



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Jurisdição Criminal e a Gestão da Prova pelo Juiz

Cristiane Amorim Parente

Rio de Janeiro
2011

CRISTIANE AMORIM PARENTE

Jurisdição Criminal e a Gestão da Prova pelo Juiz

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof^a. Katia Silva

Prof^a. Mônica Areal

Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2011

JURISDIÇÃO CRIMINAL E A GESTÃO DA PROVA PELO JUIZ

Cristiane Amorim Parente

Graduada pela Faculdade de Direito de Campos. Advogada.

Resumo: O conceito de jurisdição ao longo do tempo sofreu profundas transformações. Atualmente, o juiz possui um papel mais ativo ao prestar a tutela jurisdicional, de modo a efetivar os direitos e garantias fundamentais encartados na Constituição da República. A questão é saber em que ponto este novo conceito de jurisdição viola o sistema acusatório, no que diz respeito à iniciativa probatória do juiz. A essência do trabalho é abordar o conceito de jurisdição, o sistema acusatório, de modo a demonstrar a compatibilidade entre esses dois institutos.

Palavras-chaves: Jurisdição Criminal. Sistema Acusatório. Prova. Gestão Judicial.

Sumário: Introdução. 1. Perspectivas Atuais da Atividade Jurisdicional. 2. Sistemas Processuais Penais. 3. Prova e Verdade. 4. Papel do Juiz na Gestão da Prova Criminal. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

O conceito de jurisdição vem sofrendo profundas modificações. Com o positivismo, sustentou-se que o juiz era “a boca fria da lei”, apenas declarava no caso concreto a norma legal a ser aplicada. Hoje, a jurisdição é vista sob uma perspectiva mais atuante, ou melhor, mais criativa. No entanto, esse outro lado do pêndulo, qual seja, o ativismo judicial, sofre severas críticas pela doutrina, principalmente no Processo Penal, em que é adotado o sistema

acusatório. No que concerne à produção da prova pelo juiz, a reforma de 2008 alterou radicalmente o panorama até então vigente, de modo que, no procedimento ordinário, no que diz respeito à prova oral, rompeu-se com o sistema judicial ou presidencial para adotar a inquirição direta pelas partes. Dessa forma, percebe-se que o juiz cada vez mais é afastado da atividade probatória, privilegiando-se o sistema adotado pelo CPP.

A questão relativa à produção da prova pelo juiz revela o embate entre, basicamente, dois postulados, o princípio da verdade real e o princípio acusatório. A conformação desses princípios, na atualidade, tem levado à prevalência do último sobre o primeiro, o que pode ser verificado pela reforma de 2008. Nesse sentido, tal mudança permite ao réu o controle da atividade judicial e impede qualquer ingerência na produção da prova que evidenciarão afronta ao princípio da imparcialidade.

O objetivo do presente trabalho é analisar o conceito de jurisdição e as teorias surgidas para explicar esse instituto processual, explicar em que consiste a atividade probatória, analisar os sistemas processuais e, por fim, ponderar se a produção de prova pelo juiz é incompatível com o processo de modelo adversarial.

Ao longo do artigo, serão estudados os seguintes tópicos: o conceito de jurisdição, as suas teorias, o conceito de prova, os métodos de avaliação, os sistemas processuais e as suas características diferenciadoras.

No primeiro capítulo, será abordado o conceito de jurisdição e as teorias surgidas para explicar esse instituto processual. No segundo capítulo, serão abordados os sistemas processuais, quais sejam: inquisitivo, acusatório e misto. O terceiro capítulo tratará da prova, no que diz respeito ao conceito e métodos de avaliação e do conceito de verdade para o processo penal. No último capítulo, será analisada a atuação judicial na gestão da prova e as divergências doutrinárias a respeito do tema.

Resta saber, se a atuação judicial na produção da prova viola o sistema acusatório.

1. PERSPECTIVAS ATUAIS DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

O conceito de jurisdição é influenciado pela conjectura política vigente em determinado espaço territorial. Nesse sentido, o conceito clássico de jurisdição foi profundamente influenciado pelo modelo de Estado Liberal de Direito, vigente na Europa pós Revolução Francesa.

No Estado Liberal de Direito, objetivando, como o próprio nome está a indicar, garantir a liberdade dos indivíduos, foi estabelecida uma rígida limitação de poderes, a fim de assegurar uma esfera individual de proteção contra as ingerências estatais. Nesse diapasão, o princípio da legalidade foi erigido em fundamento do novo regime implantado. Tal cânone constituía o critério de identificação do direito, de modo que sua validade dependeria somente do fato de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa, independentemente de sua correspondência com a justiça.

Nesse modelo, a lei não levava em consideração as realidades sociais, pois sua intenção era dar tratamento igual às pessoas, apenas em sentido formal. A lei deveria ser geral e abstrata, de modo que não poderia tomar em consideração alguém em específico e todos os cidadãos deveriam ser tratados sem discriminação. Dessa forma, a igualdade substancial era inconcebível em tal modelo de Estado.

Essa ideia de identificação do direito com a lei deu origem ao Positivismo, que estabelecia que a atuação judicial deveria ser meramente declaratória da vontade do

legislador. A lei seria completa e coerente, possuindo as respostas para qualquer caso posto para apreciação judicial. Nas precisas lições de Luiz Guilherme Marinoni¹:

O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando a sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses.

A liberdade, juntamente com a igualdade formal, era um dos valores perseguidos pela Revolução Francesa, porquanto o princípio da legalidade foi o instrumento utilizado para atingir tais ideais e eliminar o absolutismo. A Administração somente podia fazer o que a lei autorizasse (teoria do comprometimento positivo), enquanto os cidadãos poderiam fazer tudo o que não fosse proibido por lei (teoria do comprometimento negativo). Por outro lado, o poder de julgar era resumido a uma atividade puramente intelectual, não produtora de novos direitos. O juiz estava limitado à descrição da lei e à busca da vontade do legislador.

Assente-se, ainda, que o Judiciário era visto com desconfiança pelos revolucionários, uma vez que estavam comprometidos com o poder feudal. Os juízes não admitiam qualquer inovação que pudesse prejudicar o regime. Tal se explica na exata medida em que os cargos de juízes, além de serem hereditários, podiam ser comprados e vendidos. Assim, com a Revolução Francesa, buscou-se neutralizar tal poder para garantir a instalação dos ideais buscados pelo novo regime.

Foi nesse contexto que surgiram as teorias clássicas de jurisdição. Segundo Giuseppe Chiovenda², a jurisdição, no processo de conhecimento, “consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes”. Portanto, o conceito de Chiovenda prende-se à aplicação da norma geral ao

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30.

² CHIOVENDA *apud* MARINONI, *op.cit.*, 2006, p. 33.

caso concreto posto sob análise judicial. Não é permitida ao juiz uma atitude criativa, devendo prender-se às soluções oferecidas pela lei.

Segundo Marinoni³, “enquanto o legislativo constituía o poder político por excelência, o judiciário, visto com desconfiança, resumia-se a um corpo de profissionais que nada podia criar”. O poder dos juízes ficava limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo.

Francesco Carnelutti⁴ propôs outro conceito para a jurisdição. Conforme o mencionado autor, a jurisdição seria a justa composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida. A lei seria insuficiente para compor a lide, sendo necessária para tanto a atividade do juiz. Segundo tal concepção, a sentença cria uma norma individual que passa a integrar o ordenamento jurídico.

Embora tal conceito passasse a idéia de que o juiz possuía uma certa liberdade, não estando preso ao texto legal, tanto Chiovenda quanto Carnelutti, não admitiam que o juiz, ao proferir sentença, pudesse decidir sem ter por base uma norma jurídica existente. Logo, atuando a vontade da lei ou editando a norma do caso concreto, o juiz concretizava a norma já existente, declarando-a. São formas diferentes de enxergar um instituto, mas que chegam à mesma conclusão: o juiz estava estritamente subordinado à vontade do legislador.

Tais concepções de jurisdição ainda encontram eco na doutrina tradicional pátria. Segundo Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco⁵:

Dentre os critérios distintivos propostos pela doutrina tradicional, os dois indicados por Chiovenda mostram-se suficientes para a caracterização jurídica da jurisdição: a) caráter substitutivo; b) escopo de atuação do direito. Foi muito importante também a construção proposta por Carnelutti, que caracteriza a jurisdição pela circunstância de ser uma atividade exercida sempre com relação a uma lide [...].

³ MARINONI, Luiz Guilherme, *op. cit.*, p. 34.

⁴ CARNELUTTI *apud* MARINONI, *op. cit.*, p. 35.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 148.

Contudo, com o fim do século XIX, houve uma profunda mudança de perspectiva. O advento do Estado de Bem Estar Social trouxe a percepção de que a liberdade somente poderia ser realmente usufruída se o cidadão tivesse o mínimo de condições materiais para uma vida digna. Assim, diversos segmentos políticos começaram a pressionar as casas legislativas para que os seus interesses fossem protegidos. Com este pluralismo, a lei deixou de ser uniforme para abarcar interesses muitas vezes antagônicos. Tornou-se necessário, portanto, resgatar a substância da lei, a sua carga valorativa. E é na Constituição que estarão encartados os valores mais importantes que deverão ser observados por qualquer norma jurídica.

Nesse diapasão, a lei perde a sua hegemonia para a Constituição e os direitos nela consubstanciados. Logo, juntamente com a releitura do princípio da legalidade, o conceito de jurisdição também foi revisto.

O juiz não está mais limitado à lei, pois acima dela está a Constituição. Inverteu-se a lógica das coisas, pois, hoje, os direitos não dependem da lei; a lei é que deve ser produzida de acordo com os direitos estabelecidos na Constituição. Isso significa que o juiz, ao interpretar a lei e encontrar mais de uma solução possível, deve escolher aquela que outorgue maior efetividade à Constituição. Na hipótese de não existir interpretação em conformidade com a Constituição, poderá o juiz declarar a sua inconstitucionalidade.

Segundo Mirjan R. Damaska⁶:

Dizer que a lei tem sua substância moldada pela Constituição implica em admitir que o juiz não é mais um funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto da lei, mas sim um agente do poder que, através da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais.

Evidente, dessa forma, a brusca transformação que o conceito de jurisdição sofreu. O juiz, agora, além de não estar adstrito ao texto legal, pode inclusive declarar a sua invalidez

⁶ DAMASKA *apud* MARINONI, *op. cit.*, p. 93.

por se mostrar incompatível com a Constituição, por meio do controle de constitucionalidade. Portanto, o juiz deixou de ocupar o papel de neutralidade exigido pelo Estado Liberal para adotar uma postura mais ativa, a fim de concretizar os valores encartados na Carta Magna.

Atualmente, questiona-se até que ponto este ativismo é legítimo. Isto porque a história nos mostra que quando se trata de mudanças drásticas, a tendência é que o pêndulo se movimente em direção ao outro extremo.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Três são os sistemas processuais que predominam na evolução do processo penal, o inquisitivo, o acusatório e o misto. Luigi Ferrajoli⁷ alerta que “a distinção entre sistema acusatório e sistema inquisitório pode ter caráter teórico ou simplesmente histórico.” Dessa forma, segundo o autor, nem sempre as diferenças identificáveis no plano teórico coincidem com aquelas verificáveis no plano histórico. Porém, a separação rígida entre juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, a publicidade e a oralidade do julgamento são elementos que fazem parte tanto do modelo teórico quanto da tradição histórica do processo acusatório.⁸

Aury Lopes Jr.⁹, por outro lado, entende como elementos do sistema acusatório as seguintes características: clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; iniciativa probatória das partes; juiz como terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); procedimento, em regra, oral

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 518.

⁸ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 518.

⁹ LOPES Jr, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 58.

(ou predominantemente); plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); contraditório e possibilidade de resistência (defesa); ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; possibilidade de impugnação das decisões e o duplo grau de jurisdição.

O autor traz como elementos do sistema acusatório um extenso rol de garantias processuais previstos na Constituição da República no art. 5º. Não há uma separação entre os elementos caracterizadores do sistema acusatório e as garantias constitucionais.

Marcelo Lessa Bastos¹⁰, no entanto, assim sintetiza o sistema acusatório:

O sistema acusatório, portanto, está adstrito a três pontos fundamentais, que estão em sua base teórica, a saber: a impossibilidade de se prestar a jurisdição penal sem que haja uma prévia acusação; acusação esta a ser formulada por um órgão diverso daquele que irá julgar; vinculação do órgão julgador, objetiva e subjetivamente, aos limites fáticos impostos pela acusação, a quem compete, com exclusividade, submeter ao órgão jurisdicional a matéria de fato e as pessoas a serem acusadas.

Confrontando-se o entendimento dos autores supra mencionados, percebe-se que Aury Lopes Jr elenca uma série de garantias processuais como integrantes do sistema acusatório. Marcelo Lessa Bastos, a seu turno, esclarece que importante para o modelo acusatório é a inércia jurisdicional, de modo que o juiz somente prestará a jurisdição após provocado pelo órgão acusatório e nos limites fáticos impostos pela acusação.

Nesse sentido, é o entendimento de Luigi Ferrajoli¹¹, ao afirmar que de todos os elementos constitutivos do modelo acusatório, o mais importante, por ser estrutural e pressuposto dos demais é a separação entre juiz e acusação. Isto porque este distanciamento é que garante a sua imparcialidade.

A imparcialidade judicial é um dos mais importantes princípios gerais de um processo penal democrático, pois confere substrato material aos demais princípios. De acordo

¹⁰ BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e a gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 175.

¹¹ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 522.

com tal princípio, o juiz não deve estar comprometido com nenhum tipo de resultado pré-determinado, bem como não deve possuir qualquer pré-juízo acerca dos fatos que irá decidir.¹²

O sistema inquisitório caracteriza-se por ser escrito e secreto, havendo impulso oficial e liberdade processual, e dando-se grande valor à confissão, inclusive com admissão da tortura em épocas passadas.¹³

Nesse sistema processual, a função acusatória, de defesa e julgamento concentra-se na mesma pessoa, o juiz inquisidor, sendo o acusado mero objeto do processo e não um sujeito de direitos.

O princípio da verdade real é o fundamento desse modelo processual. Esse princípio assegura a busca de provas, sem limites de formalidades ou da iniciativa das partes, sendo admitida a produção de provas no processo por iniciativa do juiz, tudo com o objetivo de se chegar ao verdadeiro culpado.

Aury Lopes Jr¹⁴ sustenta que o juiz, no sistema inquisitório, primeiro forma sua convicção para depois ir atrás das provas que justificam a decisão já tomada. Por outro lado, o sistema acusatório é caracterizado pelo alheamento judicial em relação à arena das verdades onde as partes travam sua luta.

Se no sistema inquisitório os inquisidores empreendem verdadeiras lutas contra o Diabo, no processo acusatório o que se tem é uma pura operação técnica, em que um resultado equivale ao outro (tanto faz a condenação ou a absolvição).¹⁵

Para o autor supramencionado, o juiz não pode ter qualquer iniciativa probatória sob pena de violação ao sistema acusatório. Nesse aspecto, é que são travadas as discussões doutrinárias e que serão abordadas em capítulo próprio.

¹² BASTOS, *op. cit.*, p. 6.

¹³ LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 18.

¹⁴ LOPES Jr, *op. cit.*, p. 506.

¹⁵ CORDERO *apud* LOPES Jr, *op. cit.*, p. 506.

O sistema misto, por sua vez, é caracterizado por ter uma fase preparatória marcadamente inquisitiva e, posteriormente, uma fase contraditória, sendo uma mistura dos dois sistemas anteriores.

Importante destacar a crítica feita por Gimeno Sendra¹⁶ quanto à existência do sistema misto:

o simples fato de estar o processo dividido em duas fases (pré-processual e processual em sentido próprio e estrito) e que se encomende cada uma a um juiz distinto (juiz que instrui não julga) bastaria para afirmar que o processo está regido pelo sistema acusatório.

Desta forma, estará evidenciada a característica do sistema acusatório, qual seja, a separação entre as funções de acusar e julgar que são entregues a sujeitos distintos. De fato, com esta idéia em mente fica difícil visualizar a utilidade da existência do sistema misto.

3. PROVA E VERDADE

O processo penal busca, por meio das provas, fazer uma reconstrução de um fato passado. Franco Cordero¹⁷ afirma que os processos são máquinas retrospectivas que se dirigem a estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou, cabendo às partes formularem hipóteses, e ao juiz acolher a mais provável, com estrita observância de determinadas normas, trabalhando com base em um conhecimento empírico.

A prova tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos

¹⁶ SENDRA *apud* LOPES Jr, p. 67.

¹⁷ CORDERO *apud ibidem*, p. 501.

fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.¹⁸

O princípio da verdade real sempre esteve associado à iniciativa probatória do juiz no processo penal, para fundamentar o seu perfil pró-ativo. De igual sorte, sempre se socorreu desse princípio para justificar a diversidade de tratamento da prova, em especial no aspecto relativo à distribuição de sua carga dinâmica entre as partes, no processo civil e no processo penal.

Chegou-se a falar que o processo penal era informado pelo princípio da verdade real, enquanto o processo civil era informado pelo princípio da verdade formal. A verdade formal seria a verdade das partes, a verdade que as partes traziam ao processo civil, dentro do ônus que a cada uma delas competia (ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, ao réu provar o fato negativo, extintivo ou modificativo do direito do autor), podendo o juiz se contentar com ela; aquela, por seu turno, seria a verdade do que realmente teria acontecido, a exigir um juiz pesquisador dos fatos trazidos pelas partes, por iniciativa própria, com vistas a esclarecer o que efetivamente teria ocorrido.

Essa concepção dualista era justificada a pretexto de que as consequências de um processo penal seriam muito mais gravosas ao condenado do que as de um processo civil, ao passo em que naquele poder-se-ia chegar à supressão da liberdade, enquanto neste a punição tinha cunho eminentemente patrimonial. Daí o maior envolvimento probatório do juiz criminal, em relação ao juiz civil.

A idéia de duas verdades não é muito aceita atualmente. José Carlos Barbosa Moreira¹⁹ assim esclarece:

Consoante se demonstrou mil vezes, a tese, posta nesses termos, era insustentável, e o argumento invocado pouco valia. Basta lembrar que nem todas as condenações criminais se traduzem na imposição de pena privativa da liberdade – e nas hipóteses de multa é igualmente o patrimônio do condenado que sofre. Por outro lado, podem

¹⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 289.

¹⁹ MOREIRA *apud* BASTOS, *op. cit.*, p. 58.

ser gravíssimos para a pessoa do réu, e às vezes não só para ela, os corolários não-patrimoniais de uma condenação civil, digamos no âmbito do direito de família, v.g., na sentença que destitui alguém do pátrio poder. Bem vistas as coisas, em *qualquer* processo constitui pressuposto de boa decisão, em linha de princípio, o melhor conhecimento possível dos fatos relevantes, embora razões de política legislativa nos imponham, aqui e ali, renúncia ao integral esgotamento das fontes de informação.

A verdade é uma só, seja no processo civil, seja no processo penal. Quando muito pode o legislador renunciar a fontes de informação, por questão de política legislativa, ou atribuir ao autor o poder de dispor sobre a ação, para conformar a disponibilidade ou não do direito.

Por isso, Marcelo Lessa Bastos²⁰ propõe que o princípio da verdade real seja chamado de princípio da busca da verdade, sem qualificar esta verdade, visto que a verdade, para o autor, só pode ser a real.

Outrossim, dificilmente, ou nunca, se atingirá a verdade, uma vez que as deficiências humanas não permitem que se chegue a uma certeza absoluta.²¹ O que o juiz terá é uma probabilidade, uma certeza possível. Até porque o fato é histórico e depende da contribuição das partes quanto à determinação de sua certeza.

Ademais, o Estado de Direito impõe outras limitações que impedem a liberdade do juiz na busca da verdade. Determinados princípios impostos por esse modelo de Estado, como a correlação entre a sentença e a acusação e a vedação da utilização de provas ilícitas são limites à busca desenfreada pela verdade.

A impossibilidade de se formular um critério seguro de verdade das teses judiciais decorre do fato de que a verdade absoluta representa um ideal inalcançável. Tampouco as teorias científicas são qualificáveis como “verdadeiras”, no sentido de que se possa excluir com certeza as proposições falsas.

Nas precisas lições de Luigi Ferrajoli²²:

²⁰ BASTOS, *op. cit.*, p. 60.

²¹ LIMA, *op. cit.*, p. 371.

²² FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 52.

A “verdade” de uma teoria científica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a “verdade” de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pelo que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos.

Logo, verdade absoluta é uma contradição em seus próprios termos. Se não é possível alcançar nem a certeza de uma tese científica, quiçá será viável a certeza jurídica, que trabalha com dados históricos. Aury Lopes Jr²³ salienta que “se na ciência toda teoria tem prazo de validade, sendo verdadeira apenas até que outra demonstre sua falsidade, no Direito o fenômeno é diverso e os prejuízos, irreparáveis”.

O autor refere-se à existência da coisa julgada material que impede que a matéria já decidida possa ser novamente objeto de análise judicial e ao fato de que a decisão pode fazer com que alguém seja injustamente privado de sua liberdade. Com o trânsito em julgado da sentença e a formação da coisa julgada, a matéria decidida não poderá ser reexaminada pelo juiz no processo em que foi proferida e nem em qualquer outro. Logo, não será possível a demonstração da falsidade da tese jurídica.

Para Aury Lopes Jr²⁴, a verdade sempre serviu para legitimar o poder e reforçar o papel divino do juiz, o que era (e continua sendo) útil, garantindo a submissão dos cidadãos. O autor defende que a verdade é contingencial e não fundante, de modo que o juiz, na sentença, constrói a sua história do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos. O que importa é a crença, o convencimento judicial de que o resultado é a verdade.

Portanto, o que importa para o processo penal é a crença judicial com base nos elementos constantes do processo de que os fatos aconteceram de determinada forma, independentemente de ser verdade ou não. Até porque essa certeza nunca será alcançada porque o fato já ocorreu, sendo um dado histórico.

²³ LOPES Jr, *op. cit.*, p. 533.

²⁴ *Ibidem*, p. 541.

Provar é a indução do juiz no convencimento de que o fato histórico aconteceu de uma determinada forma.²⁵ A prova é o meio de as partes influenciarem no convencimento do juiz e o instrumento de que este se serve para averiguar os fatos e decidir o caso concreto.

A instrução probatória compreende os atos probatórios e as alegações das partes. Atos probatórios são “o conjunto de atos processuais que têm por objeto recolher as provas com que deve ser decidido o litígio”.²⁶

Considerando o sistema processual adotado no Brasil, existem duas fases bem distintas: a de investigação, em que a polícia irá colher elementos para formar a *opinio delicti* do Ministério Público, decidindo pelo oferecimento ou não da ação penal; e a do processo, onde se dará verdadeira instrução probatória, pois presente o contraditório entre as partes.

Dessa forma, somente pode ser considerado como prova, aquele elemento colhido em juízo sob o crivo do contraditório. As “provas” colhidas no inquérito policial são, na verdade, meros atos de investigação de validade limitada, qual seja, a propositura ou não da ação penal. Nesse sentido dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.690/08:

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.²⁷

O próprio legislador não chama de prova os elementos colhidos na fase investigatória, preferindo utilizar o termo “elementos informativos”. Pela leitura do dispositivo, percebe-se também que o juiz pode utilizar os elementos inquisitoriais para fundamentar sua decisão, desde que ratificados por provas judiciais. A redação do dispositivo impede apenas a utilização exclusiva desses elementos informativos.

Nesse diapasão, importante estabelecer alguns conceitos:

²⁵ FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 377.

²⁶ MARQUES *apud* LIMA, *op. cit.*, p. 373.

²⁷ BRASIL. *Decreto-Lei n° 3689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 11/04/2011.

Fonte de prova é tudo aquilo que é idôneo a fornecer resultados apreciáveis pela decisão do juiz, como ocorre com a testemunha e com o documento. Por outro lado, meio de prova é o instrumento com o qual se adquire para o processo um elemento a ser utilizado na decisão, como o depoimento testemunhal. Já elemento de prova é o dado bruto extraído da fonte de prova, quando ainda não foi valorado pelo juiz.²⁸

Três são os elementos integradores da prova: o objeto, o sujeito e o meio de prova. O objeto é o que as partes desejam demonstrar, ou seja, o fato criminoso, a sua autoria, bem como as circunstâncias que circundam o fato praticado.

Sujeito da prova é a pessoa física que transmite o conhecimento de um objeto de prova (sujeito ativo), bem como a autoridade perante a qual a prova será apresentada (receptor da prova).

Na relação processual entre os sujeitos do processo poderão advir ônus e deveres. Ônus é uma obrigação do sujeito consigo próprio, uma vez que é ele quem sofre as consequências de sua inércia, deixando de obter uma vantagem. Já o dever impõe um agir com a ameaça de sanção, uma vez que ele beneficia terceira pessoa e não o próprio sujeito.

Afirmar que ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória implica a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação. A este caberá provar a existência de um crime, bem como sua autoria.²⁹

Daí se extrai a máxima de que quem alega um fato tem o ônus de prová-lo, sob pena de não ser obtida a pretendida vantagem. Assim é o disposto no art. 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, a 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.³⁰

²⁸ LIMA, *op. cit.*, p. 378.

²⁹ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 295.

Dessa forma, incumbe à acusação a prova da materialidade do fato com todas as suas circunstâncias, e sua autoria. À defesa incumbe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão autoral.

No entanto, como observa Vicente Greco Filho:³¹

O descumprimento do ônus, contudo, por parte do réu, não acarreta necessariamente a procedência da imputação, porque o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito ou diminuído, em virtude do princípio 'in dubio pro reo', que leva à absolvição, no caso de dúvida da imputação. Assim, em princípio, à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite uma dúvida razoável, porque a dúvida milita em seu favor.

É por essa razão que Aury Lopes Jr. afirma que não há distribuição de cargas probatórias. Para ele, a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador, não só porque a primeira afirmação é feita por ele na peça acusatória mas também porque o réu está protegido pela presunção de inocência.³² É como se o acusador iniciasse com uma imensa carga probatória, constituída não apenas pelo ônus de provar o alegado, mas também pela necessidade de derrubar a presunção de inocência. O autor entende que todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade devem ser provados pela acusação.

Eugênio Pacelli de Oliveira³³, a seu turno, afirma que os exames da tipicidade e da ilicitude do fato não dizem respeito à matéria de prova. Trata-se de mero juízo de abstração, de valoração do fato em relação à norma penal, sobre os quais não se produz prova. Quanto à culpabilidade e, mais particularmente, em relação à imputabilidade do agente, a questão pode até exigir prova, qual seja, a de maioria penal ou da capacidade mental do autor, mas para tanto é necessário que existam indícios da incapacidade ou menoridade penal.

³⁰ BRASIL. *Decreto-Lei n° 3689*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 11/04/2011.

³¹ GRECO FILHO *apud* LIMA, *op. cit.*, p. 385.

³² LOPES Jr, *op. cit.*, p. 513.

³³ OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 295.

No entanto, divergência à parte, ambos os posicionamentos conduzem ao mesmo resultado: o réu deverá ser absolvido se não restarem provados os três elementos do conceito analítico de crime: tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

A fim de se chegar à verdade dos fatos, surgiram dois sistemas de avaliação das provas: prova tarifada ou sistema das provas legais e livre convencimento motivado ou persuasão racional.

Pelo sistema da prova tarifada ou sistema das provas legais, certos meios de prova eram estabelecidos para determinados delitos, bem como cada prova possuía um valor antes do julgamento. Era o legislador quem procedia à prévia valoração, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável. Como para a obtenção da condenação era necessária a obtenção de certo número de pontos, quando não se chegava a esse número, a prova era obtida através da tortura, já que esta fazia prova plena.

O sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional estabelece a liberdade do juiz na valoração da prova, podendo optar por aquela que lhe parecer mais convincente. No entanto, o juiz deve declinar as razões que o levaram a optar por tal prova com base em argumentação racional, a fim de permitir que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão com bases argumentativas. Este é o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

4. PAPEL DO JUIZ NA GESTÃO DA PROVA CRIMINAL

A idéia de um juiz passivo, alheio à produção de provas, possui inspiração anglo-saxã. No sistema da *common law*, o papel do juiz não é dizer o direito, mas conduzir o

processo, dirigi-lo para que o júri decida todas as questões de fato. Por isso, é natural que juiz não se interesse pela busca da verdade, deixando ao alvedrio das partes a apresentação e comprovação de seus argumentos. Nesse sistema, o juiz é apenas um intermediário entre o júri e as partes.

O modelo romano-germânico foi construído a partir da perspectiva de intervenção estatal no processo penal em razão das transformações sociais experimentadas desde a Idade Média: o surgimento das cidades e conseqüentemente o crescimento da criminalidade de massa. A grande concentração de funções proporcionada por este modelo inicialmente inquisitivo levou à construção de um modelo intermediário inspirado na dualidade anglo-saxã, mas preservando a idéia de busca da verdade material, o que significava deixar o juiz num papel ativo na gestão da prova.

Um argumento utilizado para criticar esse papel pró-ativo é o princípio *in dubio pro reo*, corolário do princípio da presunção de inocência. Esse princípio encartado no art. 5º, LVII, da CRFB obriga o juiz não só a manter uma posição negativa (não considerando o réu culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).

Ocorre que tal princípio tem por objetivo fundamentar uma decisão absolutória quando, após a avaliação de todos os meios de prova produzidos em juízo, permanecer uma dúvida razoável no que diz respeito à responsabilidade penal do acusado. A atividade probatória de ofício, de outro lado, desenvolve-se em momento anterior àquele no qual se pode aplicar o princípio *in dubio pro reo*, razão pela qual, durante a fase instrutória não há que se falar em dúvida objetiva³⁴.

Outro argumento é a violação da imparcialidade judicial. Não se concebe o processo que não venha a ser decidido por um juiz que não seja imparcial, no sentido de não estar comprometido com nenhum tipo de resultado pré-determinado, bem como de não possuir

³⁴ BASTOS, *op. cit.*, p. 204.

qualquer tipo de pré-juízo acerca dos fatos que irá decidir. Do contrário, em estando a imparcialidade comprometida por alguma razão, soariam como mera retórica as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa, não-culpabilidade.³⁵

No entanto, acredita-se que a consagração do sistema acusatório seja medida suficiente para garantir-lhe a imparcialidade. Isto porque esse sistema é caracterizado pela absoluta separação entre as funções de acusar e julgar, pela inércia judicial e pela correlação entre a imputação e a sentença.

No processo penal de conhecimento, o princípio da inércia deve reinar absoluto, sem nenhum tipo de concessão. A Constituição de 1988 baniu o procedimento penal de ofício. Qualquer ato de impulso por parte do juiz macularia de forma irremediável sua imparcialidade, já que é nesse momento que os fatos são trazidos ao contraditório para que se possam atribuir as respectivas consequências jurídicas. Um juiz não pode trazer fatos ao processo para depois dizer se ele próprio tem razão ou não. Não haveria defesa e nem contraditório nessa hipótese.

Todavia, segundo Marcelo Lessa Bastos³⁶

Uma coisa é trazer um fato ao processo, imputar um fato supostamente criminoso a alguém – atividade que, no sistema acusatório, para se preservar a figura de um juiz imparcial, é privativa do autor; outra coisa, bem diferente, é apurar se os fatos já trazidos pelo autor ou eventualmente alegados pelo réu procedem ou não, traduzem, ou não a realidade do que efetivamente aconteceu. Uma coisa é imputar, alegar um fato; outra coisa é buscar a prova do fato imputado ou alegado.

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover afirma que a pacificação almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa probatória da parte. A iniciativa oficial não embaça a imparcialidade do juiz. Quando este determina que se produza uma prova não requerida pelas partes, ou quando entende necessário voltar a inquirir uma testemunha ou solicitar esclarecimento do perito,

³⁵ BASTOS, *op. cit.*, p. 6.

³⁶ *Ibid*, p. 14.

ainda não conhece o resultado que essa prova trará ao processo, nem sabe qual a parte que será favorecida por sua produção.³⁷

Os autores mencionados defendem a produção de prova pelo juiz, respeitado o princípio da inércia judicial, de modo que sua atividade seria baseada nos fatos trazidos pelas partes. Assim, o juiz, respeitando a imputação feita pela acusação, atuaria no sentido de dirimir eventuais dúvidas quanto aos fatos alegados pelas partes.

Para Marcelo Lessa Bastos³⁸:

(...) o que define os elementos teóricos fundamentais de um sistema processual é o que é essencial para o alcance de seus objetivos. Ora, o objetivo do sistema acusatório é propiciar um julgamento imparcial. Deste modo, os três elementos estruturais apontados acima – impossibilidade de prestação da jurisdição sem prévia acusação; separação entre as funções de julgar e acusar, através de seu exercício por órgãos diversos; e vinculação do órgão julgador à matéria de fato objeto da acusação – são o suficiente para que o sistema acusatório alcance a sua finalidade, de sorte que qualquer outro elemento, inclusive a questão da gestão da prova, se mostra acidental, não essencial, atrelado, portanto, a considerações de conveniência e oportunidade do legislador.

Aury Lopes Jr³⁹, a seu turno, sustenta que “a gestão da prova está vinculada à noção de gestão do fato histórico, e, portanto, deve estar nas mãos das partes”. Para o autor, ao se atribuir ao juiz a gestão da prova, estaremos incorrendo no erro da inquisição de permitir-lhe reconstruir a história do crime da forma como lhe aprouver para justificar a decisão já tomada. Na hipótese de dúvida quanto aos fatos alegados pelas partes, face ao princípio da presunção de inocência, deve o juiz absolver o réu.

Nesse sentido, Jacinto Néilson de Miranda Coutinho⁴⁰ afirma que em partindo o juiz à busca da prova que o autor não conseguiu satisfatoriamente apresentar, restaria comprometida a sua imparcialidade, porque estaria exercendo a iniciativa própria no desiderato de superar a presunção de inocência e conseguir condenar o réu.

Percebe-se que os autores mencionados, que não admitem a produção de provas pelo juiz, argumentam que ao agir desta forma já estaria comprometido com a condenação do réu,

³⁷ GRINOVER *apud* BASTOS, *op. cit.*, p. 21.

³⁸ BASTOS, *op. cit.*, p. 176.

³⁹ LOPES Jr, *op. cit.*, p. 545.

⁴⁰ COUTINHO *apud* BASTOS, *op. cit.*, p. 199.

como se estivesse convencido de sua culpa, só necessitando da prova para fundamentar sua decisão.

Marcelo Lessa Bastos⁴¹ esclarece que, afora a possibilidade concreta de que em alguns casos esse desvio comportamental pode vir a acontecer, em episódios isolados, o que é perfeitamente corrigível através de mecanismos internos e externos e controle do exercício da função jurisdicional, não se pode presumir que isso vá acontecer. A culpa, se vier a ocorrer, é da pessoa do magistrado e não do sistema processual, que se constrói a partir de premissas lastreadas no bom comportamento, jamais em seu desvio.

José Carlos Barbosa Moreira⁴² traz importante ponderação:

Ora, se o juiz se expõe à censura de parcialidade na hipótese de atuar, só porque a prova devida à sua atuação é suscetível de favorecer um dos litigantes, no rigor da lógica também ficaria exposto à mesma censura na hipótese de omitir-se: com efeito, a subsistente falta de prova, conseqüente à omissão, poderá favorecer a outra parte! Não soa razoável fulminar como parcial o magistrado quer no caso de atuar de ofício, quer no de não atuar – em outras palavras, prendê-lo por ter cão e prendê-lo por não o ter ...

Quando o juiz utiliza seu poder instrutório supletivo e sai em busca da confirmação dos fatos alegados pelas partes não está substituindo nenhuma delas no protagonismo que lhes é peculiar num processo penal de partes. Está apenas atendendo ao escopo social da jurisdição, comprometido que deve ser com a efetividade dos direitos fundamentais.⁴³

Desta forma, o critério da subsidiariedade atende bem à ponderação entre esses dois extremos – o de um juiz inquisidor, investigador sistemático, cuja atuação probatória se sobrepõe à das partes; e o de um juiz passivo, apático, indiferente, mero espectador de um duelo de partes.

⁴¹ BASTOS, *op. cit.*, p. 207.

⁴² MOREIRA *apud* BASTOS, *op. cit.*, p. 208.

⁴³ BASTOS, *op. cit.*, p. 197.

CONCLUSÃO

Como visto, a doutrina é divergente quanto à admissibilidade da gestão da prova pelo juiz. O legislador, outrossim, pelas reformas implementadas no Código de Processo Penal em 2008, parece caminhar no sentido do afastamento do juiz da produção de prova, sob o pretexto de privilegiar o sistema acusatório.

Ocorre que, como demonstrado, o sistema acusatório é caracterizado pela impossibilidade de se prestar a jurisdição penal sem que haja uma prévia acusação; acusação esta formulada por um órgão diverso daquele que irá julgar e pela vinculação do órgão julgador, objetiva e subjetivamente, aos limites fáticos impostos pela acusação, a quem compete, com exclusividade, submeter ao órgão jurisdicional a matéria de fato e as pessoas a serem acusadas.

Os argumentos trazidos para impedir um perfil pró-ativo judicial não se sustentam. O princípio *in dubio pro reo*, como corolário da presunção de inocência, deve ser utilizado como fundamento de uma decisão absolutória, após a avaliação de todos os meios de prova produzidos em juízo. Subsistindo dúvida razoável, nesse momento processual, deve o juiz absolver o acusado.

Quanto à violação à imparcialidade judicial, igualmente não procede tal fundamento. A separação absoluta entre as funções de acusar e julgar, a inércia judicial e a correlação entre sentença e imputação, aliada à previsão de instrumentos processuais para afastar juiz parcial, são suficientes a garantir a imparcialidade judicial.

Assim, a gestão da prova pelo juiz em nada fere o sistema acusatório, estando em conformidade com os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcelo Lessa. *Processo penal e a gestão da prova: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 3689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 11/04/2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES Jr, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009