiz deve manter de ambas as partes, abstendo-se de ter interesses pessoais no resultado da lide. Por sua vez, a neutralidade estaria mais próxima de uma relação do magistrado com suas próprias convicções e vivências pessoais prévias, essas localizadas fora da demanda.

Significa, portanto, dizer que o juiz neutro deve julgar o caso com absoluta isenção, afastando-se de sua moral e de seu inconsciente.

Ao magistrado não se admite o favorecimento de qualquer das partes no processo, porém, a doutrina majoritária reconhecesse quase que a impossibilidade de se exigir a neutralidade do juiz, visto que isso significaria a abdicação de todas as suas vivências, convicções, bem como de seu ímpeto de ética e moral.

Assim, a exigência de neutralidade está apartada do ordenamento jurídico, tendo em vista que se mostra impensável que o ser humano possa se afastar dos elementos que são próprios da sua própria construção como pessoa. Importante frisar o entendimento de Aury Lopes Jr.:

Desde logo, reforçamos que imparcialidade não tem absolutamente nada a ver com neutralidade, pois juiz neutro não existe. Pelo fato de o juiz ser-no-mundo, bem como já ter sido superada a noção cartesiana (que separava razão de emoção, dicotomizando sujeito e objeto), não se questiona mais que o ato de julgar reflete um sentimento, uma eleição de significados válidos na norma e das teses apresentadas. Basta recordar que sentenciar vem de sentenciando, gerúndio do verbo sentire. Logo, existe um conjunto de fatores psicológicos que afetam o ato de julgar e que impedem qualquer construção que envolva a tal “neutralidade”.²⁹

O juiz julga através de uma visão construída culturalmente, não estando alheio a valores adquiridos no transcorrer da sua vida. Logo, não se imagina que o

²⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 140.

²⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p.317

magistrado possa abstrair os conceitos e valores que foram por ele adquiridos e internalizados, não sendo factível exigir que ele abdique de seus sentidos internos para a idealização de sua função de julgar.

Pensar o contrário revela-se fantasioso a partir do momento em que se compreende que o magistrado, tal como os jurisdicionados, vive em sociedade, tomando conhecimento dos acontecimentos políticos, econômicos e sociais que o circundam.

Brenda Elisa David De Souza e Hélio Wiliam Cimini Martins Faria, asseveram que:

[...] a neutralidade seria um mito, visto que, é praticamente impossível ao ser humano ser totalmente neutro, ainda que esta seja sua vontade, pelo simples fato de ser ele "humano". Percebe-se que as escolhas das pessoas são influenciadas por seu inconsciente, por seus valores morais, crenças, pré-conceitos, formação educacional e profissional, convívio social, enfim, por suas experiências adquiridas em sua trajetória de vida. Dessa forma, é impossível ao ser humano ignorar totalmente a sua bagagem histórica, a sua essência de vida.³⁰

Os aludidos autores concluem, ainda, que o juiz não é neutro, mas deve ser imparcial. Implica dizer que o magistrado não está indiferente ou insensível à demanda, mas, sim, deve proporcionar o seu julgamento justo, sem a interferência de interesses pessoais no caso e que possam influenciar o resultado da demanda.

Na mesma toada, destaca-se o entendimento do professor André Machado Maya:

Assim, a neutralidade, compreendida como a ausência de valores, de ideologias, apresenta-se como uma utopia, algo inalcançável diante da essência do homem, ser humano constituído por razão e emoção, cujo psiquismo se estrutura, segundo a teoria psicanalítica de Freud, pela combinação de três diferentes fatores: os hereditário-constitucionais, as antigas experiências emocionais e a experiências traumáticas da vida real contemporânea, esta última responsável pelas influências que os meios social e cultural exercem sobre a estruturação psíquica de qualquer pessoa.³¹

Nesse contexto, resta evidenciado que imparcialidade não se confunde com neutralidade, de modo que, pensar assim, seria transformar a imparcialidade em

³⁰ SOUZA, Brenda Elisa David de; FARIA, Hélio Wiliam Cimini Martins. **O princípio da imparcialidade do juiz e o mito da neutralidade**. Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, 2019, p. 9-10.

³¹ MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal – da prevenção da competência ao Juiz das Garantias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.53.

desumanização, deficiência de experiências e de personalidade do próprio magistrado como ser humano.

Trata-se de erro exigir do juiz neutralidade, tendo em vista que a aludida condição não existe.

Portanto, a imparcialidade do magistrado corresponde à ausência de vínculos subjetivos com o feito, mantendo-se o julgador suficientemente distante para conduzi-lo com absoluta isenção.

Dessa forma, o princípio da imparcialidade trata-se de garantia fundamental para qualquer tipo de julgamento democrático, possibilitando ao processo um julgamento justo, livre de eventuais influências ou interferências, bem como assegurando às partes oportunidades iguais, sem prejuízo do contraditório e ampla defesa.

1.4 Conceito do ativismo judicial

De plano, deve ser destacado que com relação ao termo “ativismo judicial” não existe consenso na doutrina, não se podendo falar em unanimidade de conceito, tendo em vista a existência de inúmeros significados extraídos da aludida expressão. Inclusive, há grande variação consoante o posicionamento do doutrinador que busca defini-lo, ou seja, os defensores do ativismo judicial possuem uma concepção, enquanto os críticos outra.

De toda forma, o ativismo judicial deve ser visto como a mudança de postura por parte do juiz, deixando de lado a inércia, a fim de se comportar de maneira ativa no que tange a alguns atos no transcorrer da lide que, a rigor, não seriam de sua alçada.

O ativismo judicial, portanto, enaltece a delegação de poderes aos juízes, especificamente com o objetivo de melhor possibilitar a efetiva condução das demandas e, desse modo, ensejar a melhor e mais adequada (justa) solução para cada processo submetido ao Poder Judiciário (posição esta defendida por aqueles que apoiam o ativismo).

Luís Roberto Barroso, um dos defensores do ativismo judicial, conceitua o termo como “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” e como “uma participação mais

ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”³²

Contempla-se que o ativismo, na visão de Barroso, pauta-se na posição de que o magistrado, diante do caso concreto, deve apreciar a demanda judicial e os anseios da sociedade com base não apenas na norma penal que rege o caso, mas obter o máximo das potencialidades da Constituição, ainda que necessite desempenhar uma atividade dinâmica.

Sobre esse assunto, é importante colacionar os conceitos dos críticos do ativismo judicial, sendo que Clarissa Tassinari defende que o ativismo judicial é “uma postura ou um comportamento de juízes e tribunais, que, através de um ato de vontade, isto é, de um critério não jurídico, proferem seus julgamentos, extrapolando os limites de sua atuação”.³³

Na mesma linha, Lenio Streck sustenta que “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”.³⁴

Para finalizar, assevera-se que os críticos, Frank Cross e Stefanie Lindquist, pontuam que:

O ativismo se caracteriza pela falha das Cortes em agir enquanto judiciário. Não existe uma exata definição do que signifique agir enquanto judiciário, mas existem alguns parâmetros para tal. O judiciário precisa se utilizar de ‘aceitáveis métodos interpretativos’. Isto significa que ele precisa interpretar os textos de uma maneira razoável, não distorcendo o seu significado para atingir um fim especial. Uma aceitável metodologia jurídica também exige fidelidade aos precedentes e coerência com as decisões anteriores. Embora este modelo legal de julgar dificilmente seja simplesmente ‘captado’, ele exige decisões de acordo com elementos de Direito externos, não preferências internas do juiz. O oposto de agir enquanto judiciário é normalmente chamado de decisões orientadas pelo seu resultado. A principal razão pela qual juízes não atuam enquanto judiciário e, sim, engajam-se em um inapropriado ativismo judicial, se dá para fazer valer os resultados que mais lhe agradam.³⁵

³² BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009, p. 10

³³ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012, p. 128.

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 598

³⁵ CROSS, Frank; LINDQUIST, Stefanie. **The scientific study of judicial activism**. Minnesota Law Review, Forthcoming; Vanderbilt Law and Economics Research Paper, n. 06-23; University of Texas Law, Law and Economics Research Paper, n. 93.

Verifica-se, portanto, resquícios do positivismo em seus posicionamentos, bem como existir uma evidente confusão entre ativismo judicial e neutralidade (que aqui são tratados como sinônimo). O julgador, de acordo com essa corrente, fica restrito à observância das normas jurídicas, não devendo se contaminar com fatores externos, como as suas próprias convicções. Não há como apartar a figura do magistrado da sua pessoa humana, bem como de seus valores.

Após analisar conceitos, positivos e negativos, é forçoso concluir que o conceito de ativismo ainda é tido como nebuloso. No entanto, é fundamental ter o cuidado necessário ao analisar cada problemática.

Além da aludida linha exposta, alguns doutrinadores, a exemplo do próprio Barroso³⁶, na tentativa de conceituar o ativismo judicial, o subdivide em espécies, fracionando-o em três tópicos, sendo eles: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Em outro sentido, Luiz Flávio Gomes³⁷ divide ativismo em três ramos, quais sejam: a) ativismo em favor dos direitos constitucionais, configurando postura mais ativa do magistrado em favor da concretização dos direitos e das garantias do cidadão; b) ativismo judicial legislativo, em que o juiz tangencia a atividade legislativa para complementar o ordenamento jurídico; e c) proativismo judicial, em que o magistrado altera, por conta própria, o rumo do ordenamento jurídico.

Pela análise das subdivisões e pelo desenvolvimento deste trabalho, entende-se que a classificação é apenas didática, pois uma justificação não exclui a outra. O ativismo judicial probatório pode apoiar-se na concretização dos direitos fundamentais.

Utilizando-se novamente das lições doutrinárias de Barroso, outra forma de conceituar o ativismo judicial é através do “antagonismo”, *in verbis*:

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 10, jan./dez. 2009, p. 3.

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. O Estado de São Paulo, 30/05/2009, Espaço Aberto, p. A2

O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais a) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; b) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e c) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.³⁸

Portanto, na autocontenção, o julgador tem uma atuação e uma interpretação bastante limitada e restrita do texto constitucional, quiçá literal e, no ativismo judicial, o magistrado busca obter o máximo da potencialidade da Carta Magna, utilizando-se, para tanto, do seu raciocínio jurídico.

Na perspectiva que interessa ao presente trabalho, sopesa-se o ativismo judicial com o escopo de identificar a postura do juiz no processo judicial, notadamente mais participativa, afastando-se da neutralidade que lhe era imposta. É dizer, o magistrado deixa de lado a sua neutralidade a fim de esclarecer os fatos controvertidos do processo.

Com efeito, o ativismo judicial, especificamente com relação à instrução processual, faz com que o magistrado busque aquela prova que considera primordial para a formação do seu convencimento, mesmo que não trazida ao processo pelas partes.

1.5 Breves considerações históricas do ativismo judicial

O ativismo judicial teve sua origem na década de 40, nos Estados Unidos, mais precisamente no momento posterior à Segunda Guerra Mundial. Acerca do tema, vale salientar o entendimento de Arthur Schlesinger Jr., o qual, em reportagem, destacou que, através de jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, a Suprema Corte promovia transformações de práticas políticas, sem

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 10, jan./dez. 2009, p. 5.

que, nesse cenário, houvesse a eventual participação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Acerca do tema, leciona Luiz Flávio Gomes:

O ativismo judicial foi mencionado pela primeira vez em 1947, pelo jornalista norte-americano Arthur Schlesinger, numa interessante reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos. Para o jornalista, caracteriza-se ativismo judicial quando o juiz se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos.³⁹

Já para o jurista Luís Roberto Barroso, o ativismo judicial também surgiu com a Suprema Corte americana, mormente quando analisada a questão atinente à segregação racial:

Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial [...] A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros.⁴⁰

Com efeito, surgiu a expressão “ativismo”, porém, referida situação se deu de forma negativa, afinal, entendia-se que estava ocorrendo um possível exercício inadequado do poder judicial.

Assim sendo, as decisões de vários assuntos relacionados à sociedade começaram a ser apreciadas pelos Tribunais, visto que o progresso na justiça constitucional possibilitava tal inovação na esfera constitucional, abrangendo o controle dos demais poderes (Executivo e Legislativo) a partir do voto, valendo destacar que os membros do Poder Judiciário, diferentemente dos políticos, não são escolhidos pela sociedade.

Logo, foram formadas duas vertentes: a primeira, tida como ativismo judicial, momento em que a Suprema Corte entendia que poderia exercer uma postura proativa, agindo na instauração de políticas aptas a promover o bem-estar social,

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. STF – **ativismo sem precedentes?** Fonte: 3488 | RIDB, Ano 3 (2014), nº 5 O Estado de São Paulo, 2009, Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/339868/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 8 abr. 2023

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009. p. 7.

pautadas nas percepções políticas dos juízes. Já a segunda vertente versava por uma ideia oposta, qual seja, defendia uma conduta de autocontentação judicial, deixando as decisões sobre políticas públicas aos poderes daqueles que foram escolhidos pelo povo através do voto.

Notadamente, o critério de diferencial entre as mencionadas vertentes era a visão do magistrado e a importância dada as demandas sociais, sendo que os chamados ativistas consideravam o Poder Judiciário um instrumento de concretização de justiça social e, em sentido contrário, os defensores da autocontenção partiam da premissa de que a interpretação da lei não poderia ser confundida com valores e políticas.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 garantiu maior liberdade de ação aos integrantes do Poder Judiciário e, em partes, legitimou o ativismo judicial. Isso porque a Carta Magna conferiu uma série de prerrogativas ao juiz, proporcionando um modo diferenciado de interpretar e aplicar o direito, possibilitando, assim, o aumento da atividade do Poder Judiciário e uma prevalência do citado poder em suas decisões, impulsionando-o, decisivamente, a uma atuação mais presente na sociedade.

Veja-se que é a partir da Constituição de 1988 que nascem novos conjuntos de direitos e de sujeitos jurídicos aptos a reivindicá-los. São os direitos individuais homogêneos, coletivos e os difusos, cumprindo destacar que esses novos direitos originaram novos atores, os quais geraram a transferência da disputa da zona política para a zona jurisdicional.

O ativismo judicial no Brasil ganhou força após o ano de 2014, quando a Suprema Corte começou a julgar temas que, até então, eram dirimidos pelo Legislativo para suprir a inércia desse Poder.

Dentre as atuações destaca-se a criação da súmula n. 13, que proíbe a nomeação de familiares para atuação em função ou cargo público e, na tentativa de aplicar a verticalização das coligações partidárias, as eleições presidenciais deveriam ser realizadas de forma igualitária, tal como para governador, senador, deputado estadual e distrital.

Pode-se mencionar, ainda, como exemplo de ativismo judicial no Brasil, a decisão proferida no julgamento do Habeas Corpus 124.306 pela 1ª Turma do STF, que descriminalizou o aborto até o 3º mês de gestação (devendo ser salientando que

o aludido entendimento seria *contra legem*, afinal, o aborto é crime e as exceções legais para sua realização estão estipuladas no Código Penal).

1.6 Diferenciação entre ativismo judicial e garantismo processual

No sistema acusatório, é possível verificar um afastamento do juiz em relação às partes e ao objeto do processo, funcionando aquele como figura inerte, que somente deve desenvolver a função de julgar, não relacionando-se à produção de prova, tampouco defendendo qualquer das partes.

Diferentemente do ativismo judicial, para a corrente garantista, o magistrado não deve ter um papel ativo na demanda, sendo que os protagonistas da relação processual devem ser as partes litigantes, não o juiz.

Veja-se que, para os garantistas, o magistrado não deve inovar, nem mesmo determinar as próprias regras na condução do feito, mas, sim, precisa agir em plena harmonia e de maneira complementar à atividade desempenhada pelas partes integrantes da lide.

O garantismo anseia o integral respeito à Constituição, sendo que os autores que defendem tal linha não procuram um magistrado que seja comprometido com pessoa ou coisa distinta do texto constitucional, pretendendo, na realidade, um juiz que busque respeitar (e fazer respeitar), com absoluto empenho, as garantias constitucionais.

Com efeito, as partes são responsáveis pela iniciação, pelo impulso, pela paralisação, pela prossecução e, em algumas situações, até mesmo pela finalização do processo. É dizer, das partes dependeria quase tudo, de modo que o juiz não deveria influir em nada que não fosse o julgamento do caso, sem prejuízo de proferir decisões, a fim de organizar o andamento do processo. Inclusive, pensamento contrário configuraria percepção autoritarista do magistrado.

Para Luigi Ferrajoli, a ideia de um sistema garantista significa:

Um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, e sob o plano

jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.⁴¹

O garantismo centra-se, justamente, na busca da consolidação dos direitos fundamentais, bem como na própria defesa da pessoa dos arbítrios estatais, principalmente ao cobrar o princípio da legalidade com o objetivo de obstar os espaços/limites conferidos à discricionariedade do juiz para que aquela seja mais democrática e menos pessoal, ou seja, exige-se a interpretação (e aplicação) das normas em total sintonia com a Constituição.

É dizer que, para que se possa punir, a lei somente pode impor penas individualmente necessárias, as quais deverão estar pré-estabelecidas em momento anterior ao fato delituoso.

Logo, o garantismo pondera a delimitação de um espaço mínimo de direitos que não pode ser desobedecida pelo Estado, mormente em sua atuação persecutória, valendo salientar que o fundamento destes limites se explica pelo reconhecimento da dignidade humana e de que o indivíduo é o escopo último do direito, sendo, assim, o motivo de ser da atividade estatal.

Conforme ensinamentos de Glauco Gumerato Ramos⁴², o processo, na visão garantista, deve ser ponderado como meio de debate republicano e democrático, de modo que o poder estatal não poderia extrapolar as premissas existentes na Constituição Federal em benefício das partes envolvidas no processo, sob o risco de se permitir uma invasão de atribuições de um Poder em outro, circunstância esta que, à luz da teoria da separação dos Poderes, não seria factível.

O garantismo processual, portanto, preconiza que a conduta do magistrado seja a de um terceiro totalmente desinteressado no resultado final da lide, ou seja, uma pessoa que somente funcione como espectador da demanda judicial. Assim, com o objetivo de manter um afastamento estrutural entre acusador e réu, o magistrado deve-se mostrar alheio aos atos das partes.

Nesta linha, o magistrado desempenha a função de “garantidor”. O embasamento da independência e da legitimidade da jurisdição do Poder Judiciário

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

⁴² RAMOS, Glauco Gumerato. **Expectativas em torno do novo CPC. Entre o ativismo judicial e o garantismo processual**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 23, nº 90, abril/junho2015, p. 213-225.

está no reconhecimento do seu papel de garantidor dos direitos fundamentais existentes ou decorrentes da Constituição.

Veja-se que o perfil garantista delimita que o exercício do poder pelos juízes seja efetivado dentro dos parâmetros estabelecidos nas prescrições constitucionais, visto que, do contrário, será o poder exercido com subjetividade e arbitrariedade, conforme o sentimento pessoal de “justiça” de quem o exerce.

Com efeito, para a corrente garantista, o desígnio central do processo seria a preocupação com a licitude e legitimidade dos meios, mas não com os fins a serem atingidos.

Ou seja, deverá haver respeito às “regras do jogo”, de modo que seja necessário um juiz equidistante e espectador, não envolvido com as funções atribuídas às partes, devendo o magistrado preocupar-se, sobretudo, em afiançar o exercício das garantias fundamentais das partes no processo.

Os defensores do garantismo ponderam que os poderes do magistrado devem ser minimizados, com o propósito de garantir a existência do Estado Democrático de Direito. É dizer, o magistrado deve proferir decisão se pautando nas regras pré-existentes, sobretudo em nível constitucional, mas, jamais, com base no próprio subjetivismo e arbítrio, visto que tal postura romperia com os valores republicanos e democráticos.

Enfim, o juiz, no garantismo, não teria espaço para inovar na atividade de conduzir o processo, mas apenas seguir as normas pré-estabelecidas pelo legislador e que estão em harmonia com a Constituição Federal. Logo, para corrente garantista, o magistrado precisa se manter alheio à delimitação do objeto processual e na definição da esfera probatória, sem interferir em tais atividades, o que garantiria a preservação da sua imparcialidade e independência.

CAPÍTULO 2. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

2.1 Poderes instrutórios do juiz e suas características

Analisando os preceitos estabelecidos pela Lei n. 13.105 de 2015 (CPC/15), pode-se, por analogia, conceituar os poderes instrutórios do juiz. A referida norma, em seu artigo 370, estabelece que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias” e, em complemento, no artigo 371, há a previsão de que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Subsiste, portanto, na interpretação de ambos os artigos transcritos, inferência que “os poderes instrutórios podem ser entendidos como atos praticados pelo juiz que pretendem trazer para os autos provas bastantes para o seu convencimento e, assim, decidir a causa”.⁴³

Assim, ao magistrado é atribuído o poder de conduzir a fase instrutória da lide, buscando estar mais próximo das verdades ocorridas no fato controvertido objeto de análise, com o propósito de aplicar a norma de forma apropriada. Esse poder é confiado ao julgador visando não somente a obtenção da verdade real, mas, também, a aplicação do princípio da igualdade processual, afinal, supre eventuais irregularidades prejudiciais, prevenindo possíveis negligências das partes.

Ada Pelegrini expõe que a participação do magistrado diante de uma demanda penal estará diretamente proporcionada com o juízo de valor da certeza dos fatos ocorridos:

Ninguém melhor do que o juiz, a quem o julgamento está afeto, para decidir se as provas trazidas pelas partes são suficientes para a formação de seu convencimento. Isto não significa que a busca da verdade seja o fim do processo e que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis, no processo ou fora dele. Mas é imprescindível que o juiz diligencie a fim de alcançar o maior grau

⁴³TAVARES, Patrícia Leite. **Alcance e limites dos poderes instrutórios do juiz no processo civil**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas com menção em Direito Processual Civil). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 62.

de probabilidade possível. Quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará.⁴⁴

Trazidas tais questões, doutrinadores, como Zilli⁴⁵, defendem que a iniciativa probatória do juiz trata-se de um poder-dever, não uma faculdade. Portanto, o julgador não pode ser omissivo quando observar a necessidade da produção de provas para devidamente esclarecer a lide processual.

Logo, se o exercício do poder jurisdicional se consubstancia na tutela do direito de liberdade em face do *jus puniendi* estatal, tudo aquilo que possa eventualmente colaborar para a concretização desse objetivo deve ser, em princípio, aprimorado e bem recebido.

No que concerne especificamente ao Processo Penal, os poderes instrutórios do magistrado se encontram presentes no artigo 156, I e II, do CPP⁴⁶.

Cumprido salientar que o poder instrutório também está descrito no art. 147 do CPP⁴⁷, que preceitua que o juiz poderá, de ofício, contestar a autenticidade de um documento que fundamente o pedido de condenação ou absolvição, nos autos do processo criminal.

Os poderes instrutórios do magistrado, entretanto, não são de uso discricionário, cumprindo destacar que a norma estabelece limites e critérios para sua devida utilização.

Nesse sentido, o julgador tem o dever de levar em consideração o princípio da publicidade dos atos processuais, bem como o princípio da motivação (vide artigo 93, IX, da Constituição Federal⁴⁸ e nos incisos III e IV do artigo 381 do Código de Processo

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pelegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1(18) - jan./jul.2005.

⁴⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 181

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Art. 147. O juiz poderá, de ofício, proceder à verificação da falsidade.

⁴⁸ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Penal⁴⁹⁾ ou, por outro ponto de vista, é necessário que as decisões que abordem as provas e o direito envolvido deverão ser de conhecimento das partes e especificamente fundamentadas de forma clara e precisa, para assim poderem garantir a ampla defesa e o contraditório.

Acerca do tema, salienta-se as lições de Júlio Fabbrini Mirabete, em comentários ao artigo 381 do Código de Processo Penal:

Se, ao sentenciar o feito, o Juiz se estende no exame das provas produzidas, dando as razões do seu convencimento para concluir pela procedência ou improcedência da denúncia, não há base legal para inquirir-se de nula sua decisão, aí perfeitamente ajustada ao que vem disposto no art. 381, inciso III, do Código de Processo Penal. Do Juiz se exige que fundamente suas decisões, notadamente a sentença prolatada ao final do processo, onde deve transparecer o exame do quadro probatório trazido para os autos. Não está obrigado, todavia, a responder minudentemente a todas as questões de mérito deduzidas pelas partes, como se se tratasse de um jogo de perguntas e respostas em que umas e outras devessem constar do texto individualizadamente, item por item.”

“Processo-crime – Nulidade – Inocorrência – Omissão quanto ao exame de prova. Admissibilidade. Inobrigatoriedade do Juiz reportar-se a todos os argumentos trazidos pela parte, bem como de responder a todas as questões. Preliminar rejeitada” (JTJ 207/292). TJSP: “Sentença criminal. Nulidade. Inocorrência. Fundamentação. Apreciação e decisão das teses mais relevantes argüidas pela defesa. Suficiência. Ordem denegada. O juiz não está obrigado a analisar detalhes e minúcias das provas produzidas ou das alegações das partes, mas, sim, apreciar e decidir sobre teses relevantes para a Acusação ou para a Defesa.”⁵⁰

E, somado a isso, está adstrito à causa de pedir e os limites de proposição, sendo pertinente transcrever as considerações de Veruska Sayonara de Góis ao citar Nery Júnior:

A ação é estruturada pelo que é narrado, alegado e pedido. O magistrado, quando utiliza o poder instrutório, deve levar em consideração as limitações impostas pela argumentação das partes, estando proibido de conhecer fatos não trazidos a juízo. ‘Princípio dispositivo. Respeito às questões deduzidas em juízo, não podendo o juiz conhecer de matéria a cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte. Proposta a ação por iniciativa da parte, o processo se desenvolve por impulso oficial (CPC, art. 262). O poder instrutório do juiz,

⁴⁹ Art. 381. A sentença conterà:

(...)

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;

⁵⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal interpretado**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1567.

principalmente de determinar ex officio a realização de provas que entender pertinentes, não se configura como exceção ao princípio dispositivo'.⁵¹

Exemplificando, o magistrado não pode determinar a produção de uma prova pretendendo aplicar eventual causa de aumento de pena não requerida pelo Ministério Público.

Outra limitação à produção probatória por parte do magistrado é a imparcialidade.

Notadamente, ao exercer seu poder instrutório, o julgador não pode decidir com o objetivo de favorecer alguma das partes, mas, sim, o seu convencimento, sob pena de nulidade dos seus atos.

Não se olvida que a reafirmação dos poderes de instrução do magistrado se configura como meio garantidor da igualdade entre as partes litigantes. Afinal, o processo não pode ser tido como um jogo de poder, mas, sim, como um instrumento de justiça, no qual se procura o efetivo titular do direito.

Inclusive, não se pode deixar de observar que o poder instrutório, que compete ao magistrado, é também designado de poder-dever, o qual busca a verdade para que seja possível proferir uma decisão justa. A atuação ativa do juiz na lide é fundamental a fim de que se dê efetividade à igualdade entre os litigantes.

Portanto, torna-se imperioso que o resultado da prova seja fator crucial para a conclusão da demanda, especificamente o momento em que o magistrado verificará se o material probatório trazidos aos autos é satisfatório para a formação (ou não) da culpa do réu, ocasião em que haverá a sua condenação ou absolvição.

Segundo entendimento de Grinover:

O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento. Mas se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado. Até as regras processuais sobre a preclusão, que se destinam apenas ao regular desenvolvimento do processo, não podem obstar ao poder dever do juiz de esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau possível de certeza, pois sua missão é

⁵¹ GOIS, Veruska Sayonara de. **Os limites do poder instrutório do magistrado no processo civil**. 2010, apud Nelson Nery Júnior; Rosa Maria Nery, Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, p. 530, Revista dos Tribunais, 2003, disponível em <http://www.ajuris.kinghost.net/2010/08/16/os-limites-do-poder-instrutorio-do-magistrado-no-processo-civil/>, acesso em 09 abri. 2023.

pacificar com justiça. E isso somente acontecerá se o provimento jurisdicional for o resultado da incidência da norma sobre fatos efetivamente ocorridos.⁵²

Dessa forma, ainda que o juiz tenha o poder de determinar a produção de provas, não se pode olvidar os princípios constitucionais e as normas que guiam o processo penal e que devem ser verificados a fim de que garantias, como o contraditório, ampla defesa e imparcialidade do julgador, sejam devidamente respeitadas. Ou seja, os poderes instrutórios do magistrado não são ilimitados.

2.2 O impacto da reforma do processo penal em 2008 no tocante à questão probatória

O Código de Processo Penal brasileiro, em seus mais de oitenta anos de vigência, já sofreu várias reformas pontuais, sendo oportuno destacar que a Lei Federal n. 11.690, de 09 de julho de 2008 alterou, principalmente, os artigos constantes do Título VII do Livro I do CPP, que trata das provas.

Cumprе salientar que a aludida lei trouxe novas regras relacionadas à produção, bem como à apreciação da prova.

Percebe-se que o Código de Processo Penal, inspirado pelo princípio da busca da verdade real, conferiu ao magistrado um perfil mais ativo no tocante à produção probatória.

No presente item, será dado enfoque à participação do juiz na colheita do material probatório no processo.

Nesse cenário, inicialmente, salienta-se o artigo 155 do CPP, que passou a ter a seguinte redação:

O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Pela leitura do aludido dispositivo, resta evidenciado que o magistrado não pode levar a cabo uma condenação baseando seu convencimento exclusivamente no material probatório colhido na fase do inquérito policial. É dizer que o inquérito policial,

⁵² GRINOVER, Ada Pelegrini. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, 1(18) - jan./jul.2005.

isoladamente, não tem condição de servir de supedâneo para a sentença penal, mas, noutro giro, poderá ser aproveitado como linha de apoio da prova colhida sob o crivo do contraditório.

Veja-se que foi dado maior prestígio à prova produzida no âmbito do processo judicial, após estabelecida a análise das partes e possibilitado a estas o exercício da ampla defesa e o contraditório, não podendo mais prevalecer como razão de decidir somente e isoladamente as provas trazidas no bojo do inquérito policial.

Cumprido destacar, de toda forma, que à luz do quanto estabelecido no artigo 155 do CPP, não significa dizer que o inquérito policial se tornou desnecessário e que os elementos lá obtidos não tenham utilidade no desenvolvimento do convencimento do magistrado no momento de proferir a sentença.

O que se tem, na realidade, é que, nos termos da Lei nº 11.690/2008, houve uma primazia ao material probatório obtido em atendimento do contraditório e ampla defesa, sendo que os elementos existentes no inquérito poderão se somar à prova judicial, mormente com o objetivo de possibilitar ao juiz decidir da maneira mais acertada.

Além disso, salienta-se a nova redação do artigo 156 do Código de Processo Penal:

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.

Conforme se observa, o mencionado artigo dispõe acerca de um poder instrutório oficial, de modo que a produção antecipada de provas tidas como urgentes e relevantes sejam levadas ao processo por vontade do juiz, precedidas da ponderação acerca da necessidade, adequação e proporcionalidade da medida, razão pela qual a produção dessas provas somente poderá acontecer quando sopesada a sua indispensabilidade e razoabilidade.

Há doutrinadores que discordam do aludido poder instrutório oficial, sob a alegação da existência de incompatibilidade entre a incumbência de julgar (que pressupõe que o magistrado esteja distante das partes e das suas iniciativas

probatórias) e qualquer objetivo de substituir a defesa ou a acusação no preenchimento de eventuais lacunas decorrentes da inobservância do ônus probatório ponderado para cada uma das partes litigantes.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Aury Lopes Junior:

[...] dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156 do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador.⁵³

Por outro lado, há aqueles que entendem a pertinência de um juiz que participe do processo, que, sem deixar de lado equilíbrio e a imparcialidade, tenha condições de buscar a adequada colheita das provas, estimulando o contraditório, além de suprir as eventuais deficiências das partes litigantes.

É dizer, os poderes instrutórios do magistrado justificariam e operariam em razão do interesse público existente na ação, o que obsta o juiz de se satisfazer com eventual deficiência da atuação instrutória levada a cabo pela acusação e defesa, podendo se empenhar a fim de chegar o mais próximo possível da “verdade” da conduta trazida no caso concreto.

Acerca do tema, salienta-se os sempre oportunos ensinamentos de Guilherme Nucci:

[...] em homenagem à verdade real, que necessita prevalecer no processo penal, deve o magistrado determinar a produção das provas que entender pertinentes e razoáveis para apurar o fato criminoso.⁵⁴

Desta feita, observa-se que a Lei nº 11.690/2008, dentre outros aspectos, tratou da valoração da prova pelo julgador, afastando a possibilidade de a sentença pautar-se, exclusivamente, nos elementos probatórios obtidos no transcorrer da fase do inquérito policial.

No mais, destaca-se que a mencionada lei definiu o papel do magistrado na iniciativa da colheita de provas, possibilitando a sua atuação de maneira supletiva,

⁵³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007., p. 76

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9.ed. Rev., ampl. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 394

desde que esta seja fundamentadamente imprescindível para a formulação do juízo de valor a ser formado a fim de que seja proferida uma sentença justa.

2.3 Natureza constitucional do direito à prova e suas definições

O direito à prova é derivado do direito constitucional do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, tendo em vista que é um meio e um recurso inerente ao acesso à justiça e de se obter a justiça.

Trata-se, pois, de pressuposto para a realização de um processo justo, a fim de que haja condição indispensável para que se possa obter prova da culpabilidade do acusado.

Se de um lado a ampla defesa e o devido processo legal garantem que, dentro do permitido em lei, seja manejada toda a matéria probatória indispensável à comprovação do quanto alegado pela acusação, em outro prisma, a premissa do contraditório assegura o direito à produção da prova, na medida em que permite a igualdade entre as partes, com amplas e isonômicas oportunidades de oferecer provas e controvertê-las.

Assim sendo, a prova deve ser tida como atividade aberta à iniciativa, atuação e controle daqueles que estão interessados no provimento jurisdicional, seja em momento anterior, para se buscar elementos que possibilitem a persecução penal (ou que possam evitá-la), como no transcorrer do processo.

Consequentemente, o direito fundamental à prova, mormente em sua raiz constitucional, provoca o dever de o magistrado analisar o material probatório produzido na lide, acolher quais elementos probantes estão de acordo com a lei e são necessários à devida formação do processo, presidir a instrução das provas no transcorrer da demanda e, ao final, especificar quais elementos existentes nos autos embasaram a sua decisão.

Ao assegurar o direito à prova, o titular de um interesse juridicamente protegido tem o instrumento adequado para a solução do feito, haja vista que os fatos que sustentam as pretensões deduzidas são investigados através dos elementos probatórios.

Nesse sentido, Antônio Magalhães Gomes Filho defende que:

o direito à prova caracteriza um verdadeiro direito subjetivo à introdução do material probatório no processo, bem como de participação em todas as fases do procedimento respectivo; direito subjetivo que possui a mesma natureza constitucional e o mesmo fundamento dos direitos de ação e de defesa: o direito de ser ouvido em juízo não significa apenas poder apresentar ao órgão jurisdicional as próprias pretensões, mas também inclui a garantia do exercício de todos os poderes para influir positivamente sobre o convencimento do juiz.⁵⁵

Para garantir a efetividade da produção da prova e seu objeto constitucional de acesso à justiça, José Roberto dos Santos Bedaque destaca que:

Para que o processo possibilite real acesso à ordem jurídica justa, necessária a garantia da produção da prova, cujo titular é, em princípio, a parte, mas não exclusivamente ela, pois ao juiz, como sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado e na justiça das decisões, também assiste o poder de determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento. A iniciativa probatória do juiz é elemento indissociável da efetividade do processo. Isso porque entre os requisitos de um processo efetivo, equo e giusto, aponta-se a justiça da decisão, o que pressupõe a exata reconstrução da matéria fática. Se não é possível a certeza quanto à verdade dos fatos retratados no processo, ao menos devem-se esgotar os mecanismos aptos a proporcioná-la. Com isso, aumenta a probabilidade de o resultado ser justo. Na medida em que a concessão de poderes instrutórios ao juiz amplia as chances de obter-se a reprodução fiel dos fatos ocorridos plano material, regra nesse sentido contribui decisivamente para a efetivada do processo.⁵⁶

Através dessa lição, extrai-se que a prova pertence ao processo, com o objetivo maior de buscar a verdade dos fatos. O magistrado tem como objetivo assegurar a efetividade dessa função.

Para proteger o direito à prova, a norma constitucional e infraconstitucional estabelece limitações estudadas em capítulo apartado, mas a título de exemplificação, tem-se a vedação a prova ilegal.

Feitas tais considerações a respeito da natureza constitucional da prova, pertinente delimitar o conceito de prova.

Édouard Bonnier Definique⁵⁷ sopesa que prova “é o conjunto de diversos meios pelos quais a inteligência chega à descoberta da verdade”. Por seu turno,

⁵⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 88.

⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 107.

⁵⁷ DEFINIQUE, Édouard Bonnier, **Traité Théorique et Pratique des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel**. 2 ed. Paris: Auguste Durand Libraire, 1852, t. I, n. 55, p. 1.

Schonke⁵⁸ entende que a prova é a “atividade das partes e do Tribunal encaminhada a proporcionar ao Juiz a convicção da verdade ou falsidade de um fato”.

Alguns civilistas, como Pontes de Miranda⁵⁹ e Washington de Barros Monteiro⁶⁰ criticam tais formas de conceituar, considerando que acreditam que a prova não se limita a busca pela verdade real.

De fato, a prova não se atém à busca pela verdade real, mas é o ponto central. Não há como apartar a prova da procura pela verdade real. Até mesmo o poder de convencimento do magistrado está ligado à verdade real. O julgador decide conforme aquilo que acredita estar de acordo com os fatos discutidos no bojo do processo.

Acerca do tema ora em discussão, salienta-se o entendimento de Mary Mansoldo:

Prova é uma maneira de convencer o juiz de algo, portanto faz parte do processo, passam a pertencer às partes e possui uma missão fundamental em relação à sociedade e, baseado nas regras processuais, representa um Direito Fundamental do homem, pois, o direito a prova é um direito ao contraditório, a ampla defesa, a igualdade das armas, a dignidade da pessoa humana, entre tantos outros princípios e garantias da Constituição Federal.⁶¹

Notadamente, para que o juiz exerça sua função jurisdicional, atribuindo a responsabilidade pelo ato criminoso e impondo a pena correlata, é necessário que as partes o demonstrem e o persuadam acerca dos fatos alegados, sendo que o magistrado buscará compreender a verdade e dela se convencerá no momento que a versão trazida se encaixar com os elementos fáticos e depoimentos apresentados no transcorrer da instrução do processo.

Ademais, não se pode olvidar que o direito à prova é tido como fundamental no âmbito do processo penal, valendo destacar que as partes devem apresentar nos autos elementos probatórios que sejam lícitos, admissíveis, válidos e que observem o devido processo legal.

⁵⁸ SCHÖNKE, Adolfo. **Derecho procesal civil**. Traducción española de la 5. edición alemana. Barcelona, Espanha: Bosch, 1946, p. 198.

⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 404.

⁶⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, v1., 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 257.

⁶¹ MANSOLDO, Mary. **Interpretação de Obra Literária**: prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. 2011. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/149-Article%20Text-403-1-10-20161205%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/149-Article%20Text-403-1-10-20161205%20(4).pdf). Acesso em: 09 abr. 2023.

Por seu turno, cabe ao juiz avaliar a efetividade do direito à produção probatória, assegurando-se que não há eventual impedimento que obste as partes de exercê-lo.

Afinal, como o juiz tem o dever de proferir uma sentença justa, pautando-se nos elementos probatórios apresentados nos autos, é de sua inteira responsabilidade garantir que os direitos constitucionais sejam devidamente observados, a fim de que a verdade chegue até ele da maneira mais harmônica com a realidade possível.

Com efeito, a produção de provas deve ser considerada como direito das partes com respaldo constitucional, consubstanciada no contraditório e ampla defesa, sendo obrigação do Estado, representado pelo Poder Judiciário, disponibilizar todos os meios para assegurar que as partes alcancem o mais amplo acesso à dilação probatória, sem haver eventual cerceamento de defesa (ou acusação).

2.4 Função e objeto da prova

No processo judicial, seja penal ou cível, a maneira pela qual se pretende conferir elementos satisfatórios, para formar a convicção do julgador com relação à verdade, é por meio da prova.

A constituição desses elementos e sua juntada ao processo tem respaldo nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, abarcando o direito de requerer sua produção, bem como participar da sua realização, sem prejuízo de, ao final, manifestar sobre os resultados obtidos.

Por seu turno, a definição de prova está vinculada à ideia de reconstrução de um determinado fato, que é exposto ao magistrado a fim de capacitá-lo a aferir a convicção sobre os eventos ocorridos e, assim, permitir que ele possa desempenhar, adequadamente, a sua função de julgar.

Conforme ensina Adalberto José Aranha⁶², a prova “representa os atos e os meios usados pelas partes e reconhecidos pelo juiz como sendo a verdade dos fatos alegados. Contudo em quaisquer dos seus significados, representa sempre o meio usado pelo homem para, através da percepção, demonstrar uma verdade”.

⁶² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 05.

A expressão “prova” encontra-se atrelada à busca da verdade, valendo destacar que a finalidade da prova é o convencimento do juiz com relação à veracidade de determinada alegação, porém, deve ser ressaltado que aquilo que se procura é a reconstrução dos fatos descritos, a fim de que se assemelhe, ao máximo possível, à realidade atinente ao fato criminoso apurado, tendo em vista a impossibilidade de se alcançá-la plenamente.

Portanto, a atividade probatória está relacionada com o conjunto de atos praticados para a apuração de um determinado fato sobre o qual subsistirá a aferição das hipóteses formuladas pelo julgador.

No escopo do processo penal, objetiva-se formar o convencimento do juiz acerca dos fatos, na busca da veracidade das informações que são prestadas em juízo. Frisa-se os ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima acerca do tema em debate:

Especificamente no âmbito do processo penal, tem-se que a atividade probatória recai, basicamente, sobre a veracidade (ou não) da narrativa constante da peça acusatória, buscando-se demonstrar que a imputação de um fato delituoso atribuído a determinada pessoa é verdadeira (ou não).⁶³

O meio de prova trata-se de atividade regulada através da lei processual, a fim de que o juiz obtenha o conhecimento dos fatos que se intenta demonstrar no transcorrer do processo.

Veja-se que, para que uma decisão seja proferida no âmbito do direito penal, considerando que deve ser sopesada a possibilidade de eventual decisão acarretar, em desfavor da parte, a perda de direitos fundamentais, é necessário que se busque alcançar, o máximo possível, a fiel versão dos fatos, circunstância esta que é perseguida através da prova.

Provar significa a possibilidade de promover um estado de certeza e convicção. Consiste, portanto, em aclarar, esclarecer, comprovar a veracidade de um fato, episódio ou relação jurídica, tornando-os idenes a qualquer dúvida, fazendo-os certos e determinados com relação à sua existência⁶⁴.

Segundo entendimento de Mirabete:

⁶³ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 795

⁶⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal**: doutrina e jurisprudência, São Paulo: Revista dos tribunais, 2005, p. 21.

Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do Juiz, para a sua convicção, a respeito a existência ou inexistência de um fato, ou na verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou solução de um processo.⁶⁵

O processo penal preocupa-se em possibilitar a reconstrução (ainda que aproximada) de um determinado fato histórico, de modo a instruir o julgador e possibilitar o seu conhecimento acerca de uma realidade, restaurando um fato pretérito.

Logo, a produção de provas representa ferramentas que possibilitam uma reconstrução do fato que se pretende conhecer, sobre o qual incidirá a averiguação das hipóteses formuladas pelo julgador, tendo, como objetivo, o convencimento do juiz⁶⁶.

No transcorrer do processo, defesa e acusação buscarão trazer ao feito argumentos que corroborem as teses explanadas na demanda, especificamente os acontecimentos que demonstrem a veracidade das suas alegações. Portanto, são as partes que delimitam o objeto probatório, cabendo ao magistrado, de toda forma, levar a cabo eventuais complementações.

Acerca do tema, destaca Edilson Mougnot Bonfim:

São as partes, portanto, que definem essencialmente os fatos que deverão ser objeto de prova, restando ao juiz, eventualmente, apenas completar o rol de provas a produzir, utilizando-se de seu poder instrutório, o que determinará somente com a finalidade de fazer respeitar o princípio da verdade real.⁶⁷

É através das provas que o julgador poderá conseguir a menor margem de erro possível ao realizar a avaliação dentro dos autos do processo judicial, não se podendo deixar de destacar que a falta de fidedignidade de determinada prova compromete a liberdade do indivíduo, transgredindo, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana, bem como demais direitos à personalidade.

Nas palavras de Paulo Rangel⁶⁸, “prova é o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, réu e juiz) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os

⁶⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. Rio de Janeiro: AIDE, 2011, p. 256.

⁶⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 721

⁶⁷ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 305

⁶⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27.ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 176.

fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa”.

Com efeito, “provar” é submeter ao magistrado um fato que efetivamente existiu, demonstrando-lhe as circunstâncias e os motivos de como aquilo ocorreu em determinada situação, para que, no âmbito do processo, possa o magistrado aferir, como resultado, eventual responsabilidade criminal.

Acerca do objetivo da prova no processo, salienta-se o entendimento de Tourinho Filho:

o objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma.⁶⁹

Já Vicente Greco Filho sustenta que a prova possui a finalidade de convencer o juiz, ponderando, de toda forma, que alcançar a fiel versão dos fatos trata-se de situação impossível:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.⁷⁰

Por outro lado, cabe salientar que há algumas espécies de fatos que não demandam a produção de provas, valendo destacar os ensinamentos de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar acerca do tema:

- . O direito, como regra, não precisa ser provado. Eventualmente será necessário provar a existência e a vigência do direito estadual, municipal, consuetudinário e alienígena;
- . Os fatos notórios são aqueles de domínio de parcela significativa a população informada. São também chamados de verdade sabida, e não carecem de prova. Ex: feriados nacionais. Ao contrário do Processo Civil (art. 334, II, CPC), os fatos incontroversos, que são aqueles alegados por uma parte e reconhecidos pela outra, carecem de demonstração probatória;

⁶⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 3º Vol., 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 220

⁷⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 279.

- . Os fatos axiomáticos ou intuitivos são aqueles que se auto demonstram, têm força probatória própria, e também não dependem de prova. Ex: o parágrafo único do art. 162 do CPP dispensa o exame interno cadavérico, quando as lesões externas permitem precisar a causa da morte, como no caso de decapitação, ou de carbonização do cadáver. Este fato seria evidente. A verdade salta aos olhos;
- . Os fatos inúteis também não carecem de prova, pois são irrelevantes para a persecução penal;
- . Já as presunções legais, sendo conclusões extraídas da própria lei, ou dispensam a produção de prova, como acontece com as presunções absolutas (*juris et de jure*), ou invertem o ônus da prova, como acontece com as presunções meramente relativas (*juris tantum*). Ex: não adianta o Ministério Público tentar demonstrar que um menor de dezoito anos tinha capacidade de entender e querer à época do fato delitivo, pois, por presunção insuperável do art. 27 do CP, ele é inimputável. Já quanto à presunção de violência nos crimes contra os costumes (atualmente crimes contra a dignidade sexual), apesar de a lei presumir que as relações sexuais com menor de quatorze anos levariam ao estupro, já se admitia prova em sentido contrário para descaracterizar a infração:⁷¹

Dessa forma, a procura da verdade realiza-se por meio da busca das melhores provas, razão pela qual o magistrado não pode se satisfazer somente com aquelas disponibilizadas pelas partes, ao menos que sejam efetivamente as melhores, de modo que, na hipótese de não serem, deverá o juiz, de ofício, complementá-las.

2.5 Fases da atividade probatória

A devida valoração da prova necessita de momentos próprios a fim de que seja possível examinar a sua legalidade, com a posterior inclusão ao processo, valendo destacar que os momentos da prova podem ser divididos em cinco, a saber: i) investigação, ii) propositura, iii) admissão, iv) produção, e v) valoração.

Pois bem, o primeiro momento relativo à busca de provas é a investigação, sendo que a aludida fase probatória se mostra relevante devido ao fato de procurar elementos aptos a fundamentar eventual ação penal, ou para confirmar a sua inexistência.

Destaca-se que o meio de investigação da prova se trata de um procedimento que tem a finalidade de alcançar provas materiais, cabendo mencionar,

⁷¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de processo penal**. 11.ed., rev., ampl. e atual. Salvador/BA: Ed. JusPODIVM, 2016, p. 617.

como exemplos, a interceptação telefônica, bem como o procedimento de busca e apreensão.

Já a propositura das provas é o ato em que as partes apresentam as provas que pretendem produzir em juízo, é dizer, trata-se do pedido feito ao juiz para introdução do material probatório aos autos.

No processo penal incumbe ao Ministério Público requerer às diligências que entender cabíveis quando oferecer sua denúncia, arrolando as suas testemunhas, além de requerer as diligências que entender cabíveis, sem prejuízo da juntada aos autos dos documentos necessários ao esclarecimento da verdade.

Por seu turno, a defesa, no momento do oferecimento de suas alegações preliminares, indicará as testemunhas que pretende ouvir, requerendo as diligências indispensáveis ao esclarecimento da verdade, bem como a apresentação dos documentos necessários à solução da controvérsia.

Em continuidade, a admissão do material probatório é a fase em que o julgador analisa a viabilidade ou não da produção da prova no âmbito do processo, sua necessidade para averiguar os fatos da lide investigada, para que, assim, possa deferir ou não a sua produção. Afinal, o magistrado possui a incumbência de indeferir as provas desnecessárias.

Após o deferimento das provas indicadas pelas partes, elas serão realizadas em juízo e introduzidas nos autos, com observância do contraditório e da ampla defesa. Esta fase é chamada produção das provas.

Em continuidade, passa-se a última fase, qual seja, a valoração das provas. O juiz irá atribuir valor às provas produzidas, à sua possibilidade de influenciar a procedência ou improcedência da pretensão punitiva, conforme a sua convicção. Porém, deve ser destacado que toda decisão precisa ser adequadamente fundamentada, nos termos do quanto preceituado pelo artigo 93, IX, da CF.

Conforme aduz Renato Brasileiro de Lima⁷², o magistrado possui ampla liberdade de valoração da prova, contudo, deve indicar os motivos pelos quais ponderou a prova de determinada maneira. Tal liberdade não deve ser confundida com eventual legitimidade para prolatar decisões arbitrárias, tendo em vista que ainda se fazer necessária a fundamentação do entendimento seguido.

⁷² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 606.

Afinal, uma decisão sem a devida motivação torna-se arbitrária, de modo que, inobstante o magistrado ter ampla liberdade para mensurar o valor das provas nos termos daquilo que entender mais adequado à luz do caso concreto, não poderá, por outro lado, deixar de indicar as razões que o fizeram chegar àquela determinada conclusão.

2.6 Espécies de provas no direito penal

As provas no processo penal são subdivididas da seguinte forma: provas típicas (ou nominadas), sendo aquelas previstas expressamente em lei, como, por exemplo, a prova documental, a testemunhal e a confissão.

Já as provas atípicas (ou inominadas), são aquelas obtidas por meios moralmente legítimos não especificados pela norma, como, por exemplo, a prova emprestada.

Feitas essas considerações iniciais, serão especificadas abaixo as provas típicas ou nominadas, ainda que de forma sucinta, para se entender o papel do magistrado na produção de prova.

De início, cumpre salientar a prova pericial, a qual é uma “espécie de prova que objetiva fornecer esclarecimentos (...) a respeito de questões técnicas, que extrapolam o conhecimento científico do julgador, podendo ser de qualquer natureza (...)”.⁷³

A produção de prova pericial será indispensável nos crimes transeuntes (que deixam vestígios), conforme se infere do art. 158 do CPP. Já nos crimes não transeuntes (que não deixam vestígio), ela pode acontecer ou não.

Importante destacar que, segundo a parte final do art. 158 do CPP, a confissão não tem o condão de suprir a ausência de exame de corpo de delito, sendo que apenas a prova testemunhal poderá supri-lo.

Também é importante recordar que o juiz não está subordinado ao laudo pericial, podendo concordar totalmente com as conclusões dos perito ou somente parcialmente, sem prejuízo de poder rejeitá-las integralmente.

Afinal, não se pode olvidar que o conjunto probatório é o guia do magistrado e não unicamente o exame pericial, podendo o juiz formar sua decisão com outros fatos

⁷³ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 5.ed. v. I, São Paulo: Atlas, 2009, p. 470.

ou elementos demonstrados no processo, segundo disposto expressamente no artigo 182 do CPP, em consonância com o princípio do livre convencimento. Sobre esse disposto, Aury Lopes Júnior⁷⁴ leciona que reflete a independência axiológica do magistrado o dever de motivar sua decisão à luz da prova válida produzida no processo.

Destaca-se que a prova pericial pode ser determinada de ofício pelo magistrado, especificamente na hipótese em que a sua realização se mostrar indispensável para análise do mérito da demanda, sendo necessária a abertura de vista à acusação e, posteriormente, à defesa, a fim de que se manifestem sobre o laudo produzido.

Já o interrogatório é o ato personalíssimo do acusado da infração penal, tratando-se de meio de prova de defesa, em que se oportuniza que o acusado se dirija diretamente ao juiz, apresentando a sua versão acerca do fato criminoso que lhe é imputado por uma acusação (ministerial ou particular).

Em tal momento, poderá o acusado indicar elementos e meios probatórios, ou, até mesmo, confessar a prática do crime, cumprindo asseverar, de toda forma, que também poderá o acusado permanecer em silêncio, apenas se limitando a fornecer dados referentes à sua qualificação pessoal.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar⁷⁵ lecionam que o interrogatório é a fase da persecução penal que possibilita ao suposto autor da infração trazer a sua versão dos fatos, exercendo, caso assim deseje, a autodefesa.

O interrogatório será constituído por duas partes (art. 187 do CPP), sendo a primeira parte de classificação e a segunda de mérito.

A ausência de interrogatório do réu, em homenagem à ordem constitucional da ampla defesa, gera nulidade. Entretanto, a nulidade será relativa, dependendo de comprovação de efetivo prejuízo, quando o réu, regularmente intimado, deixa de comparecer ao ato designado.

Cumprido salientar que é por meio do interrogatório que o juiz mantém contato com aquele contra quem se demanda a cominação da norma sancionadora, valendo destacar que o aludido contato se mostra importante, afinal, possibilita ao julgador que

⁷⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 212.

⁷⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de processo penal**. 11.ed., rev., ampl. e atual. Salvador/BA: Ed. JusPODIVM, 2016, p. 386.

melhor avalie a pretensão penal deduzida em juízo, sem prejuízo de conhecer a personalidade do réu, inclusive sopesando as circunstâncias e motivos do crime que lhe é imputado, elementos estes que certamente serão levados em consideração no momento da aplicação da eventual pena ou absolvição.

Veja-se, ainda, que nos termos do artigo 196 do CPP, “a todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes”.

Por seu turno, a prova testemunhal está preceituada nos artigos 202 a 225 do Código de Processo Penal, sendo ela reconhecida como a fonte probatória mais comum no processo penal brasileiro, razão pela qual, conseqüentemente, trata-se de fundamento de grande parte das sentenças judiciais.

O Código de Processo Penal preconiza uma ordem em que ocorrerá a inquirição, no rito comum ordinário (art. 400), a depender de quem arrolou a testemunha. Se a testemunha é arrolada pela acusação, cabe ao acusador fazer suas perguntas e, após, à defesa; já em relação às testemunhas arroladas pela defesa, incumbe a ela formular suas perguntas e, após, ao acusador. A não observância desta ordem, gera nulidade relativa.⁷⁶

Ao magistrado, na inquirição de testemunha, é atribuído a função completiva e subsidiária, devendo questioná-la com o propósito de aclarar os eventuais pontos obscuros ou omissos (art. 212, parágrafo único, do CPP) e, ainda, filtrar as perguntas das partes (acusação ou defesa) que possam induzir a resposta, bem como aqueles questionamentos que não tiverem relação com a causa ou acarretem a repetição de outro já respondido em momento anterior da inquirição (art. 212, caput, do CPP).⁷⁷

Cumprе salientar a possibilidade de determinação, de ofício, da oitiva de testemunha, antes do proferimento da sentença, com o objetivo de se dirimir eventual dúvida sobre ponto relevante do processo.

⁷⁶ “Infelizmente, tem predominado o entendimento de que a inversão – na ordem das perguntas e o protagonismo do juiz na instrução – conduziria a uma nulidade relativa, exigindo a demonstração de prejuízo por parte da defesa. Nesse sentido, entre outros, citamos trecho da ementa da decisão proferida pelo STJ no HC 151.357 – RJ (2009/0207290-1), Rel. Min. Og Fernandes (julgamento em 21/10/2010) 454 e a decisão do STF no RHC 110.623/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 13/03/2012.”

⁷⁷ Quando o magistrado assume o papel de protagonista na realização das oitivas, a nulidade é inafastável: “a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1259482, relator Min. Marco Aurélio Bellizze. O STJ anulou, desde a audiência de instrução, o processo contra um acusado de tráfico de drogas no qual o Ministério Público estava ausente na audiência e o juiz o substituiu, formulando desde o início as perguntas. Dessarte, violou o caráter complementar da sua inquirição.”

Já a confissão pode ser definida como o reconhecimento da culpabilidade, a qual é feita pelo próprio sujeito a quem o fato criminoso é imputado.

Nesse sentido, Capez define a confissão como “a aceitação pelo réu da acusação que lhe é dirigida em um processo penal. É a declaração voluntária, feita por um imputável, a respeito de fato pessoal e próprio, desfavorável e suscetível de renúncia.”⁷⁸

No processo penal a confissão é admitida legalmente como um meio de prova que incrimina o réu. Em contraponto, destaca-se que a confissão também constitui circunstância que abranda a pena do acusado, conforme preconiza o artigo 65, III, “d”, do Código Penal.

Impende salientar que, por força da interpretação dos termos do artigo 197 do CPP, a confissão não se trata de prova tida como absoluta, tampouco tem maior valor que outras modalidades probatórias. Ao contrário disso, é necessário que a confissão seja valorada através dos mesmos critérios que os demais elementos de provas constantes nos autos, devendo também ser confrontada com estes a fim de se vislumbrar a coerência entre os elementos probatórios e, assim, alcançar a verdade real acerca dos fatos.

Significa dizer que a confissão manejada pelo acusado que contrarie as demais provas colacionadas nos autos, não será admitida como verdadeira e, portanto, valorada pelo magistrado.

Assim leciona Guilherme de Souza Nucci, “não é qualquer declaração do réu, admitindo sua culpa, que pode ser reputada válida, constituindo meio de prova utilizado pelo juiz para formar seu convencimento”.⁷⁹

Com efeito, há determinadas condições formais e materiais para que a confissão seja aceita no processo penal.

Quanto ao reconhecimento de pessoas e coisas, Nucci conceitua-o como “ato formal e solene pelo qual uma pessoa afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa, para fins processuais penais”.⁸⁰

Em complemento, Tourinho Filho alerta sobre a precariedade desta prova:

⁷⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 431.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 45

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 2ª ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 183.

De todas as provas previstas no nosso diploma processual penal, esta é a mais falha, a mais precária. A ação do tempo, o disfarce, más condições de observação, erros por semelhança, a vontade de reconhecer, tudo, absolutamente tudo, torna o reconhecimento uma prova altamente precária.⁸¹

Diante dessa fragilidade, o reconhecimento pessoal, para que surta efeitos endoprocessuais, precisa ser realizado com toda a solenidade disposta no artigo 266 do CPP⁸².

Por outro lado, o reconhecimento fotográfico, previsto no artigo 266 e seguintes do Código de Processo Penal, nas palavras de Aury Lopes Júnior⁸³, apenas pode ser aproveitado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, mas nunca como um substituto daquele ou como prova inominada.

⁸¹ TOURINHO FILHO, Fernando, **Código de processo penal comentado**, Ed. Saraiva, 12ª ed., 2009, Tomo I, pag. 645.

⁸² “O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de “mera recomendação” do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório. (HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3))”

⁸³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96.

CAPÍTULO 3. O ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À DETERMINAÇÃO DAS PROVAS

3.1 A postura ativista do magistrado como contribuição para o exercício do devido processo legal

Conforme analisado anteriormente, uma das funções do juiz, no processo penal, é observar o princípio do devido processo legal formal e substancial (material), consagrado pelo art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

A ideia de processo justo no sentido formal pressupõe que o magistrado observe os comandos normativos constitucionais e infraconstitucionais.

Por outro lado, no sentido substancial (material), pondera-se que o juiz conduza a atividade processual buscando o descobrimento dos fatos tal como eles efetivamente ocorreram.

E, neste ato, o magistrado assume o compromisso com a apuração da verdade real, como bem esclarecido por Fernando da Costa Tourinho Filho:

Na verdade, enquanto o Juiz não-penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no Processo Penal o Juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça.⁸⁴

Na visão do devido processo legal, conforme ensinamento de Barbosa Moreira, “a justiça da decisão se condiciona ao esclarecimento, tão completo quanto possa ser, da situação fática subjacente ao litígio”.⁸⁵

Destaca-se que o dever do juiz é buscar a verdade real, isto é, procurar conhecer os fatos como realmente aconteceram, a fim de, assim, encontrar o culpado pelo delito, preservando os seus direitos fundamentais, não se atendo, somente, à luta contra a criminalidade.

Sob tal perspectiva, deve o réu no bojo do processo criminal e sob a custódia do Estado, ter assegurado os seus direitos básicos. De toda forma, é impossível

⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal 1**: 18.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva: 1997, p. 41 *apud* Bonfada De Mattos, Luis Guilherme. **O Papel do Juiz no Moderno Processo Penal Constitucional e a (In) aplicabilidade do Princípio da Verdade Real**, p. 5.

⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual** – Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 32.

alegar-se, efetivamente, que somente o acusado é afetado pelo processo penal, não se olvidando que toda a família suporta junto.

Nesse caso, apenas uma análise perfunctória das alegações poderá trazer o resultado justo ao litígio.

A partir do momento em que se postula a existência de um processo justo, legitima-se maior atuação do magistrado na lide, tendo em vista que a eventual atividade probatória *ex officio* não tem a possibilidade, por si só, de ferir o direito fundamental ao juiz imparcial.

O protagonismo do julgador na solução de casos concretos, intitulado como ativismo judicial, pode servir como meio de afirmação de direito dos acusados, na hipótese de ser realizada de maneira ajustada com as bases do constitucionalismo democrático.

Ada Pellegrini Grinover entende que quanto mais próximo estiver o provimento jurisdicional ao escopo do direito material, mais afiançada estará a pacificação social, sendo que, contrária à passividade do juiz no âmbito do processo penal, sustenta a mencionada professora que:

O papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir às deficiências dos litigantes, para superar as desigualdades e favorecer a par condicio. E não pode satisfazer-se com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova.⁸⁶

A colheita de provas serve como objetivo de averiguar os fatos, bem como contribuir para o exercício do devido processo legal, razão pela qual o juiz instrutor do primeiro grau possui um papel fundamental nessa etapa processual, conforme entendimento de Mádsen Ottoni de Almeida Rodrigues:

No âmbito da jurisdição de primeiro grau, a proximidade entre o juiz e as partes é fator essencial à democratização do processo e à legitimidade da decisão judicial. É na jurisdição de primeiro grau, como em nenhuma outra, que o julgador se coloca frente a frente com as partes, tendo a possibilidade de dialogar com as mesmas e assim conhecer os meandros da lide. Nesse contato pessoal, o juiz tem condições de aquilatar o nível de angústia das partes, suas expectativas e segurança a respeito do direito; os pormenores fáticos que não foram relatados nas petições; a qualidade da representação que as partes estão tendo e suas limitações para a produção da prova necessária ao devido esclarecimento dos fatos. Tudo isso é importante ao

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, v. 1, n. 18, p. 15–26, jan./jun., 2005.

exercício da atividade instrutória do processo, que deve ser capaz de conduzir o juiz a tomada de uma decisão equilibrada e socialmente justa.⁸⁷

Notadamente, somente o juiz, o qual será o responsável pelo julgamento do caso, tem plenas condições de decidir se os elementos probatórios juntados pelos litigantes são satisfatórios para a formação do seu entendimento no momento da prolação da sentença, valendo destacar, de toda forma, que a referida situação não quer dizer que a busca da verdade possa ser tida como a finalidade do processo, de modo que o magistrado apenas deveria proferir a decisão quando tiver efetivamente a encontrado.

Afinal, certeza e verdade são conceitos notadamente absolutos, dificilmente alcançáveis, dentro ou fora do processo, valendo salientar, porém, que é imprescindível que o magistrado busque alcançar o maior grau de probabilidade possível quanto aos fatos, razão pela qual, quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, certamente, mais perto da certeza ele chegará.

Destarte, extrai-se que o juiz instrutor do primeiro grau, nas ações penais, é aquele que tem contato imediato com as partes, bem como com a colheita direta das provas, continuando ainda responsável pela condução e supervisão do processo, de forma que a delegação não se relaciona à realização de atos decisórios por parte do juiz instrutor.

Tendo-se em mente o objeto do processo, o magistrado não pode se sobrepor à acusação, de modo a alterar a delimitação sobre os fatos da peça inicial e trazer ao bojo da relação jurídico-processual circunstâncias que não aquelas devidamente delimitadas no âmbito da denúncia ou da queixa-crime, sob o risco de se ser tido como um juiz inquisidor, ferindo, conseqüentemente, a imparcialidade.

Assim, a prova praticada pelo magistrado necessita ater-se aos fatos discutidos no processo, mormente como decorrência de sua vinculação ao objeto delimitado pelo princípio acusatório. Afinal, não se permite que a atividade probatória incida sobre fatos que não aqueles trazidos na queixa-crime ou na denúncia, tendo em vista que, caso contrário, haveria indevida modificação do objeto processual.

⁸⁷ RODRIGUES, Madson Ottoni de Almeida. **A legitimidade da jurisdição de primeiro grau na concretização dos direitos fundamentais**: proposta de um novo modelo jurídico-administrativo para o segundo grau de jurisdição. 2010. 197 f. Dissertação (Mestrado em Constituição e Garantias de Direitos) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010, p. 98-99.

Com efeito, no momento que o magistrado determina que se produza uma prova não pretendida pelas partes, ou quando sopesa ser oportuno inquirir novamente uma testemunha ou instar o perito para que preste esclarecimentos, ainda não sabe o resultado que essa prova trará ao feito, tampouco conhece qual a parte que melhor aproveitará a sua produção.

Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa probatória levada a cabo pelo juiz garante o equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos tratados no processo.

Caso o juiz se limite às provas produzidas pelas partes, mesmo quando estas se mostrem insuficientes para investigar a verdade real, certamente poderá ocorrer violação aos princípios e direitos do réu que são protegidos, como, por exemplo, a integridade física e psicológica, a honra e sua vida em sociedade⁸⁸.

Inclusive, como destaca Elvira Maria Borges de Macêdo, em sua tese de mestrado:

Não está no campo de discricionariedade da Administração Pública ser omissa com os réus em processos penais; é dever de prestação de efetivo serviço estatal a alguém, a uma vida, que está sob os seus cuidados em sua forma mais lesiva, pois, ao se tratar da esfera penal, tem-se processo que pode resultar na restrição de um dos maiores bens inerentes ao ser humano: a liberdade, e que, no pensamento das grandes massas, ainda prevalece o entendimento de ser um favor prestado a bandidos.

Assim, tem-se a oportunidade de se ver o juiz mais atuante na busca da prova para formar o seu próprio convencimento, o que, automaticamente, torna-a um sujeito apto a produzir uma prova que, talvez, pelas partes, a partir de suas visões estratégicas, não mais ali pudessem estar, e que pode tomar um caráter decisivo na hora da prolação de sentença.

(...)

A ausência de olhar humano é o fator que ainda mais precisa da atenção do governo e das autoridades como um todo, dentre tais autoridades, encontram-se os juízes, e incluímos, aqui, o rol de funções essenciais à justiça, sobre os quais recai um peso ainda maior de responsabilidade, visto que enquanto réu em processo criminal, o ser humano se vê à beira de entregar sua liberdade e toda sua vivência nas mãos do Estado, e apenas a mais perfunctória das análises é que pode trazer resultado útil e justo ao processo.⁸⁹

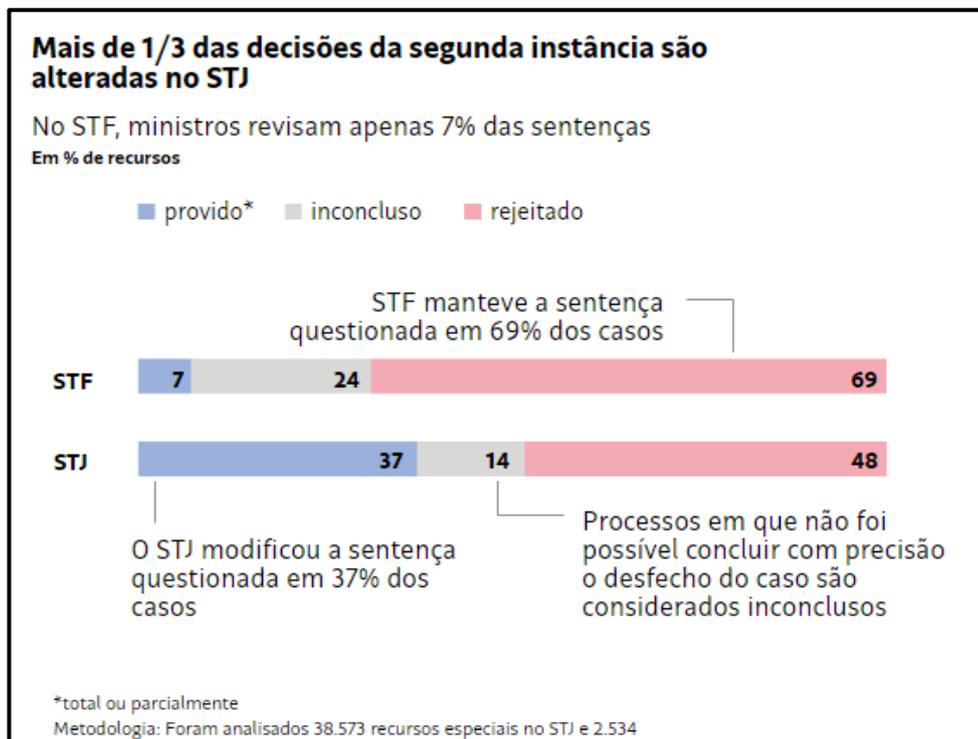
⁸⁸ BONFADA DE MATTOS, Luis Guilherme. **O Papel do Juiz no Moderno Processo Penal Constitucional e a (In) aplicabilidade do Princípio da Verdade Real**, p. 3.

⁸⁹ MACÊDO, Elvira Maria Borges de. **O juiz e o ato de julgar: mero aplicador da lei ou criador do direito?**. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Feira de Santana, 2003, p. 75.

O dever de cuidado do magistrado aos preceitos do devido processo legal se mostra visível quando se analisa a taxa de reversibilidade das decisões judiciais penais que chegam as Cortes Superiores⁹⁰.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), 37% (trinta e sete por cento) dos recursos foram providos ou totalmente parcialmente providos. Em metade dos casos (48% [quarenta e oito por cento]), os recursos foram negados, e a Corte considerou válida a sentença do tribunal de origem.

Por seu turno, no Supremo Tribunal Federal (STF), apenas 7% (sete por cento) dos recursos foram providos total ou parcialmente, enquanto 69% (sessenta e nove por cento) foram negados.⁹¹



⁹⁰ FARIA, Flávia. GARCIA, Guilherme. Uma em cada três decisões judiciais em segunda instância é alterada no STJ. **Folha de São Paulo**, 17 out. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/uma-em-cada-tres-decisoes-judiciais-em-segunda-instancia-e-alterada-no-stj.shtml> Acesso em: 4 jul. 2022.

⁹¹ Sobre o recorte da pesquisa feita pelo Jornal Folha de São Paulo “As revisões observadas tratam de questões como pena aplicada e regime inicial de cumprimento da pena (fechado, semiaberto ou aberto).

(...)

Em um caso relacionado à Lei Maria da Penha, por exemplo, o STJ endureceu a pena a pedido do Ministério Público do Rio de Janeiro. O Tribunal de Justiça havia convertido a pena de detenção pelo crime de ameaça em multa, o que, por lei, não pode acontecer em processos de violência doméstica. Já em outra situação a corte extinguiu a punição de um homem condenado ao regime semiaberto pelo Tribunal de Justiça de São Paulo por ter tentado furtar quatro sabonetes de um supermercado. A justificativa é que o caso se enquadra no princípio da insignificância.”

Tais quantitativos não procuram avaliar o mérito das sentenças impugnadas, mas, sim, demonstrar o grau de dificuldade em modificá-las.

Tendo em vista os possíveis efeitos da sentença penal proferida, é imprescindível que o magistrado, para que seja alcançada uma decisão justa, tenha o escopo probatório suficiente para apuração dos fatos, formulando o seu próprio convencimento (e não apenas um possível ativismo judicial punitivista, como muitas vezes vem acontecendo).

Salienta-se os ensinamentos de Eduardo Araújo Silva atinente ao procedimento probatório no âmbito do processo penal:

Na consecução dos momentos que compõem a atividade probatória, os operadores do Direito não devem olvidar a presunção de inocência que milita em favor dos acusados, a qual foi acolhida pela Constituição da República de 1988 como um dos grandes postulados do pensamento jurídico liberal: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, inc. LVII). Aos investigados e acusados submetidos à atividade probatória deve ser respeitado o status de inocentes, e para que sejam considerados culpados a atividade probatória deve desenvolver-se dentro de parâmetros mínimos que respeitem a dignidade da pessoa humana, também assentada na Lei Maior como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inc. II). Somente dentro desse contexto contemporâneo que a atividade probatória poderá se conduzir validamente a condenação do acusado.⁹²

À luz do excerto acima destacado, perceptível que é indispensável que a atividade probatória seja desenvolvida com base em parâmetros mínimos que atendam à dignidade da pessoa humana, não podendo ser olvidada, principalmente, o respeito à presunção de inocência em prol dos acusados.

Como já visto, a legislação possibilita que o magistrado determine a realização de provas sem se submeter à provocação dos litigantes, sendo que essa possibilidade não se encontra limitada ao momento da fase instrutória, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal:

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

⁹² SILVA, Eduardo Araújo. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 63

Outro apontamento, que deve ser feito, é o tamanho da massa carcerária e a falta de recursos financeiros para sustentar uma defesa justa. Confira-se, por oportuno, os dados do Departamento Penitenciário Nacional (“Depen”):

Segundo o Depen, grande parcela da população carcerária é presumidamente inocente, já que são provisórios e aguardam julgamento, em 2019, cerca de 35% dos 766 mil detentos não foram julgados definitivamente. Analisa-se, então, que grande parte da massa carcerária não possui meios para prosseguir e adiantar o julgamento, dependendo, majoritariamente, da defensoria pública. Essa que demonstra ser ineficaz e escassa para atender a demanda acumulada. Isso é visto com clareza em São Paulo, que abriga cerca de 30% de toda a população carcerária do Brasil, e conta com menos de 800 defensores e defensoras públicas, que, além do trabalho na defensoria criminal, possuem outras atribuições. Isso demonstra que, para ter direitos, é necessário ter poder aquisitivo.⁹³

Para a efetivação de um julgamento legítimo, é indispensável que o indivíduo tenha meios para se defender. O magistrado, com uma postura ativista, pode suprir essa deficiência de defesa justa.

É cediço que a atividade jurisdicional objetiva um processo equânime e justo, razão pela qual mostra-se justificável que o órgão jurisdicional realize as diligências necessárias com o objetivo de alcançar e concretizar a efetiva tutela jurisdicional, sem que se possa cogitar o não atendimento ao princípio da imparcialidade do juiz ou ao princípio acusatório.

Nesse cenário, a ideia principal é estabelecer mecanismo que compense a desigualdade entre as partes, permitindo a todos aqueles que participam da relação processual agirem em igualdade de armas.

Assim sendo, tem-se a oportunidade de ver o juiz mais atuante, que seja protagonista, tomando iniciativas, no bojo do processo, para formar o seu próprio convencimento. O que, automaticamente, torna-o competente a produzir uma prova pertinente que, quiçá, pelas partes, a partir de suas visões afetadas pela estratégia processual, não mais ali pudessem estar, e que pode, por outro lado, tornar-se decisiva no momento do proferimento da sentença.

Dentro desse contexto, a função do juiz, no âmbito de um processo publicista, coeso com sua atividade social, é necessariamente ativa, devendo ele estimular o

⁹³ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizTk3ZTdmMDEtMTQxZS00YmExLWJhNWYtMDA5ZTIiNDQ5NjhlliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQONGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

contraditório a fim de que se torne concreto e efetivo, inclusive suprindo as possíveis deficiências das partes, mormente para suplantar as desigualdades e beneficiar a paridade.

Inclusive, considerar os poderes instrutórios do magistrado como ensejadores de parcialidade seria o mesmo que denegar autoridade da função jurisdicional, desabonando, conseqüentemente, o próprio Poder Judiciário.

Acerca do tema, leciona Antonio Carlos Marcato:

A participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta a sua imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento e de ofício determinar sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa.⁹⁴

Da mesma forma, a decisão justa, pautada na aplicação do devido processo legal, deve ser interpretada como aquela que condene o verdadeiro culpado pela violação do bem jurídico tutelado e dentro da razoabilidade e da proporcionalidade. A justiça pressupõe a observância da lei e a segurança surge como prioridade da sociedade, cumprindo destacar que a condenação fora desses parâmetros gera insegurança, além da sensação de impunidade.

Assim, o protagonismo do magistrado, observado o devido processo legal e os demais preceitos constitucionais, pode se mostrar benéfico ao adequado deslinde do feito.

3.2 Contraposições/Limites aos poderes instrutórios do juiz

Em que pese o entendimento consubstanciado no presente trabalho, especificamente de que a iniciativa probatória do julgador, desde que respeitados alguns critérios, não causa prejuízo ao sistema acusatório que disciplina o processo penal brasileiro, tampouco fere o princípio da imparcialidade, há posicionamentos contrários a intervenção do magistrado na instrução processual.

⁹⁴ MARCATO, Antonio Carlos. **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 363.

Nesse cenário, muitos autores são contrários à ideia de que o magistrado poderia movimentar o processo de ofício, sustentando, para tanto, que o princípio da inércia deve ser aplicado em todas as fases processuais, a fim de que o julgador permaneça imparcial.

Aury Lopes Jr.⁹⁵ defende que qualquer poder instrutório entregue ao julgador, dentro da estrutura de um sistema processual acusatório, compromete a sua imparcialidade, qualidade indispensável a um julgamento justo e garantidor do devido processo legal.

Inclusive, para o sobredito autor:

A complexidade do processo exige uma visão mais ampla, pois a imparcialidade é garantida pela adoção do sistema acusatório e ambos pela inércia da jurisdição. Existe, assim, uma íntima relação e interação entre esses institutos. Daí por que viola a garantia da imparcialidade, entre outros, a atribuição de poderes instrutórios para o juiz (poderes para produzir a prova de ofício), decretação de ofício de prisões provisórias, medidas cautelares reais etc. Esse ativismo judicial (como previsto no art. 156 do CPP) fere de morte o sistema acusatório e a garantia da imparcialidade.⁹⁶

Também defendendo a importância da inércia do magistrado no feito, sopesando um processo penal democrático, salienta-se o entendimento de Antonio Pedro Melchior:

Da estrutura acusatória, portanto, o processo penal democrático, pega tudo aquilo que reforce esta condição: a limitação a postura ativa do juiz, em garantia de sua imparcialidade, responde à esta demanda. Neste particular, construir um assento confortável em que o magistrado possa assistir ao diálogo processual entre as partes é fundamental. O juiz espectador é uma contingência da estratégia de regular o poder punitivo ou, para oferecer um conteúdo estético, é parte do próprio estilo acusatório.⁹⁷

Observar-se-ia, pois, o entendimento pela passividade do magistrado, tendo em vista que a produção probatória ficaria a cargo exclusivo das partes litigantes, não podendo o julgador atuar de ofício. Isso se explicaria na possibilidade de o juiz agir com maior imparcialidade, afinal, encontra-se afastado da condução das provas.

⁹⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 243.

⁹⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 448

⁹⁷ MELCHIOR, Antonio Pedro. **O Juiz e a Prova: O *Sinthoma* Político do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 166.

É dizer, a imparcialidade do julgador restaria comprometida se ele pudesse buscar, para amparar o seu entendimento, outros elementos persuasivos que não aqueles trazidos pelas partes no transcorrer do processo.

Com efeito, à luz do pensamento contrário à possibilidade de o julgador intervir na produção probatória, entende-se que a participação do magistrado nas atividades instrutórias colocaria em xeque a sua capacidade de proferir uma decisão justa, afinal, ao não assumir a postura de mero espectador do feito, o juiz certamente agiria com prejulgamentos.

Exatamente por conta disso, tomando como premissa a prevalência do sistema acusatório no Brasil, sopesa-se a absoluta necessidade de distanciamento entre as partes e o magistrado, de forma a garantir o exercício do contraditório e da imparcialidade do julgador, a qual poderia ser maculada com a produção de provas pelo juiz *ex officio*.

Noutro giro, para aqueles que defendem a impossibilidade da iniciativa probatória do julgador, não prosperaria a assertiva de que a produção de provas pelo juiz *ex officio* poderia beneficiar ambas as partes, considerando que, na hipótese de o conjunto probatório produzido pela acusação mostrar-se conflituoso em algum aspecto, à luz do princípio *in dubio pro reo*, a dúvida, necessariamente, deveria se refletir em favor do acusado.

Até mesmo, não haveria sentido a produção de provas que embasassem uma eventual absolvição, considerando que o mencionado princípio do *in dubio pro reo* deve imperar em favor da parte acusada.

Portanto, não caberia ao juiz a produção de provas ou a realização de diligências para dirimir possíveis dúvidas sobre o caso concreto, sendo que a conduta instrutória do julgador, nesse cenário, significaria, como dito, ofensa ao princípio *in dubio pro reo*, considerando que autorizaria a coleta de provas voltadas, tão somente, ao interesse da acusação. É o que leciona Paulo Rangel:

Imaginar que o poder instrutório concedido ao juiz tem como finalidade suprir eventuais deficiências entre as partes ou superar as possíveis desigualdades entre elas é acreditar na figura do juiz Hércules, ou na pior das hipóteses, na bondade do juiz Nicholas Marshall (este era um respeitável e honrado Juiz, exibido em um seriado de TV, que durante o dia, cumpria com as leis em vigor, respeitava os prazos processuais, bem como, os direitos dos réus, porém, à noite, fora do tribunal, com roupas comuns e, portanto, sem a toga

e com cabelos soltos, decidia “fazer Justiça” com as próprias mãos eliminando os réus que foram absolvidos na justiça).⁹⁸

Ou seja, aquilo que o juiz pretenderia ao determinar, *ex officio*, a realização de diligências no transcorrer do processo penal, seria com o intuito de trazer para o processo prova de alguma situação por ele já premeditada, especificamente com o objetivo de gerar uma posterior condenação da parte ré.

Nesse sentido, destaca-se novamente o entendimento do processualista Paulo Rangel:

A crença de que o juiz é um ser preocupado com os direitos do réu e, por isso, estaria praticando atos de ofício é falsa. Quando o juiz pratica atos de ofício em busca da prova, é para condenar, até porque qualquer neófito sabe que se não há provas ou se há dúvida, o juiz tem que decidir em favor do réu. Todavia, em nome de um princípio (impulso oficial), o juiz sai em busca daquilo que irá justificar o que ele já decidiu: a condenação.⁹⁹

Na mesma linha, pondera Geraldo Prado:

(...) quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.¹⁰⁰

Destarte, o juiz formaria o seu convencimento ainda durante a fase de instrução do processo, especificamente ao determinar a produção das provas que entendia como pertinentes e, depois, no momento da prolação sentença, apenas formalizaria esta decisão anteriormente assumida.

Ainda subsiste o entendimento acerca da desconexão entre a possibilidade de produção de provas de ofício pelo juiz e o princípio da paridade, haja vista que a iniciativa probatória concedida ao magistrado faria surgir a necessidade de o acusado esquivar-se tanto das incursões trazidas pela acusação, quanto das realizadas pelo julgador.

Pois bem, inobstante as posições contrárias à produção de provas *ex officio* pelo juiz, importante ser destacado, de início, que a participação do magistrado na formação do conjunto probatório, com a determinação dos meios de provas que

⁹⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 453-454.

⁹⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 806.

¹⁰⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 137

entender necessários ao esclarecimento dos fatos deduzidos no feito, não afeta a sua imparcialidade, pelo contrário, demonstra que o juiz está atendendo aos fins sociais do processo.

Afinal, não se pode olvidar a exigência por um magistrado comprometido com a efetivação completa do direito material, razão pela qual o juiz pode, a qualquer momento, de ofício, determinar que sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento.

Por oportuno, salienta-se as lições de Marcos Alexandre Coelho Zilli:

A iniciativa instrutória de que aqui se trata é informada pela necessidade do melhor acerto possível do fato posto a julgamento em virtude do dever imposto ao juiz de aplicar, eficazmente, o direito penal. E nesses precisos termos, trata-se de situação excepcional, concretizável, apenas tão somente, quando as partes processuais não tiverem suficientemente hábeis a ponto de esclarecer o fato, seus pontos e circunstâncias relevantes. Não pode assumir, portanto, contornos da atividade, o que lhe emprestaria características de reiteração e continuidade, sob pena, aí sim, de concentração e todos os poderes nas mãos de um único sujeito processual, abrindo espaço para que dúvidas fossem levantadas quanto à preservação da imparcialidade do julgador. Deve aproximar-se, destarte, de uma atuação supletiva àquela a cargo dos sujeitos parciais.¹⁰¹

De toda forma, ainda conforme entendimento de Zilli¹⁰², deve ser observado que a iniciativa instrutória do magistrado, vinculada ao devido processo penal, deve respeitar integralmente os princípios da ampla defesa e do contraditório e, como decorrência de tais princípios, necessário que os sujeitos do processo tenham as mesmas possibilidades de atuar dos atos probatórios determinados pelo magistrado e de manifestar-se sobre seus resultados.

Logo, em sua iniciativa probatória, deve o magistrado necessariamente possibilitar que as partes tenham oportunidade de produzir contraprova quanto aos novos elementos obtidos por ele de ofício.

Ressalta-se, conforme posição da professora Ada Pellegrini¹⁰³, que o poder de instrução probatória do juiz não é ilimitado, havendo, sim, balizadores para possibilitar essa atuação, especificamente o poder-dever de respeitar o contraditório, a

¹⁰¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 144.

¹⁰² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 130.

¹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal Penitenciária. São Paulo: Ministério da Justiça, n. 18, v. 1, jan./jul. 2005, p. 20.

necessidade de motivar suas decisões, os limites da licitude, seja ela material ou, ainda, de forma legítima das provas.

Inclusive, segundo entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira, a liberdade do magistrado em seu convencimento não isenta a necessidade de fundamentação ou explicitação, ou seja, “o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes eventualmente insatisfeitas possam confrontar a decisão”.¹⁰⁴

É muito simplicista crer que a iniciativa instrutória garantida ao magistrado configuraria atentado ao seu comprometimento com a imparcialidade. Ora, com o devido acatamento àqueles que entendem dessa forma, não se pode olvidar que defender tal entendimento retira o crédito e o prestígio da própria função que compete ao magistrado, sabidamente, fazer justiça.

Inclusive, o juiz somente está autorizado a agir de ofício quando a atuação das partes é considerada deficiente, ou seja, mesmo quando elas, tendo oportunidade, acabam por não esgotar todas as maneiras de se obter a verdade com o objetivo de se fazer justiça. Logo, defender a inércia do juiz em tal circunstância, certamente não é o mais acertado. Frisa-se os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira acerca da questão:

O magistrado não é dotado de poderes sobrenaturais de previdência, portanto não pode prever o resultado da prova que será produzida nem a quem ela beneficiará, no exato momento em que determina a sua produção. Mas a não produção da prova também beneficia um dos litigantes. Diante de duas hipóteses, é preferível que o sujeito seja parcial atuando do que se omitindo, porque ao mesmo tempo estaria tentando aproximar-se da verdade.¹⁰⁵

Com efeito, não basta apenas controverter o fato de o magistrado ter praticado atos de natureza instrutória, sendo imprescindível, sim, demonstrar, ainda que indiciariamente, que a aludida atividade provocou eventuais prejulgamentos em seu estado de ânimo, que comprometeram sua imparcialidade no momento de proferir a sentença.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 299

¹⁰⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juiz e a prova**. Revista de Processo, nº 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 180.

Atinente à questão da paridade, o ativismo judicial busca, na realidade, um processo justo, o qual não convive com a inércia ou indiferença de qualquer parte da relação jurídica processual, circunstância defendida por aqueles que são contrários à atuação *ex officio* do juiz no feito.

Veja-se que a prevalência do ativismo judicial, no âmbito do processo penal, tem por objetivo preservar o embate acerca da paridade de armas, valendo salientar a doutrina de Rogério Schietti:

(...) onde se perceba, nesse embate, um injustificado desequilíbrio da balança a favor de uma das partes, não se pode esperar justiça da sentença, quer pelo fato em si mesmo injusto, quer pela ilação de que não se chega ao conhecimento da verdade diante de duas versões ou afirmações contrárias se a uma e outra parte não se confere igual chance de dizer e demonstrar o que alega.¹⁰⁶

Notadamente, o magistrado, muitas vezes, na incessante busca por um processo justo, se vê diante do total desequilíbrio das partes envolvidas nos autos do processo, situação esta que tem a possibilidade de afetar o princípio da igualdade de armas, razão pela qual afigura-se como um dever do próprio juiz zelar pela legitimação do aludido princípio.

Desse modo, novamente nos termos do entendimento de Ada Pellegrini¹⁰⁷, a paridade de armas trata-se de desdobramento do princípio do contraditório, que preconiza a igualdade das partes na demanda, competindo ao juiz possibilitar a *par conditio*, suprindo as carências e superando as disparidades dos litigantes, evidenciando, conseqüentemente, a função publicista da lide.

Já no que diz respeito ao entendimento de que o juiz estaria obstado de produzir provas de ofício, visto que, havendo dúvida sobre a existência ou não dos fatos trazidos na peça acusatória, a única solução seria aplicar o princípio *in dubio pro reo* (e não eventual produção de prova *ex officio*), deve ser observado que essa posição recai em equívoco com relação ao momento em que for utilizável o princípio da presunção de inocência.

¹⁰⁶ CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 101.

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, v. 1, n. 18, p. 15–26, jan./jun., 2005.

Afinal, o princípio do *in dubio pro reo* tem por desígnio motivar uma decisão absolutória na hipótese de, após a avaliação de todos os meios probatórios produzidos nos autos do processo, ainda haver dúvida razoável atinente à responsabilidade do acusado. Por seu turno, a produção de provas *ex officio* desenvolve-se em conjuntura anterior àquela na qual se mostra aplicável o princípio do *in dubio pro reo*, de modo que, no transcorrer da fase instrutória, inexistente dúvida objetiva.

Neste ponto, Marco Antônio de Barros oportunamente destaca que “enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e enquanto houver uma fonte prova ainda não explorada, o juiz não poderá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*”¹⁰⁸.

Com efeito, se, após a realização das provas necessárias, seja a requerimento da acusação, seja a requerimento da defesa (ou até mesmo por iniciativa do órgão jurisdicional), permanecer dúvida quanto à responsabilidade penal do réu, a absolvição deverá ser levada a cabo, considerando que não houve a demonstração dos fatos trazidos na peça acusatória.

Contudo, havendo uma situação de dúvida e, ao mesmo tempo, condições de obtenção de novas provas, não há como corroborar em se permitir que o juiz reconheça “um estado inafastável de dúvida ensejador da aplicação automática da máxima *in dubio pro reo*”.¹⁰⁹

Repita-se que o princípio do *in dubio pro reo* tem o condão de auxiliar o magistrado na hipótese de subsistir dúvida considerável, especificamente quando já exauridos todos os meios de provas disponíveis, mas, mesmo assim, permanecer dúvida à convicção do juiz.

Por tudo isso, resta evidenciado que a atividade proativa probatória do juiz pode ser uma ferramenta para avalizar o devido processo legal, contudo, as ações do julgador, mesmo com os melhores escopos, devem andar sempre dentro dos limites da legalidade processual.

Nesse contexto, Ada Grinover elenca três parâmetros para aferir os limites dos poderes instrutórios do juiz, sendo eles: a) a rígida observância do contraditório, b) a

¹⁰⁸ BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 165

¹⁰⁹ ZILLI, Marcos Alexandra Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 150

obrigatória de motivação das decisões, e c) os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas.¹¹⁰

Em relação ao princípio do contraditório (vide art. 5º, LV, CF/88¹¹¹) como limitador à atividade probatória oficial, o magistrado deve necessariamente submeter a sua atividade probatória ao conhecimento das partes e conceder a elas a oportunidade de se manifestarem sobre as situações que são relevantes aos deslinde processual.

Isso garante que as partes possam questionar a atividade probatória que esteja em eventual desconformidade com os preceitos constitucionais e infraconstitucionais, podendo, até mesmo, buscar reformar (ou anular) as decisões proferidas pelo magistrado que age de ofício.

O mencionado princípio impede, ainda, que o magistrado fundamente sua convicção exclusivamente em elementos produzidos no âmbito do inquérito policial, sob pena de nulidade, afinal, as provas produzidas nessa fase, notadamente, carecem de contraditório e ampla defesa, conforme infere-se do quanto preceituado no art. 155 do CPP¹¹².

Ressalta-se que, a esse respeito, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça:

Saliento, por oportuno, que elementos informativos não se confundem com provas. Essas são produzidas com a observância do contraditório em juízo, que serve como condição de sua existência e validade, assegurado o direito de ampla defesa. Aqueles, por sua vez, são produzidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes.

(...)

A constatação de evidente vulneração ao devido processo legal, a incidir na inobservância dos direitos e das garantias fundamentais, habilita o reconhecimento judicial da patente ilegalidade, sobretudo quando ela enseja reflexos no próprio título condenatório.

A decisão de pronúncia já foi manifestamente despida de legitimidade, notadamente porque, na espécie, o réu foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri com base exclusivamente em elementos informativos produzidos no inquérito e não confirmados em juízo.

¹¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Brasília, v. 1, n. 18, p. 15–26, jan./jun., 2005.

¹¹¹ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

¹¹² Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Com efeito, uma vez que não são exteriorizadas as razões que levam os jurados a decidir por eventual condenação, a submissão do acusado a julgamento pelos seus pares deve estar condicionada à produção de prova mínima e, diga-se, judicializada, na qual tenha sido garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa que lhe são inerentes.

Em um Estado Democrático de Direito, a ausência de qualidade probatória no contraditório é inválida para sustentação de qualquer convencimento contra o réu, seja para condená-lo, seja para – nos crimes dolosos contra a vida – pronunciá-lo e submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri, no qual, enfatize-se, o veredito é alcançado sem explicitação de motivos pelos juízes populares, o que incrementa o risco de condenações sem o necessário lastro em provas colhidas sob o contraditório judicial.

Por esse motivo, deve-se submeter a julgamento do Tribunal Popular somente os casos em que se verifiquem a comprovação da materialidade e a existência de indícios suficientes de autoria, nos termos do art. 413, § 1º, do CPP. Dessarte, a primeira fase do procedimento bifásico do Tribunal do Júri exige uma prévia instrução, sob o crivo do contraditório e com a garantia da ampla defesa, perante o juiz togado. (STJ - HC: 731.882 – AM. (2022/0088065-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 04/10/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/11/2022)

Logo, o magistrado não pode se aproveitar da ausência de contraditório e ampla defesa a fim de dificultar a defesa do acusado na fase de conhecimento e condená-lo. O magistrado deve, na realidade, assegurar a defesa de forma ampla e extensiva.

Na mesma linha, o princípio da motivação das decisões judiciais, também denominado de livre consentimento motivado, é um limitador aos poderes instrutórios do juiz, tendo em vista que obriga o magistrado a especificar as razões que motivaram a realização de provas e a conclusão adotada, sob pena de nulidade, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal¹¹³.

Assim, em que pese o julgador possa produzir provas *ex officio*, esta produção não pode ser levada a cabo sem que seja aclarada a sua motivação para tanto, como bem esclarece Patrícia Leite Tavares:

A atividade judicial encontra limites também na obrigatoriedade de fundamentação das decisões. Veja-se, por exemplo, a exigência dos artigos

¹¹³ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

131 do Código de Processo Civil brasileiro e 607, números 3 e 4 do Código de Processo Civil português.

Até o momento da valoração das provas, o juiz colheu informações que o habilitaram a julgar. Mas, para isso, deve explicar, esclarecer que uso fez dessas informações, fundamentando, motivando a sentença, haja vista ter analisado todas as questões de fato e de direito postas pelas partes.

Quando o magistrado vislumbrar a necessidade de produção de prova de ofício, deverá, portanto, indicar as razões que o fizeram decidir pela realização de determinada prova e demonstrar a necessidade da prova. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento, mas sempre vinculado às provas dos autos. Decisão sem fundamentação é nula pleno iure. Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem.¹¹⁴

Do mesmo modo, defende Antônio Dall'agnol nas palavras de Veruska Sayonara de Góis:

Assim, 'entendendo o juiz de tomar a iniciativa em tema de prova, com determinação da produção de alguma (art. 130), deverá expressar as razões por que o faz. Se não o fizer, inválido será o provimento, como o são todas e quaisquer resoluções judiciais destituídas de fundamento'.¹¹⁵

O dever de aclarar a motivação ensejadora da decisão serve também como filtro da imparcialidade do magistrado. Através da motivação, é possível analisar se o juiz está sendo parcial, beneficiando uma das partes, ou se está apenas tentando fazer prevalecer o seu dever de buscar a verdade dos fatos.

Dando prosseguimento, outro limitador à atividade probatória *ex officio* é a vedação do emprego de provas ilícitas e derivadas das ilícitas (teoria do fruto da árvore envenenada), estipulado expressamente no Código de Processo Penal, em seu artigo 157¹¹⁶, bem como na Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI¹¹⁷.

A eliminação da prova originariamente ilícita (ou daquela atingida pelo vício da ilicitude por derivação) se figura como um limitador, visto que o julgador, ao determinar a produção de alguma prova, deve observar os preceitos normativos, sob pena de invalidar ou anular a prova colhida.

¹¹⁴ TAVARES, Patrícia Leite. **Alcance e limites dos poderes instrutórios do juiz no processo civil**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas com menção em Direito Processual Civil). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 82-83.

¹¹⁵ GOIS, Veruska Sayonara de. **Os limites do poder instrutório do magistrado no processo civil**. 2010, apud. Antônio Dall'agnol, *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 142, Vol II, Revista dos Tribunais, 2000 disponível em <http://www.ajuris.kinghost.net/2010/08/16/os-limites-do-poder-instrutorio-do-magistrado-no-processo-civil/>, acesso em 09 abril. 2023.

¹¹⁶ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

¹¹⁷ LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

A título de exemplo, considera-se prova ilícita a quebra de sigilo bancário pela administração tributária sem a devida autorização judicial¹¹⁸. Outrossim, a invasão de domicílio sem suficientes indícios igualmente é tida como prova ilícita.¹¹⁹

No que se refere aos limites anteriormente expostos, Patrícia Leite Tavares pontua outra restrição, especificamente o objeto definido pelos pedidos e pela causa de pedir:

Um dos limites aos poderes instrutórios do juiz está no objeto do processo, definido pelos pedidos e pela causa de pedir. Segundo o artigo 128 do Código de Processo Civil brasileiro, “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. O demandante é quem determina os limites do litígio, não podendo o juiz julgar além, aquém ou fora do que foi requerido pelo autor.

Neste mesmo sentido é o artigo 460: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Perceba-se a preocupação do legislador em impedir que o magistrado decida sobre quesitos que não foram debatidos pelas partes. Caso o juiz aja em sentido contrário, estará se afastando de sua finalidade.

O artigo 5º, número 1 do Novo Código de Processo Civil português também acompanha este entendimento: “Às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas”.

Perceba-se que tais artigos são manifestações do princípio dispositivo, que não pode ser considerado um empecilho à participação ativa do juiz na instrução, mas apenas uma limitação imposta ao juiz em razão da disponibilidade do direito das partes.¹²⁰

Em sentido semelhante, Veruska Sayonara de Góis leciona:

O limite de proposição relaciona-se ao pedido e à causa de pedir, esta se referindo ao conjunto de fundamentos que justificam o pedido: fundamentos fáticos (fatos) e fundamentação jurídica (direito). Essa justificação trata da alegação, descrição e fundamentação jurídica (Wambier et al, ob. cit., p. 118), exigência da teoria da substanciação adotada pelo Código de Processo Civil.

A causa de pedir remete, portanto, ao contexto que referência o pedido, dando-lhe sustentação. A esses elementos, está adstrito o magistrado, limitação que se reflete na possibilidade instrutória (CPC, art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de

¹¹⁸ REsp 1.361.174-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 3/6/2014 – Informativo nº 543.

¹¹⁹ REsp 1.574.681-RS, Rel. Min. Rogério Schiatti Cruz, por unanimidade, julgado em 20/4/2017, DJe 30/5/2017 – Informativo 606.

¹²⁰ TAVARES, Patrícia Leite. **Alcance e limites dos poderes instrutórios do juiz no processo civil**. 2015, Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas com menção em Direito Processual Civil). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 81.

questões não suscitadas, a cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte). A ação é estruturada pelo que é narrado, alegado e pedido. O magistrado, quando utiliza o poder instrutório rutório, deve levar em consideração as limitações impostas pela argumentação das partes, estando proibido de conhecer fatos não trazidos a juízo. 'Princípio 'Princípio dispositivo. Respeito às questões deduzidas em juízo, não podendo o juiz conhecer de matéria a cujo respeito à lei exige a iniciativa da parte. Proposta a ação por iniciativa da parte, o processo se desenvolve por impulso oficial (CPC, art. 262).¹²¹

Observe-se que o juiz tem poderes instrutórios, mas limitados aos fatos e circunstâncias constantes dos autos. Logo, é vedado ao juiz determinar provas estranhas ao objeto da causa ou fora dos parâmetros propostos pelas partes, como, por exemplo, a designação de audiência para oitiva de testemunha que não tenha sido arrolada pelos litigantes, tampouco referida no depoimento de outras testemunhas ouvidas no transcorrer do processo.

É relevante destacar que o objeto da causa é encontrar a verdade dos fatos, razão pela qual o magistrado precisa se pautar na aludida premissa durante sua atividade probatória.

Por tudo isso, resta evidenciado a necessidade de ser encontrado um ponto intermediário entre as posições que defendem e as que são contrárias à atuação *ex officio* do juiz no processo, de modo que se possibilite ao magistrado, sem comprometer sua imparcialidade, exercer funções no âmbito da atividade probatória, ao mesmo tempo em que permaneça o predomínio da gestão da prova sob a responsabilidade dos litigantes.

Dessa forma, corrobora-se com atuação complementar do juiz na atividade instrutória, a qual, com dito, não é ilimitada, afinal, existem balizas intransponíveis à iniciativa oficial, quais sejam, a rigorosa observância do contraditório, bem como a obrigatoriedade de motivação das decisões.

3.3 Poderes instrutórios do juiz e a imparcialidade

Entre os argumentos utilizados pela doutrina dominante contra a iniciativa do juiz na colheita da prova, um dos mais invocados diz respeito a necessidade de ser

¹²¹ GOIS, Veruska Sayonara de. **Os limites do poder instrutório do magistrado no processo civil.** 2010, disponível em <http://www.ajuris.kinghost.net/2010/08/16/os-limites-do-poder-instrutorio-do-magistrado-no-processo-civil/>, acesso em 09 abri. 2023.

mantida a imparcialidade do julgador, que deve conduzir a demanda sem o objetivo de beneficiar a qualquer das partes.

Afinal, em tese, isso não existiria se fosse ao magistrado conferida a possibilidade de decretar a efetivação de um determinado meio probatório, cujo resultado, sabidamente, pudesse favorecer um dos litigantes do processo.

Assim sendo, um magistrado que, não satisfeito com a prova produzida nos autos, sopese, por iniciativa própria, trazer ao feito elementos que entenda como adequados a sanar a controvérsia contida no processo, feriria o princípio da imparcialidade.

Contudo, como visto, em que pese, a princípio, não poder o magistrado agir em substituição das partes, verificando a necessidade de eventual iniciativa probatória, deverá o juiz, necessariamente, possibilitar aos litigantes a produção de contraprova com relação aos elementos obtidos por ele de ofício. Inclusive, não se pode olvidar que a prova produzida pelo juiz de ofício poderá beneficiar a quaisquer das partes, seja a defesa ou a acusação.

Segundo Fernando Capez, a imparcialidade é um pressuposto para a constituição de uma relação processual válida e significa que o magistrado se coloca entre as partes e acima delas, sem atuar em nome próprio ou em conflito de interesses com os litigantes.¹²²

Na mesma linha, Rubens R. R. Casara defende que o juiz imparcial é aquele que “não tenha interesse direto na resolução do caso penal ou comprometimento direto com uma das teses esgrimadas em juízo”.¹²³

Além disso, com relação ao respeito à imparcialidade, os juízes devem estar atentos às hipóteses de impedimento (incapacidade objetiva) e de suspensão (incapacidade subjetiva), situações estas devidamente preconizadas no Código de Processo Penal.

As causas de impedimento estão arroladas no artigo 252 do CPP, referindo-se às circunstâncias específicas e determinadas que conferem a presunção absoluta (*jure et jure*) de parcialidade¹²⁴:

¹²² CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 19ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 225

¹²³ CASARA, Rubens Roberto R. **Mitologia processual penal**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502626034. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626034/>. Acesso em: 28 jul. 2022.

¹²⁴ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9788530992767. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>. Acesso em: 31 jul. 2022.

- I – tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;
- II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;
- III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;
- IV – ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito.

Por outro lado, as causas de suspensão estão arroladas no artigo 254 do CPP, refletindo situações exemplificativas de comprometimento pessoal do juiz com a questão discutida no processo ou com as partes¹²⁵:

- I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;
- II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;
- III – se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;
- IV – se tiver aconselhado qualquer das partes;
- V – se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;
- VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo

Assim, infere-se que o magistrado no processo penal não deve ter o escopo de acusar ou defender o acusado, absorvendo os interesses das partes, sob pena de ensejar a aparência de falta de imparcialidade.¹²⁶

Entretanto, como já dito, a imparcialidade não pode ser confundida com neutralidade.

Notadamente, a neutralidade é sinônimo de ausência de valores¹²⁷. O juiz neutro seria aquele carente de qualquer conteúdo político-ideológico, sem vinculação com os problemas da comunidade, além de desprovido de juízos próprios. Isto é, “uma máquina automática na qual por cima se introduzam os fatos e por baixos se retiram as sentenças”.¹²⁸

¹²⁵ *Ibidem*

¹²⁶ GIACOMOLLI, Nereu J. **O Devido Processo Penal**, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2016. 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 28 jul. 2022, p. 272.

¹²⁷ CASARA, Rubens Roberto R. **Mitologia processual penal**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502626034. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626034/>. Acesso em: 29 jul. 2022.

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

A imparcialidade definitivamente não é sinônimo de omissão quanto ao processo judicial.

No mais, a imparcialidade não se confunde, tampouco inclui indiferença no que diz respeito aos valores políticos e sociais da sociedade, razão pela qual o julgador não pode, se apoiando na vertente da imparcialidade, ser indiferente aos dilemas, anseios e desigualdades da sociedade.

Como bem destaca Cândido Rangel Dinamarco¹²⁹, “o erro consiste em esquecer que o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e dos problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo”. O citado doutrinador ainda acrescenta que:

um dos grandes serviços que o processualista prestou ao direito e à justiça nas últimas décadas foi a enérgica afirmação do comprometimento axiológico das instituições processuais: ele repensou o significado e a medida da indiferença inicial a que obrigado o juiz, o qual, na realidade precisa estar iluminado pela visão dos resultados sócio-econômicos e políticos a que sua decisão irá produzir.¹³⁰

Uma conduta totalmente neutra por parte do julgador caminha no sentido inverso de um processo que seja justo, objetivo buscado pelo princípio da imparcialidade, como bem destacado por Caio Henrique Lopes Ramiro:

Uma conduta, totalmente neutra, pode ser considerada um tanto quanto perigosa, no sentido de os julgadores cometerem inúmeras injustiças, apenas declarando o direito preexistente, um direito emanado do Estado em que uma minoria, detém o poder de legislar. O direito, que para muitos deve ser apenas declarado pelo julgador, mostra-se como um instrumento hegemônico, para garantia dos interesses de uma minoria detentora do poder, sobretudo econômico.

(...)

Portanto, a neutralidade total do julgador, não querendo enxergar os conflitos sociais, não querendo enxergar até mesmo a falta de neutralidade da lei, do direito burguês posto se mostra como uma patologia e é um óbice para se conseguir alcançar a democracia e uma sociedade efetivamente mais justa.

(...)

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

¹³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

Não devem os julgadores se escusar de sua maior tarefa, qual seja, a de distribuir a justiça, pois, eles é que devem pugnar por uma sociedade mais justa e democrática.¹³¹

O ideal de neutralidade indica uma vertente exegética do positivismo ultrapassada, a qual não se vincula à proposta democrática de Direito, tampouco com os ideais do moderno sistema processual.

O legislador, no art. 489, §1º, II, do Código de Processo Civil de 2015¹³², considera infundada a decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que utiliza conceitos jurídicos indeterminados, não aclarando a razão concreta de sua incidência no caso. Isto é, o juiz não é mero aplicador da lei, sem quaisquer sentimentos e anseios.

E na mesma linha, o CPC/15 exige, em seu art. 8º, que o magistrado ao decidir observe os fins sociais e as exigências do bem comum para que seja protegida e promovida a dignidade da pessoa humana.

Infere-se que na concepção do legislador, o julgador deve analisar as questões de fato e de direito, de forma crítica, enxergando os conflitos e desigualdades sociais existentes no processo.

Assim, o juiz não pode absorver os interesses das partes, mas, na realidade, precisa preservar os direitos destas, tal como salientam Frederico Valdez Pereira e Douglas Fischer:

(...) em verdade, no dever de os Estados partes de adotar todas as providências necessárias e adequadas para a apuração dos fatos ilícitos cometidos (obrigação de meio), sempre respeitando-se (busca do equilíbrio) os direitos fundamentais dos investigados/processados (obrigações de resultado). A finalidade é demonstrar que os precedentes reconhecem de forma muito clara e unânime que, no âmbito da proteção dos direitos humanos (com repercussões obviamente no âmbito das investigações e processamento penal dos eventuais infratores), é fundamental considerar

¹³¹ RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Imparcialidade e neutralidade: identidade?** Disponível em: <chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcgglefindhmkaj/https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25405-25407-1-PB.pdf>. Acesso em 25 jun. 2022

¹³² Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que

(...)

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

também o plexo de garantias protegidos das vítimas e da coletividade em geral.¹³³

Feitas tais considerações, pergunta-se: a inércia do julgador, quanto à produção de provas, significa imparcialidade ou neutralidade?

A objeção à produção de provas de ofício pelo juiz representa um apego ao ultrapassado conceito que o magistrado precisa ser neutro a fim de que seja imparcial, não se coadunando com a ideia democrática do Estado brasileiro.

Nesse ponto, enfatiza Dinamarco:

Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo –, eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar. Entram aí as convicções sociopolíticas do juiz, que não de refletem as aspirações da própria sociedade; o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos particulares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito. O juiz moderno compreende que só se lhe exige imparcialidade no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladora de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a indiferença¹³⁴

Assim sendo, o magistrado, dentro do seu dever quanto à sociedade e às partes envolvidas no processo, precisa, sim, assumir a iniciativa probatória nas hipóteses em que as circunstâncias do caso concreto assim determinarem, sob pena de tornar-se neutro e até omissivo.

Até mesmo porque, não se pode olvidar que a eventual ingerência do juiz com relação ao material probatório do processo não o tornaria parcial, mas, ao contrário, seria o magistrado parcial na conjectura de ficar inerte, mesmo observando que as provas produzidas no feito não permitem uma devida conclusão com relação às questões controversas existentes na lide.

Acerca do tema, Rui Portanova defende que “na busca da verdade real, o juiz não está favorecendo diretamente uma ou outra parte. A inércia judicial sim, seria

¹³³ PEREIRA, Frederico Valdez e FISCHER, Douglas. **As obrigações processuais penais positivas:** Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019, p. 60.

¹³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 239.

favorecimento. Pela prova há a revelação processual da verdade e este, pelo menos, deve ser o interesse das partes e da sociedade".¹³⁵

Na mesma linha, Humberto Theodoro Júnior argumenta que não macula a imparcialidade do juiz à iniciativa da prova, desde que realizada com o escopo de possibilitar a instrução processual imprescindível à revelação da verdade em torno das circunstâncias controvertidas no processo, bem como a observância das regras de avaliação da prova e de critérios de motivação do seu convencimento.¹³⁶

Sob esse prisma, destaca-se que a iniciativa probatória do juiz não colocaria em xeque a sua imparcialidade, afinal, o julgador não tem condições de, como já dito, previamente saber qual parte será beneficiada pelo respectivo resultado da prova determinada de ofício.

Não está de acordo com os desígnios da imparcialidade, tampouco pode-se corroborar, o juiz se manter omissivo diante de uma instrução processual que se mostre precária, haja vista que não é possível proferir uma decisão justa (e de acordo com a verdade), agindo desse modo. Acerca do tema, destaca-se as lições de Francesco Chimenti:

Se as partes não conseguem levar as provas dos fatos para o processo e se estão nas mãos do juiz, ao seu alcance fazê-lo, não se vê as razões, por mais contundentes e escolásticas que sejam, de não o fazer ou capazes de impedir o magistrado de conduzi-las no processo.¹³⁷

A instrução malfeita muitas vezes beneficia aqueles que possuem mais recursos financeiros e conhecimentos técnicos. Logo, a postura ativa do juiz desponta como instrumento para atingir a igualdade entre as partes, sem prejuízo dos anseios da sociedade em resguardar os direitos substanciais. Assim leciona Ada Grinover:

A visão do estado social não admite a posição passiva e conformista do juiz. Pautada por princípios essencialmente individualistas. O processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito. A pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte.

¹³⁵ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 207.

¹³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1, 57.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 156.

¹³⁷ CHIMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material**: teoria da prova, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 40-41.

A iniciativa oficial no campo da prova, por outro lado, não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende oportuno voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimentos do perito, ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção. Longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos. Ao juiz não importa que vença autor o réu, mas interessa que saia vencedor aquele que tem razão. Ainda que não atina a verdade completa.¹³⁸

Não se pode aceitar um juiz que seja absolutamente inerte, como se o Estado não tivesse interesse de alcançar um resultado correto na solução do processo a ele submetido, mesmo que verificável a eventual deficiência da atividade probatória de uma das partes.

A produção de provas de ofício tem por objetivo auxiliar o magistrado na formação do seu convencimento e na busca da verdade. O juiz não ficará, portanto, restrito às provas requeridas pelas partes nas hipóteses de tais elementos não permitirem a adequada decisão do feito. Afinal, o magistrado tem autonomia para inteirar-se melhor dos acontecimentos que deram origem ao litígio.

Nesse ponto, necessário salientar que a escassez de provas da acusação permitiria a absolvição do réu, podendo assim ele se eximir de uma possível condenação/punição justa.

O apontamento exposto rebate uma das teses defendidas por Gustavo Badaró¹³⁹, que assevera que a possibilidade de uma decisão desfavorável por conta da não observância do ônus da prova, com efeito, exerceria uma pressão psicológica, de modo a instigar as partes a buscarem os meios probatórios, a fim de defenderem os fatos que lhe são interessantes e hábeis a ensejar uma sentença favorável.

Deve-se, todavia, observar que o acusado pode ter eventual receio de receber uma sanção judicial, porque nem sempre ele possui os meios financeiros e técnicos para exercer o direito à prova, em sua plenitude, evitando, assim, uma condenação injusta.

Com esse entendimento, é um imperativo constitucional (nos termos do artigo 144, caput, da CF) que o julgador faça a devida investigação da conduta ilegal, com

¹³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio da oportunidade. Relações entre o juiz e Ministério Público – Seus limites.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 40, out./dez. 2002.

¹³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** 6. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 54.

respeito aos direitos dos acusados e, quando aplicável, leve a cabo a devida punição aos responsáveis.

Deste modo, o dever do magistrado de perseguir a verdade das versões apresentadas pelas partes, bem como o seu olhar cuidadoso à luz das peculiaridades do caso concreto, mesmo que isso implique em produzir provas de ofício, não pode ser interpretada como violação ao princípio da imparcialidade.

Aury Lopes Jr, ao lecionar sobre a questão da atribuição de poderes instrutórios aos juízes, posiciona-se de modo bastante crítico ao tema. Segundo o referido autor, a atuação do juiz na produção probatória conduz o processo a um sistema inquisitório, pois o sistema acusatório não se concretiza apenas com a separação inicial das atividades de acusação e julgamento:

De nada basta uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação, se depois, ao longo do procedimento, permitirmos que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora.¹⁴⁰

O mencionado autor aduz que, ao assumir postura ativa na iniciativa probatória por meio de seus poderes instrutórios, o magistrado causa embaraços ao princípio da imparcialidade, o qual é um pressuposto essencial para o sistema acusatório.

Portanto, ao adotar postura bastante rígida acerca dos poderes instrutórios conferidos ao juiz, Lopes Jr. enxerga que, somente ao se apartar da atividade probatória, o magistrado pode ter condições concretas de valorar o conjunto probatório e, por consequência, concretizar o sistema acusatório essencial ao Estado Democrático de Direito.

De toda forma, respeitando as posições contrárias, entende-se que, esgotados os meios probatórios trazidos pelas partes e, ainda, remanescendo dúvida ao magistrado quanto à questão controvertida nos autos, necessário que ele determine a produção das provas que ponderar como pertinentes e razoáveis para a efetiva apuração do fato criminoso.

Logo, o que se pondera é que atuação do magistrado, em relação à produção probatória, deve se dar de modo supletivo, complementar e subsidiário,

¹⁴⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

razão pela qual não pode o juiz simplesmente atuar em substituição dos litigantes do processo judicial.

Nesse sentido, deve o juiz agir com imparcialidade, possibilitando que as partes litigantes se manifestem com relação às provas obtidas por ele de ofício. Inclusive, importante reiterar que a prova produzida ex officio poderá beneficiar a quaisquer das partes, seja a defesa ou a acusação.

Desta forma, considerando que o objetivo da persecução criminal é obter a verdade dos fatos, o magistrado, com o intuito de buscar a solução mais justa para o processo, tem o poder/dever de determinar, na hipótese de inércia das partes, a produção de provas. É dizer, de determinar que sejam trazidos aos autos do processo novos elementos que tenham condições de influenciar no seu convencimento, devendo, porém, ser oportunizando que as partes possam controverter o material probatório produzido.

3.4 O possível impacto do juiz de garantias

A Lei n. 13.964/19, denominada Pacote Anticrime, introduziu ao Código de Processo Penal a figura do juiz de garantias. Essa autoridade judicial controla a legalidade da investigação criminal e garante os direitos individuais das partes envolvidas (vide art. 3-B).

Contextualizando a questão, muito se discute acerca da eventual contaminação do juiz que atua na fase de investigação e, em um momento seguinte, julga o processo com base nas provas que são produzidas nessa mesma fase preliminar. Afinal, esse magistrado, a partir do momento que teve contato com as provas produzidas no transcorrer do inquérito policial, não conseguiria, após isso, agir de maneira isenta, sem ser persuadido com os elementos probatórios apresentados sem o crivo do contraditório.

Nesse cenário, sopesou-se a necessidade de resolver tal situação, ponderando a existência de um juiz com atuação específica na fase preliminar do processo, magistrado este que não teria contato com a fase posterior da demanda. Surgiu, assim, a figura e a atribuição do chamado juiz das garantias, o qual é responsável pelas decisões durante o processo de investigação, antes, assim, do efetivo julgamento do litígio.

Segundo ensinamentos de Renato Brasileiro de Lima, a ideia do juiz de garantias “consiste, pois, na outorga exclusiva, a um determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase investigatória da persecução penal, o qual ficará, na sequência, impedido de funcionar no processo judicial desse mesmo caso penal”¹⁴¹.

Pois bem, em que pese a decisão do min. Luiz Fux, proferida em 22.1.2020, nos autos da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.298, que suspendeu a eficácia dos art. 3ªA a 3º-F do Código de Processo Penal, todos relacionados à nova figura do juiz das garantias, é necessário analisar os possíveis efeitos dos poderes instrutórios do juiz no processo penal, assim como no ativismo judicial.

Cumprido destacar que, como dito, o aludido projeto busca separar o juiz da investigação do juiz da causa, de modo a, conseqüentemente, assegurar a imparcialidade no processo penal, possibilitando a proteção aos fundamentos do ordenamento jurídico.

Atualmente, um mesmo juiz participa da fase de inquérito e profere a sentença, uma vez que foi o primeiro a tomar conhecimento do fato. Com as mudanças propostas pelo Pacote Anticrime, cabe ao juiz das garantias atuar na fase da investigação e ao juiz do processo julgar o caso.

Nesse cenário, o juiz de garantias ficará responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal, valendo destacar que a sua competência findará com a citação da parte acusada (na hipótese de recebimento da queixa ou denúncia), ou, a depender da circunstância, com a absolvição sumária. Logo, não havendo a absolvição sumária do réu, os autos serão enviados para o juiz instrutor, o qual designará a audiência.

Importante destacar que questões eventualmente pendentes serão decididas, nesse momento, pelo juiz instrutor, salientando-se que as decisões pronunciadas pelo juiz das garantias não o vinculam. Inclusive, após o recebimento da denúncia ou queixa, o magistrado instrutor deverá reexaminar, no prazo máximo de 10 (dez) dias, a necessidade das eventuais medidas cautelares anteriormente deferidas.

¹⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 114.

Veja-se, portanto, que a instituição da figura do juiz de garantias separa a atuação do magistrado no processo do magistrado que atua na fase investigatória, com o objetivo de manter a imparcialidade de quem vai julgar o caso.

Parte-se, assim, do pressuposto de que não existiria a possibilidade de manter a imparcialidade se o julgador de mérito também tenha atuado na fase de investigação preliminar. Afinal, já no momento do recebimento da denúncia ou da eventual decretação de medida cautelar, exemplificativamente, haveria a possível exteriorização de entendimento inicial do magistrado acerca da culpa do acusado tão somente pelos fatos trazidos no bojo da acusação.

Assim sendo, no momento que o juiz tem o contato inicial com a tese de defesa, criar-se-ia uma relação antagônica com a sua convicção primeva, fazendo com que fosse construída uma dissonância cognitiva apta a ocasionar a procura pela confirmação daquela ideia inicial.

O magistrado, notadamente, já ingressaria no processo contaminado por conta dos pré-julgamentos que é levado a realizar no momento da investigação preliminar, de modo que não possuiria o nível de isenção indispensável para gerir toda a fase de instrução processual, bem como os debates das partes e, derradeiramente, ainda proferir um julgamento em forma de sentença.

Com efeito, havendo um juiz específico que seja responsável pela fase de investigação, o magistrado que proferirá decisão meritória não terá pronunciado decisões cautelares anteriores, ou seja, não terá contato com os elementos de informação trazidos aos autos sem contraditório e ampla defesa, bem como não terá tido contato com a investigação preliminar.

É dizer, evidencia-se que o objetivo dessa medida é obstar, ou reduzir, o risco de que sejam formados entendimentos prévios por parte do magistrado, em qualquer sentido, na fase preliminar de investigação.

Logo, o juiz do mérito se distancia do fato que será julgado, bem como das próprias partes, possibilitando, assim, potencializar a imparcialidade do julgador. Afinal, atualmente, qualquer ato decisório pelo magistrado, no transcorrer da fase investigatória, torna-o prevento para prosseguir no processo até o seu julgamento final.

Acerca do tema, leciona Renato Brasileiro de Lima:

A inovação introduzida pela Lei n. 13.964/2019 guarda relação, portanto, com o reconhecimento explícito, por parte da legislação processual penal, do entendimento de que não há condições mínimas de imparcialidade num processo penal que autoriza que o mesmo julgador que interveio na fase investigatória tenha competência, mais adiante, para apreciar o mérito da imputação, condenando ou absolvendo o acusado. Ou seja, diante de possíveis prejuízos causados à imparcialidade do magistrado decorrentes do contato que teve com os elementos informativos produzidos na investigação preliminar, e as tomadas de decisões que teve que fazer, decretando, por exemplo, medidas cautelares pessoais, o que se está a buscar com a nova figura do juiz das garantias é o seu afastamento definitivo da fase processual, preservando-se, assim, sua imparcialidade para o julgamento do feito sem quaisquer pré-julgamentos, para que possa, enfim, adentrar o julgamento do feito sem amarras que possam comprometer sua imparcialidade, deixando de ser, assim, um terceiro involuntariamente manipulado no processo. Trata-se, pois, de uma verdadeira espécie de blindagem da garantia da imparcialidade.¹⁴²

A Lei n. 13.964/19 busca instituir expressamente o sistema acusatório no Código de Processo Penal e acabar com a discussão doutrinária sobre qual sistema penal nosso ordenamento adota, como infere-se das palavras de Fabiano Silveira, um dos membros da comissão redatora da reforma do CPP:

O juiz das garantias está na essência do sistema acusatório desenhado no PLS nº 156 de 2009. Um é a imagem refletida do outro. Chego a dizer que a separação e a especialização do agente judicial no tocante às fases da investigação e do processo representam a etapa de maior refinamento e de afirmação do sistema acusatório.¹⁴³

Nessa linha, o art. 3-A tem a seguinte literalidade: “o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

A primeira parte da norma veda a iniciativa probatória *ex officio* por parte do juiz criminal no curso da investigação preliminar. Portanto, o magistrado não pode determinar a realização de atividades investigativas sem solicitação expressa da autoridade policial ou do Ministério Público.¹⁴⁴

¹⁴² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 115.

¹⁴³ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do código de processo penal**. Processo Penal, Constituição e Crítica - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

¹⁴⁴ SIQUEIRA, Eduardo Francisco de e MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O pacote anticrime e o art. 3º-A do CPP**: a posição do juiz no sistema acusatório, o movimento de reforma (ainda que parcial) e a contrarreforma. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/460-Texto%20do%20Artigo-340340798-2-10-20201231.pdf>, acesso em 09 abr. 2023.

Por essa lógica, alguns dispositivos legais do Código de Processo Penal teriam sido revogados expressamente por serem incompatíveis aos termos da Lei n. 13.964/19, tais como os artigos 127 e 156.

A segunda parte do art. 3º-A do CPP obsta que o juiz da fase processual possa a vir se substituir nas funções específicas do órgão de acusação.

Nesse contexto, defende-se que mesmo com a reforma, ao juiz é permitido a iniciativa probatória *pro reo*, nos termos do art. 156, II, do CPP, tendo em vista que o art. 3-A utiliza-se da expressão “funções da acusação”, sem abranger a vedação as funções da defesa.

Tanto é que a requisição pelo magistrado de documentos, laudos e informações à autoridade policial e a instauração do incidente de sanidade mental, ambas condutas permitidas pelo novo art. 3º-B do Código de Processo Penal, podem resultar na produção de prova favorável ao investigado, confirmando a suspeita de inocência ou atestando a incapacidade mental¹⁴⁵.

Nesse sentido, o texto legal do art. 3-B do CPP prevê que a atuação do juiz no âmbito da fase de investigação será eventual, limitando-se a controlar as investigações, bem como garantir os direitos fundamentais, competindo-lhe especialmente:

- I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do caput do art. 5º da Constituição Federal;
- II - receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão, observado o disposto no art. 310 deste Código;
- III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo;
- IV - ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal;
- V - decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar, observado o disposto no § 1º deste artigo;
- VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;
- VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;
- VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em vista das razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no § 2º deste artigo;
- IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

¹⁴⁵ GARCIA, Alessandra Dias. **O juiz das garantias e a investigação criminal**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 155.

X - requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação;
 XI - decidir sobre os requerimentos de:
 a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação;
 b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico;
 c) busca e apreensão domiciliar;
 d) acesso a informações sigilosas;
 e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado;
 XII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia;
 XIII - determinar a instauração de incidente de insanidade mental;
 XIV - decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;
 XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento;
 XVI - deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia;
 XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;
 XVIII - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

Contudo, o artigo 3-B do CPP abre brechas para atuação de ofício durante a fase investigatória, como bem pontua José Laurindo de Souza Netto:

Dentre os 27 incisos do novo art. 3º-B do Código de Processo Penal, chama-se a atenção para algumas das competências do Juiz das Garantias, a saber: i) poder determinar, a qualquer tempo, que o preso seja conduzido à sua presença (inc. II); ii) prorrogar ou revogar a prisão provisória (inc. VI); iii) determinar o trancamento do inquérito policial (inc. IX); iv) requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação (inc. X); e v) determinar a instauração do incidente de insanidade mental (inc. XIII).

O que se retira da leitura desses incisos, sem meias palavras, é que o Juiz das Garantias goza da possibilidade de agir de ofício para trazer o preso à sua presença, prorrogar ou revogar prisões provisórias, trancar o inquérito policial, requisitar documentos e instaurar incidente de insanidade mental.¹⁴⁶

Além das incongruências apontadas, Larissa Marila Serrano da Silva, em sua dissertação de mestrado, alerta que as vedações e causas de impedimentos em desfavor do juiz das garantias não são aplicadas ao juiz de conhecimento:

Como exposto, apesar de zelar pela imparcialidade do juiz, o anteprojeto apresenta uma possível incoerência, uma vez que nada impede que as questões que são dadas por competência ao juiz das garantias possam ser

¹⁴⁶ NETTO, José Laurindo de Souza. **Lei Anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório**. Disponível em <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/170/139>. Acesso em 09 abr. 2023

apreciadas pelo juiz que irá julgar a ação penal, se forem trazidas após a propositura da ação.

Explica-se, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do artigo 15, como a competência do juiz das garantias se esvai com a propositura da ação penal, “as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo”. Ademais, a decisão proferida pelo juiz das garantias não vincula o juiz da causa, podendo este “reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso”.

Observa-se que o juiz da causa pode decidir medidas cautelares ou rever a decisão proferida pelo juiz das garantias e que, nem por isso, sua imparcialidade estaria prejudicada, pois continuará competente para julgar o caso.

Destarte, a crítica que Andrade (2011) apresenta é que se considera contaminado para posterior julgamento o juiz que determina uma medida cautelar na fase de investigação preliminar, contudo, não se impõe igual tratamento ao magistrado que adota semelhante providência durante a fase processual.¹⁴⁷

Observa-se, assim, que todo o cuidado que o projeto tem com a imparcialidade e a colheita de provas perde o sentido após a propositura da ação.

Dá-se a falsa impressão, no Pacote Anticrime, de que os poderes instrutórios do magistrado estão associados apenas à chamada “fase instrutória” do processo de conhecimento, conceito este ultrapassado.

O exercício dos poderes instrutórios do magistrado, inobstante à sua nomenclatura, abarca todo e qualquer ato vinculado à cognição do juiz, até mesmo na execução da pena. Tanto é que cabe ao juiz de conhecimento dar continuidade as questões pendentes e não analisadas na fase instrutória.

Feitas tais considerações, surgem dois questionamentos:

PRIMEIRO: se ao juiz das garantias é recomendado adotar um perfil de “defensor” do investigado, podendo produzir prova em seu favor, por que o Pacote Anticrime não legitima o ativismo judicial?

Pois, conforme visto nos capítulos anteriores do presente trabalho, o ativismo judicial é conceituado como uma postura mais intensa e ampla do Poder Judiciário na resolução da lide, bem como a consolidação dos valores e fins constitucionais.

O ativismo judicial surge quando o magistrado percebe que a parte hipossuficiente, ora acusado, precisa ser tratada de modo diferenciado e justo, a fim de garantir-lhe justiça. Isto é, conceder ao réu mecanismos extensos e amplos para se defender.

¹⁴⁷ SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A construção do juiz das garantias no Brasil: A superação da tradição inquisitória**. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012, p.83.

O Pacote Anticrime institui a possibilidade de o magistrado assumir a posição de “defensor” em determinadas hipóteses, justamente para resguardar os direitos mínimos do acusado.

Assim sendo, a figura do juiz das garantias legitima o ativismo judicial, tendo em vista que possui motivação semelhante àquela usada para justificá-lo.

E, o SEGUNDO questionamento: o Pacote Anticrime se mostra eficaz para evitar a produção de provas *ex officio* e garantir a imparcialidade do magistrado?

Nesse ponto, salienta-se que a Lei n. 13.964/19 mostra-se eficaz para coibir que o julgador assuma a “posição de acusação”, que produza provas que prejudique o acusado. Contudo, ainda permite que o juiz produza provas para beneficiar a defesa, conforme demonstrado.

Considerando a questão da imparcialidade, o Pacote Anticrime reprime os ruídos de parcialidade do magistrado na fase instrutória, mas não se mostra eficaz quanto à análise do processo como um todo.

Isso porque as decisões do juiz de garantias não vinculam o juiz do processo, bem como as novas causas de impedimentos que se aplicam ao juiz de garantia não se aplicam ao juiz do processo.

De toda forma, destaca-se que a criação do instituto do juiz de garantias teve o objetivo de evitar que o magistrado, que irá sentenciar o processo, possa vir a contaminar-se com as provas e elementos de informações produzidos na fase preliminar do processo, possibilitando a garantia de uma maior imparcialidade do juiz, a qual se mostra imprescindível para a concretização do devido processo legal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ativismo judicial está relacionado com o comportamento dos magistrados, especificamente com a existência de postura que ultrapassa a atuação puramente técnica e judicial, pautando-se na ideia de que o juiz atua a partir do argumento de defesa da ética, com o objetivo de assegurar direitos, bem como o próprio funcionamento da sociedade.

Até porque o juiz não pode faltar com o dever de buscar a verdade dos fatos para proferir uma determinada decisão.

A busca por um processo tido como justo não convive com a inércia de qualquer sujeito da relação jurídica processual. Inclusive, a iniciativa probatória levada a cabo pelo magistrado poderá reforçar a tese da acusação, mas, sob outro prisma, favorecerá a tese defensiva do acusado.

Não se olvida que há vários doutrinadores que possuem o entendimento de que o juiz precisa figurar no processo como mero espectador, absolutamente desinteressado no deslinde da demanda. Porém, esta ideia afasta a vinculação do Direito com a Justiça e a figura do magistrado distante e desinteressado, definitivamente, não acolhe os anseios da sociedade (bem como do Processo Penal), de modo que a imparcialidade não pode ser confundida com a omissão.

O juiz deve perseguir a verdade dos fatos com o objetivo de possibilitar um julgamento justo ao processo, de modo que uma ativa participação do magistrado, no transcorrer da demanda, é fundamental a fim de que se garanta a efetiva igualdade entre as partes.

Por outro lado, a existência de poderes instrutórios amplos ao magistrado, em que a sua atuação ocorre de maneira ilimitada, agindo como se parte fosse e com interesses pessoais no caso concreto, acaba, conseqüentemente, ferindo o sistema acusatório.

Entretanto, a ocorrência de poderes instrutórios, limitados e complementares à atuação das partes, com o objetivo de aclarar questões relevantes do caso, não ferem o modelo acusatório. Veja-se que, no processo judicial, a maneira pela qual se busca conferir elementos suficientes para formação da convicção do julgador, no que diz respeito à verdade dos fatos, é por meio da prova.

Nesse cenário, a iniciativa instrutória do juiz tem o condão de possibilitar a complementação da instrução processual, preenchendo eventuais lacunas decorrentes do esforço probatório das partes, devendo ser observado, ainda, que a complementação probatória de ofício é manifesta como hipótese de mecanismo auxiliar do exercício apurado da função jurisdicional.

Além disso, os poderes instrutórios de ofício por parte do magistrado não poderão ser lavados a cabo na fase investigatória, devendo, sim, tais poderes serem utilizados nas fases processuais. Com efeito, quando o juiz for utilizar-se dos poderes instrutórios, pondera-se como necessário que a decisão proferida seja devidamente fundamentada a fim de que restem esclarecidos o motivo da determinação da produção probatória, bem como aquilo que ela tem o objetivo de elucidar.

Outrossim, imprescindível que seja oportunizado o contraditório às partes, devendo elas participarem da produção da prova e se manifestarem com relação ao resultado obtido. Tudo isso em prol do necessário atendimento ao devido processo legal e ampla defesa. É dizer que, o juiz poderá atuar de ofício, porém, observando a necessária fundamentação jurídica, sem prejuízo de conferir o contraditório das partes litigantes.

Tendo em vista que a atividade jurisdicional tem como propósito a consolidação de um processo equânime e justo, defende-se o ativismo judicial no sentido de concretizar e obter a efetiva tutela jurisdicional, mesmo que para isso o magistrado precise valer-se de seu poder instrutório, agindo de ofício no que tange à produção probatória.

Veja-se que não há como crer que um magistrado adote postura totalmente passiva com relação à atividade probatória das partes, considerando, ainda, as desigualdades sociais que reverberam no âmbito criminal. Inclusive, não se pode deixar de reiterar que a produção de prova, levada a cabo de ofício pelo juiz, tanto pode reforçar a tese do autor da demanda penal, como, pelo contrário, beneficiar os interesses da parte acusada.

Cumprе salientar que produzir prova de ofício não significa dizer que o juiz irá substituir a acusação, nem mesmo que o magistrado precisa ser inerte no transcorrer da produção probatória.

Assevera-se que a iniciativa probatória *ex officio* do juiz deve limitar-se ao esclarecimento de pontos duvidosos ou questões que sejam relevantes, considerando o

fato de que se mostraria desnecessário e/ou ineficiente a tomada de decisão pautando-se em material precário trazido aos autos.

Deve ser observado que o Estado necessita de maior eficiência na produção probatória, com o objetivo de garantir o cumprimento das leis e, por conseguinte, assegurar a paz social. Não se podendo olvidar que a finalidade da prova no processo penal é, dentro das possibilidades (e da legalidade), ensejar a absolvição ou condenação da parte ré.

De rigor, portanto, que o magistrado estimule o contraditório sempre que se mostrar necessário, tendo em vista que, caso contrário, estar-se-á, na maioria das hipóteses, sob o risco de absolvição por insuficiência de provas, o que consequentemente favoreceria a impunidade daqueles que atentam contra os seus semelhantes.

Ainda assim, ressalta-se que o poder instrutório do juiz tem o objetivo de dirimir a dúvida relevante, existente mesmo após a produção das provas requeridas pelas partes.

A nova prova, produzida de ofício pelo magistrado, tem, em tese, a capacidade de suprir totalmente a dúvida, seja no sentido de condenar, seja no sentido de absolver o acusado. Razão pela qual, na hipótese de a dúvida persistir, mostra-se imperiosa a absolvição do réu, à luz do princípio do *in dubio pro reo*.

O que se espera, portanto, é que, dentro de certos limites, possa o magistrado atuar de ofício no processo em si, garantindo que esse se transforme num instrumento que sirva aos interesses do conflito.

De toda forma, tal como em todas as decisões de mérito proferidas no transcorrer do processo, o juiz deve motivar a imprescindibilidade da nova prova que pretende produzir.

Por tudo isso, entende-se como necessário que a atividade probatória seja, sobretudo, produzida pelas partes. Todavia, na hipótese de o magistrado verificar a necessidade de produção de alguma prova relevante, não explorada pelos litigantes, deverá atuar de ofício, complementarmente, a fim de determinar a sua realização, sempre tomando como base a devida fundamentação legal, de modo que, realizada tal prova, seja ela submetida ao contraditório para que as partes possam se manifestar sobre ela.

Afinal, como dito, tendo-se em mente o empenho em se buscar o melhor em benefício do interesse público, o objetivo da prova no processo penal sempre será o de absolver a parte inocente e condenar a culpada.

Dessa forma, o ativismo probatório judicial deve ser prestigiado a fim de possibilitar, de maneira complementar à atuação das partes, uma prestação jurisdicional mais justa, valendo avaliar, por outro lado, a necessidade de que sejam estabelecidos limites para que não haja ofensa à imparcialidade do magistrado no momento do proferimento da sentença.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. **Da prova no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2008

AVENA, Norberto. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. 9788530992767. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992767/>. Acesso em: 31 jul. 2022.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Antonio Fabris, 1989.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 6ª ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual** – Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **O juiz e a prova**. In: Revista de Processo, nº 35. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, jan./dez. 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BONFADA DE MATTOS, Luis Guilherme. **O Papel do Juiz no Moderno Processo Penal Constitucional e a (In) aplicabilidade do Princípio da Verdade Real**.

BOMFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Presidência da República. Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm#:~:text=O%20juiz%20das%20garantias%20dever%C3%A1,Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico. Acesso em 08 abr. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CASARA, Rubens Roberto R. **Mitologia processual penal**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502626034. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502626034/>. Acesso em: 28 jul. 2022.

CASTRO, Daniel Penteado de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica**. São Paulo, Saraiva, 2013.

CHIMENTI, Francesco. **O processo penal e a verdade material: teoria da prova**, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CHORÃO, Mario Emílio Forte Bigotte. **Temas fundamentais de direito**. Coimbra, Almedina, 1991.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2007

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Resolução nº 60, de 19 de setembro de 2018. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_60_19092008_11102012174108.pdf. Acesso em 09 abr. 2023

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro**. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná, n. 28, 1999.

_____. **O papel do novo juiz no processo penal**. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>, acesso em 08 abr. 2023

CROSS, Frank; LINDQUIST, Stefanie. **The scientific study of judicial activism**. Minnesota Law Review, Forthcoming; Vanderbilt Law and Economics Research Paper, n. 06-23; University of Texas Law, Law and Economics Research Paper, n. 93.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias processuais nos recursos criminais**. São Paulo: Atlas, 2002.

DEFINIQUE, Édouard Bonnier, *Traité Théorique et Pratique des Preuves en Droit Civil et en Droit Criminel*. 2 ed. Paris: Auguste Durand Libraire, 1852.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FARIA, Flávia. GARCIA, Guilherme. Uma em cada três decisões judiciais em segunda instância é alterada no STJ. **Folha de São Paulo**, 17 out. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/10/uma-em-cada-tres-decisoes-judiciais-em-segunda-instancia-e-alterada-no-stj.shtml> Acesso em: 4 jul. 2022

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, Alessandra Dias. **O juiz das garantias e a investigação criminal**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu J. **O Devido Processo Penal**, 3ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2016. 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 28 jul. 2022, p. 272.

GÓIS, Veruska Sayonara de. **Os limites do poder instrutório do magistrado no processo civil**. Disponível em: <http://www.ajuris.kinghost.net/2010/08/16/os-limites-do-poder-instrutorio-do-magistrado-no-processo-civil/>. Acesso em: 09 abr. 2023

GOMES, Luiz Flávio. O Estado de São Paulo, 30/05/2009, Espaço Aberto.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012

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

Hart, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. 2019. Disponível em: <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiZTk3ZTdmMDEtMTQxZS00YmExLWJhNWYtMDA5ZTIiNDQ5NjhliiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>>. Acesso em: 16 jun. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. **Fundamentos do processo penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LYRIO, Fábio Fernandes de Oliveira. **O positivismo jurídico e sua crítica contemporânea: uma análise a partir da proposta teoria neoconstitucionalista**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2016.

MACÊDO, Elvira Maria Borges de. **O juiz e o ato de julgar**: mero aplicador da lei ou criador do direito?. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco. Feira de Santana, 2003.

MANSOLDO, Mary. Interpretação de Obra Literária: prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. 2011. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/149-Article%20Text-403-1-10-20161205%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/149-Article%20Text-403-1-10-20161205%20(4).pdf). Acesso em: 09 abr. 2023.

MARCATO, Antonio Carlos. **Código de processo civil interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. V.1. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 1997.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo penal** – da prevenção da competência ao juiz das garantias. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELCHIOR, Antonio Pedro. **O juiz e a prova**: o *sinthoma* político do processo penal. Curitiba: Juruá, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005

_____ **Processo penal**. Rio de Janeiro: Atlas, 2011

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, 1º vol., 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. 5.ed. v. I, São Paulo: Atlas, 2009.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Lei Anticrime e a paradoxal afirmação do sistema acusatório**. Disponível em <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/170/139>. Acesso em 09 abr. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 9ª ed. Rev., ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____ **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____ **Provas no processo penal**. 2.ed. Rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Prova penal: doutrina e jurisprudência**, São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

PEREIRA, Frederico Valdez e FISCHER, Douglas. **As obrigações processuais penais positivas**: Segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará, 2019.

PINTO, Oriana Piske de Azevêdo Magalhães. **A função social da magistratura na contemporaneidade**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 49, abr./jun. 2010.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Imparcialidade e neutralidade: identidade?** Disponível em: <chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgclclefindmkaj/https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25405-25407-1-PB.pdf>. Acesso em 25 jun. 2022.

RAMOS, Glauco Gumerato. **Expectativas em torno do novo CPC**. Entre o ativismo judicial e o garantismo processual. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 23, nº 90, abril/junho 2015.

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

REsp 1.361.174-RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 3/6/2014 – Informativo nº 543

REsp 1.574.681-RS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 20/4/2017 – Informativo 606

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas. Bookseller. 2002.

RODRIGUES, Madson Ottoni de Almeida. **A legitimidade da jurisdição de primeiro grau na concretização dos direitos fundamentais**: proposta de um novo modelo jurídico-administrativo para o segundo grau de jurisdição. 2010. 197 f. Dissertação (Mestrado em Constituição e Garantias de Direitos) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2010.

SCHÖNKE, Adolfo. Derecho procesal civil. Traducción española de la 5. edición alemana. Barcelona, Espanha: Bosch, 1946.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Larissa Marila Serrano da. **A construção do juiz das garantias no Brasil: A superação da tradição inquisitória.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **O juiz das garantias entre os caminhos da reforma do Código de Processo Penal.** Processo Penal, Constituição e Crítica - Estudos em Homenagem ao Dr. Jacinto Nelson de Miranda. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

SIQUEIRA, Eduardo Francisco de e MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **O pacote anticrime e o art. 3º-A do CPP: a posição do juiz no sistema acusatório, o movimento de reforma (ainda que parcial) e a contrarreforma.** Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/460-Texto%20do%20Artigo-340340798-2-10-20201231.pdf>, acesso em 09 abr. 2023.

SOUZA, Brenda Elisa David de; FARIA, Hélio Wiliam Cimini Martins. **O princípio da imparcialidade do juiz e o mito da neutralidade.** Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, Ipatinga, 2019.

STJ - HC: 294383 GO 2014/0110397-7, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 30/06/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/08/2015

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, Patrícia Leite. **Alcance e limites dos poderes instrutórios do juiz no processo civil.** 2015, Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas com menção em Direito Processual Civil). Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de processo penal.** 11.ed., rev., ampl. e atual. Salvador/BA: Ed. JusPODIVM, 2016.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana.** Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** V. I, 57.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal.** V.3., 21.ed. – São Paulo: Saraiva, 1999.

Código de processo penal comentado, 12.ed., Tomo I, São Paulo: Saraiva, 2009.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

