

NAYARA GHALIE CURY

**O princípio da imparcialidade e os poderes instrutórios do juiz no
processo penal**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Dr. José Raul Gavião de Almeida

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO-SP

2020

NAYARA GHALIE CURY

**O princípio da imparcialidade e os poderes instrutórios do juiz no
processo penal**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual Penal, sob a orientação da Prof. Dr. José Raul Gavião de Almeida.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO-SP
2020**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Cury, Nayara Ghalie
: O princípio da imparcialidade e os poderes
instrutórios do juiz no processo penal ; Nayara Ghalie
Cury ; orientador José Raul Gavião de Almeida
-- São Paulo, 2020.
162
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade
de São Paulo, 2020.

1. Princípio da imparcialidade. 2. Poderes
instrutórios do juiz. 3. Iniciativa probatória. 4.
Sistema acusatório. I. Almeida, José Raul Gavião de,
orient. II. Título.

Nome: CURY, Nayara Ghalie.

Título: O princípio da imparcialidade e os poderes instrutórios do juiz no processo penal.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial para
obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Agradecimentos

Ao longo dessa jornada acadêmica, árdua, cansativa, mas também muito interessante e enriquecedora, muitas pessoas contribuíram direta ou indiretamente para a conclusão dessa dissertação. E claro, Deus, ao permitir que esse caminho fosse possível.

Agradeço ao meu orientador, o Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida, pela oportunidade, ensinamentos e pela confiança que depositou em mim ao me aceitar como sua orientanda.

Todas as aulas que assisti durante o mestrado e todos os professores que lecionaram nesse período enriqueceram minha vida acadêmica, a minha forma de pensar e discutir assuntos relevantes ao Direito e à sociedade, além de proporcionarem conhecimentos e experiências inesquecíveis pelas quais sou muito grata.

Aos meus pais, Ricardo e Maria Helena (*in memoriam*), que sempre incentivaram e financiaram meus estudos. Sem o apoio deles eu nunca teria conseguido.

E à minha irmã, Natany, que também entendeu todo o tempo em que estive dedicada aos estudos e me ajudou em tudo que precisei, sem medir esforços. Muito obrigada.

Ao Rafael, meu noivo, por me incentivar e me convencer a prestar a prova para ingressar no mestrado, além de todo o suporte necessário durante esse processo. Obrigada por acreditar em mim e por toda a ajuda nos momentos que precisei.

RESUMO

CURY, Nayara Ghalie. *O princípio da imparcialidade e os poderes instrutórios do juiz no processo penal*. 2020. 162 páginas. Dissertação (Mestrado em: Direito Processual Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A presente dissertação visa a profunda análise sobre os poderes instrutórios do juiz em sua atuação no processo, a qual deve ser sempre imparcial. O princípio da imparcialidade do juiz e a sua possibilidade de agir de ofício são importantes características listadas pela doutrina para indicar se o sistema penal adotado é mais tendente ao sistema acusatório ou inquisitório. Por isso, a primeira análise desse trabalho recai sobre o princípio da imparcialidade, os institutos que têm como fim a sua proteção e a sua previsão em todo o ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, estudam-se os poderes instrutórios do juiz, com uma sucinta análise da teoria geral da prova no processo penal e as previsões de poderes instrutórios estabelecidas na legislação brasileira. Posteriormente, debruça-se sobre o instituto do juiz das garantias, o qual foi recentemente incluído no Código de Processo Penal pela lei nº 13.964/2019 e a sua influência no princípio da imparcialidade e nos poderes instrutórios. Por fim, é feita a análise dos poderes instrutórios do juiz no processo civil, em cotejo com o sistema probatório no processo civil, traçando-se um paralelo entre o princípio da imparcialidade e os poderes instrutórios no processo penal e no processo civil.

Palavras-chave: Direito. Direito Processual Penal. Processo Penal. Princípio da imparcialidade. Poderes instrutórios. Iniciativa instrutória do juiz.

ABSTRACT

CURY, Nayara Ghalie. Principle of impartiality and judge's initiative in criminal proceedings. 2020. 162 páginas. Dissertation (Master) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

This dissertation seeks to analyse in depth the judge's initiative during judicial proceedings, which must always be impartial. The principle of impartiality and the possibility of a judge perform without being provoked are both two important aspects highlighted by legal scholars in order to determine whether the criminal proceedings fits better to the adversarial system or to the inquisitory system. Thus, this work's first analysis is about the principle of impartiality, the legal mechanisms designed for its protection, as well as the references the Brazilian legal system make to it. Further, the judge's initiative to request evidence approached, in the light of a brief analysis on the general theory of evidence in criminal proceedings and on the existent rules about judge's initiative according to the Brazilian legal system. Moreover, this work examine the pre-trial judge's concept, recently introduced on the Criminal Proceedings Code by the law 13.964/2019, and its influence on the principle of impartiality, as well as on the judge's initiative extent. Finally, it offers an analysis about the judge's initiative on civil procedure, in the light of general theory of evidence in civil proceedings, establishing a parallel between the principle of impartiality and the judge's initiative on criminal proceedings and civil proceedings.

Keywords: Law. Criminal Procedural Law. Criminal Proceedings. Principle of impartiality. Judge's initiative. Judge's initiative to request evidence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE.....	13
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	13
1.2 IMPARCIALIDADE OBJETIVA E IMPARCIALIDADE SUBJETIVA.....	16
1.3 O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO	18
1.3.1 O princípio da imparcialidade no ordenamento jurídico internacional	19
1.3.2 O princípio da imparcialidade na Constituição Federal.....	20
1.3.3 O princípio da imparcialidade nas leis infraconstitucionais	23
1.3.4 O princípio da imparcialidade no direito comparado	26
1.4 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A IMPARCIALIDADE.....	28
1.4.1 Sistema Inquisitório	29
1.4.2 Sistema acusatório	30
1.4.3 Sistema misto.....	32
1.4.4 Sistema inquisitorial e adversarial	33
1.4.5 Sistema processual penal brasileiro	35
1.5 A VERDADE NO PROCESSO PENAL E A IMPARCIALIDADE.....	39
1.6 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E A IMPARCIALIDADE	41
1.7 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES E A IMPARCIALIDADE.....	43
2. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL	49
2.1 BREVE HISTÓRICO DA ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ.....	50
2.2 O JUIZ NO PROCESSO PENAL	51
2.3 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL	52
2.4 SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL	56
2.5 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ..	59
2.5.1 Fase pré-processual.....	65
2.5.1.1 <i>Aplicação de medidas cautelares</i>	68
2.5.1.2 <i>Prisões</i>	70
2.5.1.3 <i>Prisão temporária</i>	71
2.5.1.4 <i>Prisão preventiva</i>	74
2.5.1.5 <i>Prisão em flagrante</i>	78
2.5.2 A iniciativa probatória do juiz na fase processual	82

2.5.2.1 Poder de o juiz extinguir a punibilidade de ofício.....	83
2.5.2.2 Poderes do juiz em relação às questões prejudiciais	84
2.5.2.3 Incidentes processuais e a atuação de ofício do juiz.....	85
2.5.2.4 Poder de determinar produção de provas de ofício	87
2.5.2.5 Princípio da correção entre acusação e sentença, emendatio libelli e mutatio libelli	93
2.5.2.6 Julgamento diferente da opinião do Ministério Público nas alegações finais.....	100
2.5.2.7 Os poderes instrutórios do juiz no procedimento do Tribunal do Júri	104
2.5.2.8 Os poderes instrutórios em segunda instância.....	105
2.6 A INICIATIVA PROBATÓRIA NO DIREITO COMPARADO.....	107
3. O JUIZ DE GARANTIAS, A IMPARCIALIDADE E A INICIATIVA PROBATÓRIA	109
3.1 PONTOS DE VISTA FAVORÁVEIS AO JUIZ DAS GARANTIAS	110
3.2 PONTOS DE VISTA DESFAVORÁVEIS AO JUIZ DAS GARANTIAS.....	111
3.3 A INCLUSÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELA LEI Nº 13.964/2019	112
3.4 O JUIZ DAS GARANTIAS E A INICIATIVA PROBATÓRIA NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	118
4. A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL.....	125
4.1 O PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	126
4.2 OS PODERES E DEVERES DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL	128
4.3 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL.....	133
4.4 A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL	136
4.5 A IMPARCIALIDADE E OS PODERES INSTRUTÓRIOS: UM PARALELO ENTRE O PROCESSO PENAL E O PROCESSO CIVIL	143
REFERÊNCIAS.....	151

INTRODUÇÃO

Os sistemas penais podem ser, principalmente, acusatórios ou inquisitórios e eles são distinguidos por uma característica essencial: a separação das funções de acusar, defender e julgar. No sistema acusatório, que se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, a separação dessas funções é bem evidente.

E para garantir que o juiz julgue a causa de modo justo, os ordenamentos jurídicos baseados no sistema acusatório estabelecem como primordial para a atuação do juiz a observância do princípio da imparcialidade. O juiz, ao julgar a causa, tem que não somente ser imparcial, mas parecer ser imparcial não só para as partes, mas sim para toda a sociedade.

Ocorre que, como será visto, todo juiz tem suas convicções pessoais, formação política e valores que podem influenciar na sua forma de ver e julgar o processo. Por isso, a Constituição Federal e as legislações infraconstitucionais preveem uma série de normas que tentam garantir que o juiz atue de modo imparcial no processo.

Como exemplo dessas normas pode-se citar o princípio do juiz natural, da motivação das decisões, bem como as regras de impedimentos e suspeições. Exemplo que também será estudado nessa dissertação é o juiz das garantias, recentemente introduzido no Código de Processo Penal brasileiro, mas ainda em período de *vacatio legis*.

Outra característica que em análise generalizada é vista como própria de sistemas penais inquisitórios e que pode violar o princípio da imparcialidade é a possibilidade de o juiz ter poderes instrutórios no processo penal, isto é, o juiz, quando o ordenamento jurídico lhe permite esses poderes, não necessita ficar adstrito às provas trazidas pelas partes no processo, pois ele tem a possibilidade de requerer a produção de provas que entender necessárias.

De modo genérico e simplista, costuma-se generalizar que, no sistema acusatório, o juiz para ser imparcial não pode ter poderes instrutórios, pois a característica básica do sistema inquisitivo é a iniciativa probatória do juiz que, ao determinar a produção de provas, atua como parte e coloca em risco sua imparcialidade;

Entretanto, a presente dissertação tem como finalidade demonstrar que não é bem assim e que essa afirmação genérica é equivocada, uma vez que não se pode afirmar que o juiz sem poderes instrutórios será imparcial. A iniciativa probatória do juiz

deve ser uma exceção, isso é certo, mas, muitas vezes, ela pode ser necessária para o esclarecimento da lide e o julgamento do processo de forma mais justa.

A Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece o sistema acusatório e prevê diversos direitos e garantias individuais para garantir que esse sistema seja aplicado. O Código do Processo Penal, por sua vez, data de 1941 e tem diversos resquícios inquisitórios desse sistema, apesar das diversas mudanças e reformas feitas para adaptá-lo ao sistema acusatório.

O Código de Processo Civil de 2015, apesar de ter sido recentemente promulgado e em suas normas fundamentais determinar que ele será aplicado e interpretado conforme as disposições constitucionais, prevê ampla iniciativa probatória do juiz em uma interpretação literal. Assim, se demonstrou necessária uma breve análise do processo civil, inclusive com o fito de estudar até mesmo uma interpretação mais alinhada à Constituição Federal ao fazer um paralelo entre processo civil e processo penal.

Assim, a presente dissertação tem como objetivo a análise do princípio da imparcialidade no ordenamento jurídico e das garantias que visam sua proteção, não só na Constituição Federal como também na legislação infraconstitucional. Em relação aos poderes instrutórios do juiz no processo penal brasileiro, é necessário seu estudo para encontrar a melhor forma de compatibilizá-lo com as disposições constitucionais, uma vez que a presença de poderes instrutórios do juiz não significa a quebra da imparcialidade e violação ao sistema acusatório.

1. O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

1.1 Considerações iniciais

Para André Machado Maya, o ponto inicial para definição de imparcialidade no âmbito do processo penal consiste na diferenciação entre imparcialidade e neutralidade, uma vez que a postura imparcial do juiz não pressupõe sua neutralidade. A neutralidade do juiz, que consiste na ausência de valores e de ideologias, é uma utopia. As decisões judiciais são influenciadas pela ideologia do magistrado, seus vínculos familiares, sua opinião política, experiências pessoais e jurídicas, bem como sua posição social.¹

O Direito, como qualquer outra ciência, não é dotado de neutralidade. O magistrado, como ser humano, é dotado de valores e sempre fará valorações, ainda que involuntariamente, tanto na interpretação da lei, quanto na interpretação dos fatos ou até mesmo quando a lei não lhe propiciar todos os subsídios para a solução do caso concreto.²

Nesse sentido, o Professor Gustavo Badaró afirma que

A necessidade de certeza na determinação do juiz que irá julgar o caso é ainda mais evidente ao se perceber que há diferenças impossíveis de serem eliminadas de um julgador para outro. Essas diferenças, fruto das histórias de vida, das concepções políticas, do contexto social e histórico em que vive cada magistrado, irão refletir na forma como interpretam a lei. Se os juízes assumem esses pré-juízos provenientes de sua realidade histórica, não há como considerá-los, na acepção pura da palavra, imparcial.³

Há quem vincule, ainda, a independência do juiz a sua imparcialidade. Frederico Valdez Pereira afirma que a exigência de independência e imparcialidade dos tribunais é condição inafastável para o exercício da prestação jurisdicional. Pois a jurisdição deve ser atribuída a órgãos que não sejam dependentes de

¹ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 48-53.

² MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 58.

³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese apresentada para obtenção do título de livre-docência em direito processual penal, defendida na Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 38.

outros poderes, sejam estes públicos ou privados, e deve ser exercida por magistrados pessoas físicas que não tenham quaisquer interesses na controvérsia.⁴

O professor Zilli, por sua vez, destoa da posição acima demonstrada ao afirmar que:

embora constantemente associada à imparcialidade, a independência do juiz, na verdade, é fator que se posiciona anteriormente, atuando, inclusive, como um dos fatores condicionantes daquela. Assim, o estabelecimento de garantias que visem a resguardar o juiz, no desempenho de sua atividade jurisdicional, contra pressões externas, sobretudo aquelas de índole política, é indubitavelmente a medida necessária e exata para o resguardo da independência. Dessa forma, onde a independência não for resguardada, estará o juiz subordinado a toda sorte de pressões que desvirtuarão e contaminarão não só o objetivo de uma iniciativa instrutória, mas toda a marcha processual.⁵

Fato é que ao magistrado deve ser garantida a independência interna e externa para que possa atuar em consonância com os ideais constitucionalmente previstos, sem qualquer tipo de interesse social, econômico ou político em sua atuação. O juiz deve conceber, tratar e defender o processo penal como um instrumento de garantias, necessários e indispensável ao exercício do poder-dever de punir do Estado.⁶

A imparcialidade, portanto, é decorrência natural do devido processo legal e do Estado Democrático de Direito, em que o juiz, ao exercer a atividade jurisdicional válida, esteja equidistante das partes. É o interesse subjetivo do juiz perante o caso concreto, sendo o magistrado impedido de servir aos interesses subjetivos de alguma das partes. Outrossim, deve o juiz exercer a jurisdição com isenção, impedindo que fatores alheios interfiram na condução da marcha processual e no conteúdo de sua decisão.⁷

Aury Lopes Jr. afirma que não basta a garantia de jurisdição, não é suficiente ter um juiz. É necessário que ele possua qualidades mínimas para exercer a jurisdição e esteja apto a desempenhar seu papel, uma vez que a imparcialidade é um

⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 74.

⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 139.

⁶ OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 47.

⁷ OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 140.

princípio supremo do processo e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo.⁸

Segundo o Professor Gustavo Badaró, a ideia de jurisdição é indissociável da ideia de juiz imparcial, haja vista que, se o processo é um meio de heterocomposição de conflitos, é fundamental que o juiz seja imparcial, isto é, não atue com interesses e não seja parte.⁹

Nesse mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco ensinam que a imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, têm elas o direito de exigir um juiz imparcial: e o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.¹⁰

É dito também que a imparcialidade do julgador mantém relação com o princípio acusatório. A exigência de separação das funções de investigar, acusar, defender e julgar tem como fim garantir a imparcialidade do juiz. Este é o argumento inclusive utilizado contra a iniciativa probatória do juiz no processo.¹¹

No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. afirma que a imparcialidade do juiz fica comprometida quando se está diante de um juiz-instrutor ou quando lhe são atribuídos poderes de gestão probatória, uma vez que a posição do juiz no processo define o nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade.¹²

O Professor José Roberto dos Santos Bedaque, por sua vez, apresenta argumentos que se contrapõem a essa posição doutrinária, quais sejam: é aceita a iniciativa probatória do juiz quando a demanda versa sobre direitos indisponíveis; o juiz, ao determinar a realização de uma prova, não consegue antever o resultado, de modo que não há como favorecer uma das partes; o juiz seria parcial ao não determinar a realização de uma prova que sabe que esclareceria fato obscuro no processo.¹³

⁸ LOPES JUNIOR., Aury. *Direito processual penal*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 62.

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese apresentada para obtenção do título de livre-docência em direito processual penal, defendida na Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 30.

¹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; Grinover, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 58-59.

¹¹ PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p.75.

¹² LOPES JUNIOR., Aury. *Direito processual penal*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 64.

¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 117-120.

Bedaque ainda destaca que o melhor jeito de preservar a imparcialidade do juiz é a submissão da sua atividade instrutória no processo ao crivo do contraditório, que é condição de validade de qualquer prova, e a imposição do dever do magistrado de motivar suas decisões, nos termos da Constituição.¹⁴

Ademais, ao agir assim, o juiz demonstra estar atento aos fins sociais do processo, atitude não apenas admitida pelo ordenamento jurídico, mas desejada, porque concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa. Imparcialidade não se confunde com passividade.¹⁵

Parece certo que o princípio da imparcialidade está intimamente ligado ao sistema acusatório, em que o juiz tem a função de tão somente julgar. Mas resta equivocada a afirmação de que o juiz imparcial do sistema acusatório não possa ter poderes instrutórios, como será visto no capítulo 2. Os poderes instrutórios, desde que excepcionais e tão somente quando necessários e de acordo com os requisitos legais, não fere a imparcialidade, principalmente se atendidos os princípios do contraditório e da motivação das decisões.

1.2 Imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva

A distinção entre imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva é oriunda da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no julgamento do caso *Piersack vs. Bélgica* em 1982. A Corte entendeu pela violação do artigo 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos em razão de o julgador de determinado caso ter exercido a função de promotor durante as investigações do crime pelo qual foi condenado.

O artigo 6.1 da Convenção Europeia¹⁶ prevê que qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra si.

O julgado dispõe que:

¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 121-122.

¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 123.

¹⁶ Disponível em: < https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf >. Acesso em: 15/07/2018.

Se a imparcialidade se define ordinariamente pela ausência de prejuízos ou parcialidade, sua existência pode ser apreciada, especialmente conforme o artigo 6.1 da Convenção, de diversas maneiras. Pode se distinguir assim entre um aspecto subjetivo, que trata de averiguar a convicção pessoal de um juiz determinado em um caso concreto, e um aspecto objetivo, que se refere a se este oferece as garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável a respeito. (...) Sem embargos, não é possível reduzir a uma apreciação puramente subjetiva. Nesta matéria inclusive as aparências podem ter uma certa importância (Sentença Delcourt de 17/01/1970). Como observou o Tribunal de recursos belga na sua sentença em 21/02/1979, todo juiz em relação ao qual se possa haver razões legítimas para duvidar de sua imparcialidade deve abster-se de julgar esse caso. O que está em jogo é a confiança que os tribunais devem inspirar nos cidadãos em uma sociedade democrática.¹⁷

O tema imparcialidade objetiva e subjetiva foi abordado novamente pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no julgamento do caso *De Cubber vs. Bélgica*, sentenciado em 26/10/1984, caso em que também se entendeu que foi violada a imparcialidade do julgador prevista no artigo 6.1 da Convenção Europeia, uma vez que o juiz que iria julgar havia atuado no caso como juiz de instrução.

Nesse caso, o Tribunal Europeu afirmou que:

A imparcialidade pessoal de um magistrado se presume pela falta de prova em contrário e, no presente caso, essa prova não surge de modo algum dos elementos reconhecidos pelo Tribunal. Nada indica, em particular, que em assuntos anteriores o senhor Pilate tenha manifestado qualquer tipo de hostilidade ou malevolência ao senhor De Cubber, nem que tenha finalmente obtido por motivos estranhos às regras normais de distribuição de causas, que lhe foi encomendada alguma das três instruções abertas em 1977 em relação com este último. O Tribunal não podia, sem embargos, contentar-se com as conclusões obtidas de uma ótica puramente subjetiva; a de tomar igualmente em conta considerações de caráter funcional e orgânico (perspectiva objetiva). Nesta matéria, inclusive as aparências podem ter importância, segundo um adágio inglês citado particularmente na sentença Delcourt de 17/01/1970 (*justice must not only be done: it must also be seen to be done*). Assim como foi

¹⁷ Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#>>. Acesso em 16/07/2018. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso Piersack vs. Bélgica. Sentença proferida em 01/10/1982.

colocado na manifestação do Tribunal de Recursos da Bélgica, deve se recusar todo juízo do qual se pode legitimamente temer uma falta de imparcialidade. Isso deriva da confiança que os tribunais de uma sociedade democrática devem inspirar aos jurisdicionados, começando, na ordem penal, pelos acusados.¹⁸

Entende-se, portanto, por imparcialidade subjetiva a convicção pessoal do juiz, a sua imparcialidade em seu foro íntimo. A imparcialidade objetiva diz respeito ao juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável sobre sua imparcialidade, isto é, além de ser imparcial parecer ser imparcial.¹⁹

Quando o juiz participa da investigação dos fatos criminosos, ele produz pré-julgamentos, pré-juízos sobre a culpabilidade do investigado que vão impedi-lo de decidir, posteriormente, com total isenção e imparcialidade, como nos casos em que decreta a prisão temporária ou preventiva ou determina a quebra de sigilos, onde conclui positivamente acerca da existência do crime e da probabilidade de o investigado ser o seu autor.²⁰

Por isso a importância de se estudar o princípio da imparcialidade e o distanciamento do juiz do processo da investigação preliminar, bem como a possibilidade de se instituir o juiz das garantias no processo penal, tal como previsto no Anteprojeto do Código de Processo Penal que será analisado posteriormente.

1.3 O princípio da imparcialidade no ordenamento jurídico

A Constituição Federal de 1988 não possui artigos dedicados à garantia da imparcialidade do juiz, mas contém dispositivos destinados a assegurar que todas as causas discutidas em juízo sejam conduzidas e processadas por juízes imparciais. O juiz, ao conduzir o processo e julgar a causa, é o próprio Estado, de modo que ele deve agir com impessoalidade, sem levar em conta sentimentos e interesses.²¹

¹⁸ Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#>>. Acesso em 16/07/2018. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso De Cubber vs. Bélgica. Sentença proferida em 26/10/1984.

¹⁹ LOPES JUNIOR., Aury. *Direito processual penal*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 66.

²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias*. Disponível em <<http://www.badaroadvogados.com.br/?p331>>, acesso em 17/07/2018.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 57.

A Constituição estabelece, como será visto adiante, a garantia do juiz natural, a proibição dos tribunais de exceção, bem como as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. Já a lei processual infraconstitucional também estabelece conceitos para proteger a sociedade de ser julgada por um juiz parcial, tais como a suspeição e impedimento, o princípio do impulso oficial, entre outras.²²

Essas garantias não vão garantir que o juiz será imparcial com toda a certeza, mas melhor ter essas garantias que trazem a segurança de pelo menos um mínimo de imparcialidade, do que não ter limitação alguma ao juiz para atuar em um processo em que tenha interesses pessoais ou que possa atuar para servir uma das partes.

1.3.1 O princípio da imparcialidade no ordenamento jurídico internacional

Conforme foi demonstrado no item anterior, o princípio da imparcialidade é previsto expressamente na Convenção Europeia de Direitos Humanos em seu artigo 6.1. A imparcialidade também está prevista de modo expreso na Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 10:

toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

A Convenção Americana de Direitos Humanos também dispõe explicitamente sobre a imparcialidade no artigo 8.1:

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

Como se constata, todos os tratados internacionais convergem acerca da obrigatoriedade da imparcialidade no devido processo penal como um dos direitos previstos no rol dos direitos humanos.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 58.

No caso *Arguelles e outros versus Argentina*²³, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que a imparcialidade exige garantias subjetivas da parte do juiz, assim como garantias suficientes de índole objetiva que permitam afastar qualquer dúvida que o acusado ou a comunidade possam ter a respeito da parcialidade do julgador.

Por isso, a Corte afirmou que a recusa dos juízes pelas partes por suspeita de imparcialidade é instrumento processual que permite proteger o direito a ser julgado por um órgão imparcial. Neste julgado, a CIDH também afirmou que a falta de imparcialidade não se presume, de modo que deve ser analisada caso a caso, bem como que a garantia da imparcialidade implica que os integrantes do tribunal não tenham um interesse direto, uma posição tomada ou preferência por uma das partes, devendo eles inspirar a confiança necessária às partes e aos cidadãos de uma sociedade democrática.

1.3.2 O princípio da imparcialidade na Constituição Federal

Em contramão aos documentos internacionais, a Constituição Federal de 1988 não apresenta o princípio da imparcialidade explicitamente. Entretanto, isso não significa que ele não é adotado e assegurado na ordem constitucional brasileira. Trata-se de uma garantia constituição implícita. A imparcialidade é *conditio sine qua non* de qualquer juiz no Brasil.²⁴

Primeiramente, a Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu artigo 5º, inciso LV, o direito ao contraditório e ampla defesa, direitos fundamentais que asseguram a imparcialidade do julgador. O artigo 93, inciso IX, por sua vez, determina o dever do magistrado de fundamentar todas as suas decisões, sob pena de nulidade.

Além disso, com o fim de legitimar os juízes e garantir a imparcialidade, o já citado artigo 93 prevê que os juízes ingressarão na carreira por meio de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases e a exigência de, no mínimo, três anos de atividade jurídica ao bacharel em direito que concorre ao cargo.

²³ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/2e2d7d2bae74e939fba68e45dd30133d.pdf>>. Acesso em 05/12/2019.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese apresentada para obtenção do título de livre-docência em direito processual penal, defendida na Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 29.

A doutrina constitucionalista divide as garantias do Poder Judiciário, garantias estas voltadas a assegurar a independência e a imparcialidade dos membros desse Poder, em garantias institucionais e garantias aos membros ou funcionais. As garantias institucionais dizem respeito ao Poder Judiciário como um todo, para garantir a sua separação dos demais poderes, conforme preceitua o artigo 2º da Constituição Federal.²⁵

As garantias institucionais estão previstas no artigo 99 da Constituição, que prevê a autonomia administrativa, como provimento dos cargos de juiz, criação de novas varas, concessão de licenças, férias, e a autonomia financeira do Poder Judiciário, que é a elaboração do seu próprio orçamento dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. E, ainda, no artigo 96, inciso I, alínea “a”, que autoriza ao próprio Poder a escolha de seu órgão diretivo e a elaboração de seu regimento interno.

As garantias dos membros do Poder Judiciário também têm o fito de garantir a independência e a imparcialidade do magistrado. Essas garantias estão previstas no artigo 95 da Constituição da República de 1988. Nos incisos I a III deste artigo estão previstas as chamadas garantias de liberdade ou de independência, quais sejam: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

A vitaliciedade consiste na vinculação do juiz titular do cargo para o qual foi nomeado por concurso público de provas e títulos após dois anos de efetivo exercício, só podendo perder seu cargo por decisão judicial transitada em julgado. Para os juízes de segundo grau que ingressam pelo quinto constitucional ou pelos ministros dos tribunais superiores, a vitaliciedade é imediata. A inamovibilidade é a impossibilidade de remoção do juiz sem seu consentimento, salvo, conforme dispõe a própria Constituição, por motivo de interesse público. Por fim, a irredutibilidade de subsídio consiste na impossibilidade de reduzir o subsídio dos magistrados como forma de pressão para garantir o livre exercício de sua função.²⁶

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a irredutibilidade de subsídio não é violada quando é preservado seu valor nominal.²⁷ Nos dizeres de Carlos Alberto Pereira Leitão Junior,

²⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 366.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 368-369.

²⁷ Vide: STF. 1ª Turma. ARE 961149AgR/SP. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 25/11/2016; STF. 1ª Turma RE 643289 AgR/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 22/11/2011.

essa leitura do Supremo Tribunal Federal coloca em dúvida a efetividade da garantia, uma vez que o subsídio do magistrado está sempre defasado, gerando a necessidade de um aumento que acaba sendo concedido pelo Executivo e pelo Legislativo, deixando a independência do Judiciário em segundo plano.²⁸

As garantias de imparcialidade do magistrado no exercício de suas funções, por sua vez, estão previstas no artigo 95, parágrafo único e seus incisos, da Constituição da República ao estabelecer determinadas vedações aos juízes. Aos juízes é vedado: exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; e exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Ressalte-se a Resolução nº 10, de 19/12/05, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o exercício pelos membros do Poder Judiciário de funções, mesmo sem remuneração, nos Tribunais de Justiça Desportiva e Comissões Disciplinares. Essa Resolução consagrou o princípio da dedicação exclusiva, que tem como fim a preservação da independência, imparcialidade e isenção dos magistrados.²⁹

Em relação à atividade de magistério, a Resolução nº 34, de 24/04/2007, também do Conselho Nacional de Justiça dispõe que o exercício da docência pelos magistrados pressupõe compatibilidade entre os horários fixados para o expediente forense e para a atividade acadêmica, devendo comprovar tal fato para o Tribunal. Ademais, o exercício da atividade de docência deverá ser comunicado formalmente ao Tribunal, conforme redação dada pela Resolução nº 226.

A citada Resolução nº 226, de 14/06/2016, vedou a prática de atividades de *coaching*, similares e congêneres, destinadas à assessoria individual ou coletiva de pessoas, inclusive na preparação de candidatos a concursos públicos.

Vale a pena destacar também que caso um magistrado pretenda concorrer a uma eleição, ele deve pedir exoneração de seu cargo. Nos termos do artigo 9º da lei 9.504/97, com redação alterada pela Lei 13.488/17, para concorrer às eleições, o

²⁸ LEITÃO JUNIOR, Carlos Alberto Pereira. *O juiz das garantias e a reforma do processo penal: homenagem ao princípio da imparcialidade*. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. p. 78.

²⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017. p. 369.

candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição no prazo de seis meses e estar com a filiação deferida pelo partido pelo mesmo prazo.

Segundo José Jairo Gomes, para os magistrados se candidatarem, é consagrado na jurisprudência que eles poderão se filiar ao partido político até seis meses antes do pleito, pois o tempo exigido de filiação partidária coincide com o prazo previsto para desincompatibilização.³⁰

Essas regras não garantem a imparcialidade por si só, mas são garantias a mais que oferecem ao povo de que a atividade jurisdicional deve ser exercida por juízes imparciais e independentes.

1.3.3 O princípio da imparcialidade nas leis infraconstitucionais

Em relação ao Código de Processo Penal, este também não prevê expressamente o princípio da imparcialidade. Entretanto, em seu título VIII, capítulo I, traz apenas disposições acerca do juiz no processo penal. O Código prevê hipóteses em que o juiz estará impedido ou suspeito de exercer sua função no processo penal justamente com o fim de manter a imparcialidade do julgador.

O artigo 252 do Código de Processo Penal dispõe que o juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: 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 (tendo em vista o tratamento constitucional igualitário entre cônjuge e companheiro, esse inciso abrange o impedimento na hipótese de companheiro também.); 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.

Esse artigo prevê as hipóteses de impedimento do juiz. O artigo 253 do Código de Processo Penal também prevê hipótese de impedimento ao prever que nos júzos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive.

³⁰ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 185.

Impedimento consiste em circunstâncias objetivas relacionadas a fatos internos ao processo capazes de prejudicar a imparcialidade do juiz, ligadas, direta ou indiretamente, ao processo em curso. Há presunção absoluta de parcialidade nas causas de impedimento. Os efeitos da atuação de um juiz impedido no processo penal é a própria inexistência do ato jurídico. As causas de impedimento elencadas nos artigos 252 e 253 do Código de Processo Penal são taxativas.³¹

Já as causas de suspeição estão previstas no artigo 254 do Código de Processo Penal. Esse artigo dispõe que juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes: 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.

Suspeição, por sua vez, é ligada a fatos externos ao processo e suas causas são apresentadas pela lei em rol exemplificativo, uma vez que se admite o reconhecimento de suspeição por causas de foro íntimo. A atuação de um juiz suspeito em determinada causa gera, apesar de controvérsias doutrinárias, nulidade absoluta, nos termos do artigo 564, inciso I, do Código de Processo Penal. Isso porque o artigo 572 do Código de Processo Penal, ao se referir às causas de nulidade que serão sanadas em razão do decurso temporal, característica das nulidades relativas, não faz menção ao artigo 564, inciso I.³²

Aponta-se também o artigo 256 do Código de Processo Penal, que dispõe que a suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la.

A lei ainda determina em seu artigo 255 que o impedimento ou suspeição decorrente de parentesco por afinidade cessará pela dissolução do casamento que lhe tiver dado causa, salvo sobrevivendo descendentes; mas, ainda que dissolvido o

³¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 1214.

³² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 1214.

casamento sem descendentes, não funcionará como juiz o sogro, o padrasto, o cunhado, o genro ou enteado de quem for parte no processo.

Se impedido ou suspeito, o juiz deve reconhecer de ofício essa sua condição, de forma escrita e fundamentada, remetendo o feito imediatamente ao seu substituto legal e intimando-se as partes. Caso o juiz não o faça, qualquer das partes poderá arguir tal fato por meio de exceção, por escrito, fundamentada e instruída com prova testemunhal e indicação de testemunhas, assinada pela parte ou por seu procurador com poderes especiais para tanto.³³

Quando arguida pela parte, o juiz pode admiti-la, de modo que suspenderá o feito imediatamente declarando sua situação e remeterá os autos ao seu substituto legal. O juiz também poderá não admiti-la, situação em que autuará os autos da exceção em apartado e apresentará sua resposta em três dias, devidamente instruída com prova documental e eventual rol de testemunhas. Após, determinará a remessa dos autos ao tribunal responsável pelo julgamento da exceção.³⁴

Pode ser que o juiz, mesmo impedido ou suspeito, em seu íntimo se ache capaz de julgar a lide com imparcialidade. Porém, como nesses casos há a tentação maior de submetê-lo à parcialidade, o melhor que o juiz pode fazer é, presente uma das causas de impedimento ou suspeição, se afastar do processo de ofício.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional, a lei complementar nº 35/79, também tem normas destinadas aos juízes, onde prevê as garantias dos magistrados, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio dos artigos 22 a 32. Os artigos 33 e 34 enumeram as prerrogativas dos magistrados e os artigos 35 a 39 preveem os deveres impostos a todos os juízes.

Segundo Carlos Alberto Pereira Leitão Jr., a lei busca resguardar as partes de terem a atuação de um juiz parcial no processo de dois modos distintos: modo preventivo e modo repressivo. Pelo modo preventivo, a lei estabelece o impedimento e a suspeição, bem como institui instrumentos para que ocorra o imediato afastamento do juiz parcial, como a exceção. O modo repressivo consiste na sanção do juiz que não apresenta reais condições de ser imparcial e que tenha atuado de maneira efetiva parcialmente,

³³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 319.

³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 320.

podendo incidir na prática de crime contra a Administração Pública, a depender do contexto e da sua culpabilidade.³⁵

Outrossim, vale ressaltar que o Código de Ética da Magistratura, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, traz no Capítulo III disposições expressas acerca da imparcialidade. O artigo 8º prevê que 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.

Já o artigo 9º dispõe que ao juiz, no desempenho de sua atividade, cumpre dispensar às partes igualdade de tratamento, vedada qualquer espécie de injustificada discriminação. Em seu parágrafo único prevê, ainda, que não é considerado tratamento discriminatório injustificado a audiência concedida a apenas uma das partes ou seu advogado, contanto que se assegure igual direito à parte contrária, caso seja solicitado; e o tratamento diferenciado resultante de lei.

1.3.4 O princípio da imparcialidade no direito comparado

Na América Latina, o processo penal do Chile é baseado em um avançado sistema acusatório e traz diversos institutos para garantir a imparcialidade. Há explícita referência à imparcialidade no Código de Processo Penal chileno. Logo em seu artigo 1º estabelece que nenhuma pessoa poderá ser condenada se não em virtude de sentença devidamente fundamentada, proferida por um tribunal imparcial.³⁶

No artigo 2º há previsão do juiz natural, em que se determina que ninguém poderá ser julgado por comissões especiais, mas sim somente pelo tribunal competente estabelecido pela lei anteriormente ao cometimento do fato criminoso. No artigo 3º prevê o Ministério Público como responsável exclusivo pela condução da investigação criminal e no artigo 4º prevê a presunção de inocência. Em seu artigo 10 há a previsão do juiz das garantias.³⁷

Em um estudo chileno sobre os dez anos de reforma do seu Código de Processo Penal, foram elencados como pontos positivos para o sistema penal o alto

³⁵ LEITÃO JUNIOR, Carlos Alberto Pereira. *O juiz das garantias e a reforma do processo penal: homenagem ao princípio da imparcialidade*. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016. p. 90.

³⁶ Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 03/01/2020.

³⁷ Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 03/01/2020.

nível de transparência e publicidade, tempo de resposta satisfatórios para a resolução dos casos penais, sistema de resolução de conflitos que permitiu racionalizar o uso do aparato de persecução penal, estrutura de juízo oral com juízes em condições de imparcialidade objetiva e subjetiva capazes de dirimir controvérsias e um modelo acusatório de natureza genuinamente oral.³⁸

O Chile é signatário de tratados internacionais como a Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que contemplam um rol de garantias ao devido processo legal, bem como à segurança individual e liberdade individuais no processo penal. O direito à imparcialidade do julgador constitui um pilar fundamental de garantia do devido processo legal em um Estado de Direito.³⁹

O direito de ser processado e julgado por um juiz imparcial é uma garantia individual na persecução penal chilena e, para garantir esse direito, o Código de Processo Penal chileno reforçou a separação de funções no processo penal rompendo com o sistema inquisitório do código anterior e trazendo um sistema acusatório, em que as funções de investigar e acusar estão separadas da função de julgar.⁴⁰

No direito europeu, pode-se citar Portugal que também adota o sistema acusatório. O Código de Processo Penal português prevê no artigo 39 os impedimentos do juiz para impedir sua participação em um processo penal e, no artigo 40, os impedimentos por participação em processo. Os artigos 41 e 42 tratam da declaração de

³⁸ “El resultado arroja cifras y datos ampliamente positivos para el sistema de justicia penal que bien pueden resumirse en lo siguiente: a. Chile cuenta hoy con un sistema de justicia penal dotado de altos niveles de transparencia, que lo sitúan entre los países con mayor nivel de publicidad, acceso a información y transparencia de América Latina. b. El país cuenta con un modelo de persecución y enjuiciamiento penal que ostenta tiempos de respuesta altamente satisfactorios para la resolución de los casos penales c. El sistema penal logró incorporar mecanismos de resolución de conflictos que han permitido racionalizar el uso de aparato de persecución penal. d. Se logró dotar al sistema penal de un sistema de defensa penal altamente profesional capaz de prestar servicios de defensa oportunos y con altos estándares técnicos. e. Se han incorporado mecanismos de gestión y administración que han permitido racionalizar el uso de los recursos del sistema de justicia penal. f. Se han incorporado mecanismos de selectividad penal que permiten focalizar la persecución penal de modo más racional y técnica. g. Se desarrolló una estructura de juicio oral que permitió instalar un espacio institucional donde jueces situados en condiciones de imparcialidad objetiva y subjetiva, son capaces de dirimir las controversias de partes que sostienen posiciones antagónicas, en condiciones de oralidad, publicidad, intermediación, concentración y oportunidad. h. Finalmente la promesa de un modelo acusatorio de naturaleza genuinamente oral y sobre la base de lógicas de audiencia, fue capaz de reemplazar al viejo sistema secreto de expedientes y escriturado.” In: Ministerio de Justicia. *A 10 años de la reforma procesal penal: los desafíos del nuevo sistema*. p. 119 e 120. Disponível em: <<http://www.cwagweb.org/wp-content/uploads/2016/08/LIBRO-10-ANOS-DE-LA-REFORMA-PROCESAL.pdf>>. Acesso em: 03/01/2020.

³⁹ LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. *Derecho procesal penal chileno: tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 19-20.

⁴⁰ LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. *Derecho procesal penal chileno: tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002. p. 61-62.

impedimento, seus efeitos e recurso. O artigo 43 dispõe sobre causas de recusas e escusas.⁴¹

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem prevê em seu artigo 6.1 que qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei.⁴²

1.4 Sistemas processuais penais e a imparcialidade

Os sistemas processuais penais são campos criados a partir da junção de unidades que são interligadas em torno de uma premissa, funcionando como uma indicação abstrata de um modelo processual penal constituído de unidades que se relacionam e lhe conferem forma e características próprias, de modo a permitir uma abordagem comparativa entre os diversos sistemas apresentados.⁴³

Cada sistema penal tem como características diferenciadoras, conforme será apresentado, a imparcialidade do juiz e a possibilidade de sua atividade instrutória no decorrer do processo, por isso, a importância de apresentar as características de cada um dos sistemas.

Aury Lopes Jr. ressalta que a posição do juiz no processo penal é fundante do sistema processual, uma vez que o processo penal está estruturado a partir da posição ocupada pelo juiz na estrutura dialética do processo. A posição do juiz é crucial para o (des)equilíbrio de todo o sistema de administração da justiça e do processo.⁴⁴

O mesmo autor ainda acrescenta que os sistemas processuais inquisitório e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época. De modo geral, o sistema acusatório é predominante em países democráticos e com respeito às liberdades individuais; já o sistema inquisitório

⁴¹ Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/124532379/202001142345/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=diploma>. Acesso em: 02/01/2020.

⁴² Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 10/08/2019.

⁴³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 34-35.

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 140.

predomina historicamente em países mais repressivos, autoritaristas ou totalitaristas, onde se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.⁴⁵

Assim, conforme será demonstrado, quando adotado o sistema inquisitório, o juiz atuará incisivamente no processo, de modo que sua atuação será parcial. Já no sistema acusatório, o juiz, por ter seu papel e sua atividade instrutória restritas, terá uma maior tendência a conduzir e julgar o processo de modo mais imparcial possível.

1.4.1 Sistema Inquisitório

O sistema inquisitório surgiu essencialmente na Roma Imperial. Foi adotado pelo Direito Canônico e se espalhou pela Europa do século XII até o século XVIII, quando ainda era utilizado em tribunais civis. Esteve associado a Estados absolutistas, com estruturas políticas centralizadas.⁴⁶

Justamente por ser advindo da centralização dos Estados absolutistas, a principal característica do sistema inquisitório é a concentração de todos os poderes, quais sejam, perseguir, acusar, defender e julgar, nas mãos de uma única pessoa, do inquisidor.

O juiz inquisidor é um juiz parcial, dotado de ampla iniciativa probatória em um processo sem contraditório e com ampla liberdade para produção de provas, sem preocupação com o meio e o modo de obtenção dessas provas, admitindo-se, inclusive, a tortura.⁴⁷

De acordo com os ensinamentos do Professor Marcos Zilli, no sistema acusatório:

Sua principal meta é a busca de uma verdade histórica, não importando, para tanto, os meios e os modos utilizados para o cumprimento de tal mister. São, ainda, apontadas, como características inerentes a esse modelo: 1. Hierarquização da jurisdição: invariavelmente, o monarca é o depositário da jurisdição penal, que a delega a funcionários subordinados, que a exercem em seu nome; 2. Presença do inquisidor: o poder de acusar e perseguir é exercido pelo mesmo órgão que também é encarregado de

⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 141-142.

⁴⁶ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 35-40.

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 38-39.

julgar; 3. O acusado é tratado como um objeto da persecução e não como sujeito de direitos; 4. O procedimento consiste em uma investigação secreta, escrita e descontínua; 5. No campo probatório, impera o sistema das provas legais. Ou seja, a valoração das provas atende a rigorosos critérios que podem afastar ou reconhecer um fato como elemento hábil para a formação da convicção; 6. O sistema de recursos reflete a forma hierarquizada de organização da jurisdição penal. Da mesma forma que o monarca delega aos seus subordinados parcela da jurisdição que por eles é exercida, esta lhe é inteiramente devolvida quando do exame e julgamento do recurso.⁴⁸

O processo inquisitório adota o sistema de provas legais ou tarifadas, uma vez que as provas eram valoradas conforme critérios previamente estabelecidos. Nesse sistema, a confissão é a rainha das provas, o que permitia inclusive a tortura do acusado para que este confessasse, tudo em nome da busca da verdade real ou absoluta.⁴⁹

Atualmente, esse sistema é incompatível com a Constituição Federal do Brasil de 1988, que prevê diversos direitos e garantias ao investigado e ao acusado. Segundo Aury Lopes Jr., o sistema inquisitório foi desacreditado por incidir em um erro psicológico ao crer que a mesma pessoa pode exercer funções tão diferentes, como investigar, acusar, defender e julgar.⁵⁰

1.4.2 Sistema acusatório

O sistema acusatório se estabeleceu na República Romana e na Idade Média até o século XIII, prevalecendo no direito germânico.⁵¹ Após, entrou em declínio de modo que passou a prevalecer o sistema inquisitório. Nos dias atuais, o sistema penal que mais se aproxima do sistema acusatório puro é o sistema inglês.⁵²

Sua principal característica é a separação dos poderes penais em pessoas distintas. A acusação, a defesa e o juiz são órgãos/pessoas diversas. O juiz passa a

⁴⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 40.

⁴⁹ LOPES JUNIOR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 154.

⁵⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 42.

⁵¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

⁵² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 40.

ser imparcial, ele mantém uma posição passiva, uma vez que as provas são fornecidas e geridas pelas partes.

O juiz, portanto, não é dotado de atividade instrutória no sistema acusatório e a valoração das provas é feita pelo sistema do livre convencimento motivado. O magistrado mantém a posição de fundante da estrutura processual. O seu afastamento da iniciativa probatória assegura a estrutura dialética do processo penal e a sua imparcialidade no julgamento da causa. O juiz mantém tranquilidade psicológica para sentenciar.⁵³

O professor Zilli indica também como traços característicos e inerentes ao sistema acusatório:

1. A jurisdição penal é exercida, essencialmente, por tribunais populares, posicionando-se o julgador como um árbitro imparcial entre acusador e acusado;
2. A persecução penal é exercida por uma pessoa física que não possui qualquer vínculo com os órgãos oficiais de persecução;
3. O acusado é considerado como um sujeito de direitos estando, pois, em posição de igualdade frente ao acusador;
4. O procedimento desenvolve-se mediante um debate público, oral, contínuo e contraditório;
5. Na valoração da prova, impera o sistema do livre convencimento, não estando os juízes subordinados a regras específicas e rígidas quanto à valoração das provas apresentadas;
6. A sentença é o resultado de uma votação, que pode tomar por base a vontade expressa pela maioria ou pela unanimidade dos julgadores.⁵⁴

No processo acusatório, é respeitado o princípio da igualdade entre as partes. Com a presença do contraditório e da ampla defesa, o acusado é considerado inocente até que se prove o contrário. As decisões proferidas no processo penal são recorríveis.

Frederico Valdez Pereira afirma que o sistema acusatório não é delimitado apenas pela exigência da separação das funções no processo penal e acrescenta que também se exige, em decorrência dessa separação de funções, a correlação entre acusação e sentença, ou seja, a condenação tem que ser baseada no que foi apresentado na denúncia, bem como a proibição de *reformatio in pejus*.⁵⁵

⁵³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 43-44.

⁵⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 38-39.

⁵⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 41.

A Constituição Federal de 1988 apresenta diversas características do sistema acusatório, uma vez que prevê em seu artigo 5º diversas garantias e direitos fundamentais aos investigados/acusados. Ademais, prevê a separação de funções em seu artigo 129, inciso I, onde o Ministério Público aparece como titular da ação penal.

Aury Lopes Jr. afirma que a principal crítica que se faz ao modelo acusatório é justamente a inércia do juiz, a imposição de sua imparcialidade, pois neste papel o magistrado tem que se contentar com a atividade probatória incompleta das partes e decidir baseado nesse material. Esta crítica sempre foi o fundamento para a atribuição de poderes instrutórios ao magistrado.⁵⁶

1.4.3 Sistema misto

O sistema misto também é chamado de sistema francês, napoleônico ou inquisitório reformado. Esse sistema, que contém aspectos tanto do sistema acusatório quanto do processo penal inquisitório, surgiu com a expansão napoleônica a partir do *Code d'Instruction Criminelle* francês, por meio da qual se difundiu pela Europa os ideais de um processo penal fundado nas ideias Iluministas.⁵⁷

O processo é dividido em duas fases: fase pré-processual e fase processual. A primeira fase do processo no sistema misto tem como fim apurar a materialidade e autoria do delito, é inquisitória, com instrução escrita e secreta, sem acusação e sem contraditório. A segunda fase, entretanto, contém caráter acusatório, uma vez que o órgão acusador apresenta a acusação, o réu tem direito à defesa e contraditório e o juiz julga.

Mais uma vez, utiliza-se as características expostas pelo Professor Marcos Zilli do sistema misto:

1. A jurisdição penal é exercida por tribunais, reconhecendo-se, em alguns casos, legítima a participação popular;
2. A persecução penal é exercida, na maioria dos casos, por um órgão público;
3. O imputado é considerado um sujeito de direitos e sua posição jurídica, durante o processo, é a de um inocente até que venha a ser considerado culpado;
4. O procedimento traduz os interesses públicos de perseguir e de impor a

⁵⁶ LOPES JUNIOR., Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 145-146.

⁵⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 41.

sanção penal ao agente, assegurando-lhe, outrossim, o respeito à sua liberdade. Via de regra, é iniciado por uma investigação preliminar a cargo do Ministério Público ou do Juiz de Instrução e cujo objetivo é a coleta de elementos necessários para o embasamento de uma acusação. Segue-se a ele um procedimento intermediário no qual julga-se a viabilidade da acusação e, finalmente, pelo procedimento principal que é ultimado com a prolação de uma sentença absolutória ou condenatória; 5. O tribunal pode ser composto por juízes leigos e profissionais ou apenas por juízes profissionais, adotando-se o sistema do livre convencimento; 6. As decisões são recorríveis.⁵⁸

Vigora como regra a publicidade e oralidade no sistema misto. A sua jurisdição é exercida por tribunais com decisões recorríveis, a persecução penal é feita por um órgão público e o imputado é sujeito de direitos.

Aury Lopes Jr. critica o sistema misto e afirma que esse sistema é reducionista, já que todos os sistemas são mistos e os modelos puros são apenas referência histórica. É necessária a análise do núcleo fundante para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, que consiste na atividade probatória do juiz.⁵⁹

Acrescenta que não basta ter uma acusação, uma separação inicial de funções para se ter um processo acusatório. Ele entende ser necessário manter essa separação por todo o processo, de modo que a iniciativa probatória fique somente nas mãos das partes e, assim, se mantenha a imparcialidade do julgador.⁶⁰

1.4.4 Sistema inquisitorial e adversarial

Decidiu-se apresentar essa classificação da professora Ada Pellegrini Grinover que difere os sistemas inquisitorial e adversarial dos sistemas inquisitório e acusatório. Entretanto, ressalta-se que na distinção dos sistemas processuais penais apresentada não foi utilizada a diferenciação presente nessa classificação.

Para a professora Ada, o sistema acusatório moderno vem sendo confundido com o *adversarial system* dos países anglo-saxões. Para a professora, sistema

⁵⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 41-42.

⁵⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45-47.

⁶⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45-47.

acusatório e inquisitório não se confundem com o sistema inquisitorial e adversarial do sistema extraído dos países anglo-saxões.⁶¹

O processo acusatório e o processo de partes, isto é, acusação, defesa e juiz sujeitos da relação jurídica processual, não tem a ver com a iniciativa instrutória do juiz no processo penal, pois isso tem a ver com o *adversarial system*, que consiste em um modelo que tem como característica a predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção de provas.⁶²

No *inquisitorial system*, por sua vez, a marcha do processo e a produção de provas recaem preferencialmente sobre o juiz.⁶³ Esse sistema tem como base o impulso oficial no processo penal, ou seja, respeitada a iniciativa da propositura da ação penal por órgão diverso do órgão encarregado do julgamento, o desenvolvimento dos demais atos processuais recai, principalmente, nas mãos do julgador. Destaca-se nesse sistema a impossibilidade de se resguardar a imparcialidade do juiz, em razão de seu profundo envolvimento na apuração fática.⁶⁴

O modelo adversarial confia ao juiz a condução do processo, tendo em vista a sua função social e seu caráter publicista. A finalidade do juiz na atividade jurisdicional é a de manter a integridade do ordenamento jurídico e o alcance da paz social. Ele deve estimular o contraditório, ser imparcial, suprir as deficiências entre os litigantes a fim de alcançar a igualdade entre as partes, assumir uma posição ativa na fase instrutória, não apenas se limitando à análise dos elementos fornecidos pelas partes, mas também determinando a produção de provas quando constatar essa necessidade.⁶⁵

Segundo o Professor Gustavo Badaró,

Nos países de *common law*, a regra fundamental do *adversary system* é a iniciativa das partes, enquanto o juiz tem um papel relativamente passivo, agindo essencialmente como um árbitro em posição neutra entre as partes. Aliás, num sistema em que o funcionamento de todos os seus mecanismos depende, essencialmente, de atividade processual das partes, o papel principal acaba sendo do advogado, como efetivo partícipe da

⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Forense, v. 347, jul-set. 1999.

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Forense, v. 347, jul-set. 1999.

⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Forense, v. 347, jul-set. 1999.

⁶⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 43.

⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Forense, v. 347, jul-set. 1999.

dinâmica processual. Nesse duelo de partes, o papel do juiz, inclusive na atividade probatória é de *neutralidade*, como um árbitro que não tem qualquer iniciativa em favor de um ou de outro contendor. No *adversary system* cabe às partes a produção da prova, não tendo o juiz, em regra, iniciativa probatória. Em consequência, se as provas produzidas pelas partes não são suficientes, o juiz não determinará a produção de nenhuma outra prova.⁶⁶

1.4.5 Sistema processual penal brasileiro

A Constituição Federal de 1988 prevê diversas garantias e direitos fundamentais previstos ao investigado/acusado durante as investigações e/ou processo compatíveis com o processo penal acusatório em seu artigo 5º, tais como: vedação à tortura e a tratamentos desumanos ou degradantes; vedação a júzos ou tribunais de exceção; processo e julgamento pelo juiz natural; devido processo legal, contraditório e ampla defesa; reconhecimento da instituição do júri; a impossibilidade de crime sem lei anterior que o defina e de pena sem prévia cominação legal; a irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu; a punição para discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais, inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos e a presunção de inocência.

Ao preso, a Constituição da República Federativa do Brasil assegura ainda a pessoalidade e a individualização da pena; a vedação à pena de morte, perpétua, de trabalhos forçados, cruel ou de banimento; respeito à integridade física e moral; cumprimento de pena em estabelecimentos distintos, de acordo com o delito praticado, a idade e o sexo do apenado; a possibilidade de prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária; no caso de prisão, a imediata comunicação desta a autoridade judiciária competente e à família do preso; identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório; e o relaxamento de prisões ilegais.

Para maior segurança e para garantir a independência e imparcialidade dos juízes, o artigo 95 da Constituição Federal prevê ao magistrado as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio, bem como veda

⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 126-128

em seu parágrafo único o exercício de outros cargos e funções, salvo uma de magistério; o recebimento de custas ou participação em processos; como também veda o recebimento de auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas; a dedicação à atividade político-partidária e o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

A Constituição também apresenta no artigo 127 o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, no artigo 128, enumera ao Parquet as mesmas garantias e vedações que previu ao magistrado. Outrossim, em seu artigo 129, inciso I, prevê como função institucional e privativa do Ministério Público a promoção da ação penal pública.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, corrobora com a Constituição Federal em diversos dispositivos e pode-se afirmar que também prevê um processo penal acusatório para os países signatários, uma vez que assegura o direito à integridade física, psíquica e moral das pessoas; a vedação à tortura e tratamentos cruéis ou degradantes; a individualização da pena; a presunção de inocência, entre outros.

Destaca-se o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos que assegura que toda pessoa deve ser ouvida, com as devidas garantias e a 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.

Para maior parte da doutrina e para o Supremo Tribunal Federal⁶⁷, o Brasil adotou o sistema acusatório, principalmente em razão das disposições presentes na

⁶⁷ Nesse sentido: PENAL E PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO FUNDADA SOMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS OBTIDOS NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL NÃO CORROBORADOS EM JUÍZO. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AÇÃO PENAL IMPROCEDENTE. 1. A presunção de inocência exige, para ser afastada, um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal. No **sistema acusatório brasileiro**, o ônus da prova é do Ministério Público, sendo imprescindíveis provas efetivas do alegado, produzidas sob o manto do contraditório e da ampla defesa, para a atribuição definitiva ao réu, de qualquer prática de conduta delitiva, sob pena de simulada e inconstitucional inversão do ônus da prova. 2. Inexistência de provas produzidas pelo Ministério Público na instrução processual ou de confirmação em juízo de elemento seguro obtido na fase inquisitorial e apto a afastar dúvida razoável no tocante à culpabilidade do réu. 3. Improcedência da ação penal. (grifo nosso). STF. AP 883/DF. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Data de julgamento: 20/03/2018. E também: RESOLUÇÃO Nº 23.396/2013, DO TSE. INSTITUIÇÃO DE CONTROLE JURISDICIONAL GENÉRICO E PRÉVIO À INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS. **SISTEMA ACUSATÓRIO E PAPEL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo

Constituição Democrática de 1988, apesar de o Código de Processo Penal ter indícios inquisitórios, uma vez que foi promulgado em 1941, no governo do Presidente Getúlio Vargas, com claras inspirações autoritárias.

Eugênio Pacelli afirma que não há que se levar em conta a fase do inquérito policial para a definição do sistema processual adotado pelo Brasil, pois essa definição tem que limitar a atuação do juiz no processo e o inquérito policial não é processo. Acrescenta que a atuação judicial na fase investigativa tem que ser apenas para a tutela de liberdades públicas.⁶⁸

Esse autor ainda ensina que:

Por certo que nosso modelo não se equipara ao sistema *adversary*, ou de partes, tal como é o modelo estadunidense, em que o juiz se afasta completamente de quaisquer funções probatórias, limitando-se ao controle de legalidade na instrução judicial. Já o dissemos aqui e repetimos: tal modelo parece-nos medieval, tomando como premissa legitimadora uma suposta igualdade de partes. Essa igualdade, ainda que abstratamente comprovada, não pode justificar uma decisão condenatória fundada em uma insuficiência da defesa. Igualdade processual, abstrata ou concreta, justifica um processo de partes exclusivamente em matéria não penal, no bojo do qual se discute a titularidade de direitos subjetivos. Em processo penal, jamais. De todo modo, e, sobretudo, a partir da possibilidade de participação do acusado e de seu defensor no ato do interrogatório, não vemos como não se reconhecer, ou não vemos por que

eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97. 2. **A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal.** Precedentes. 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora*. (grifo nosso) ADI 5104 MC/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data de julgamento: 21/05/2014.

⁶⁸ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 13.

abdicar de um conceito acusatório de processo penal na atual ordem constitucional.⁶⁹

Entretanto, há quem discorde desse posicionamento. Para o professor Guilherme de Souza Nucci, o Brasil adota o sistema misto e não o sistema acusatório. Ao seu ver,

defender o contrário, classificando-o como acusatório, é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício, decreta a prisão do acusado de ofício, sem que nenhuma das partes tenha solicitado, bem como se vale, sem a menor preocupação, de elementos produzidos longe do contraditório, para formar sua convicção.⁷⁰

Os autores Alexis Brito, Humberto Fabretti e Marco Antonio Lima criticam a posição que entende que o Brasil adota o sistema acusatório e explicam:

Porém, a aplicação de um sistema puramente acusatório no Brasil constitui muito mais um ideal a perseguir do que uma regra clara a ser aplicada. Nosso Código de Processo Penal, decretado em 1941, em pleno período autoritário, ainda que tenha sido alterado constantemente com o passar dos anos, possui resquícios intencionais do mais puro inquisitório, tradição mal-vinda e persistente ainda em muitos códigos processuais da América Latina. Um exemplo atual desse comportamento é a manutenção da possibilidade de o juiz realizar provas *ex officio*, antes mesmo do início da ação penal, ou a aplicação da *emendatio libelli*, adotada em nosso Código Processual Penal, na qual o juiz, de ofício, pode modificar a classificação jurídica do delito.⁷¹

Assim, eles concordam com Aury Lopes Jr. ao afirmar que o sistema processual vigente no Brasil mais se aproxima com o sistema inquisitório do que com o sistema acusatório.⁷²

Aury Lopes Jr. afirma que grande parte da doutrina brasileira aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto, onde predomina o inquisitório na fase pré-processual e o acusatório na fase processual. Porém ele critica essa classificação,

⁶⁹ I PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 14.

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 71.

⁷¹ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 6.

⁷² BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 7.

uma vez que entende não existir mais sistemas puros, de modo que é necessário identificar o princípio informador de cada sistema para então classificá-lo.⁷³

O citado doutrinador vai além e afirma que o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório ou neoinquisitório. Ele aponta que a fase processual é inquisitiva e que acontece apenas uma separação inicial de funções, uma vez que a gestão das provas está nas mãos do juiz. O juiz pode assumir uma postura ativa na busca da prova, por exemplo, pode converter de ofício a prisão em flagrante em preventiva, pode ouvir testemunhas além das indicações das partes e determinar diligências de ofício na fase processual e pré-processual.⁷⁴

1.5 A verdade no processo penal e a imparcialidade

A palavra verdade vem do latim *veritate* e tem o sentido de exatidão, realidade, conformidade com o real. Sob o enfoque jurídico, podemos classificar a verdade como verdade de fato e verdade de direito. A verdade de fato se consolida quando o juízo de valor formado pelo julgador sobre determinado caso está inteiramente conforme as provas existentes. Já a verdade de direito se verifica no momento da aplicação da lei ao caso concreto. Há, também, a verdade histórica, que é a verdade procurada com o fim de assegurar a realidade de certos acontecimentos no tempo e no espaço.⁷⁵

Levando-se em conta os princípios que regem o processo penal e os subsídios colhidos em preceitos legais que autorizam o juiz a determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante ou suprir falta que prejudique o descobrimento da verdade, subdividiu-se o princípio da verdade em dois: princípio da verdade material e princípio da verdade formal.⁷⁶

O princípio da verdade material, também chamado de princípio da verdade real ou substancial e, ainda, de princípio da investigação, prevaleceu durante boa parte do século passado e teve grande valia no processo penal. Para esse princípio, a verdade corresponde a um “juízo de valor extraído das provas produzidas no processo e

⁷³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 41.

⁷⁴ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 47-48.

⁷⁵ BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 25-29.

⁷⁶ BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 36-37.

que toda decisão condenatória, para confirmação de sua própria validade, exige essa conformidade com o esclarecimento pleno da verdade”⁷⁷.

Já o princípio da verdade formal permite que o juiz seja mais condescendente na apuração dos fatos, que ele leve em conta as considerações e as provas apresentadas pelas partes, sem que tenha a exigência de requerer diligências de ofício para descobrimento da verdade.⁷⁸

Por muito tempo defendeu-se que a verdade material devia ser buscada no processo penal, enquanto a verdade formal seria a que regia o processo civil. Atualmente, essa afirmação não mais se sustenta. Isso porque no processo civil, seja em casos em que se discuta direitos disponíveis ou indisponíveis, é possível que o juiz determine, de ofício, a produção de provas necessárias ao descobrimento da verdade, uma vez que o processo é um meio de efetivar a realização da justiça.⁷⁹

Tanto no processo penal quanto no processo civil há restrições à busca da verdade a qualquer custo, uma vez que a busca da verdade é restringida por direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal.

No processo penal, em razão do princípio da verdade real, permite-se que o juiz tenha, excepcionalmente, iniciativa probatória, principalmente quando ele ainda tiver dúvidas na sua decisão e entender que há provas possíveis de sanar a indecisão, de modo a não ficar preso tão somente à verdade formal trazida pelas partes aos autos.

O artigo 156 do Código de Processo Penal corrobora com o princípio da verdade real ao afirmar a possibilidade de o juiz ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, mesmo antes de iniciada a ação penal, de acordo com a necessidade, adequação e proporcionalidade dessa medida, bem como de determinar a realização de diligências para dirimir suas dúvidas sobre ponto relevante durante a instrução do processo ou antes de proferir a sentença. Esse artigo será minuciosamente analisado no Capítulo 2 desta dissertação.

Atualmente, entretanto, entende-se ser impossível alcançar a verdade absoluta no processo penal. Por isso, o juiz deve tentar chegar a maior exatidão possível acerca dos fatos controversos, mas sem a pretensão de alcançar a verdade real, e

⁷⁷ BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 37.

⁷⁸ BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2ª ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 39.

⁷⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 67.

sim chegar próximo da realidade, o que alguns autores chamam de verdade processual⁸⁰ ou simplesmente a busca da verdade.⁸¹

Khaled Junior afirma que o juiz, ao reproduzir um fato histórico, acaba influenciando diversos aspectos deste fato, de modo que a verdade produzida no processo fica distante do passado que ele pretende representar, restando apenas uma representância, motivo pelo qual o juiz, assim como um historiador, se torna inevitavelmente um devedor insolvente em relação ao passado.⁸²

Daniel Kessler de Oliveira acrescenta que, para além da impossibilidade humana de atingir a verdade, pois para reconstruir um fato passado depende-se da memória de quem narra e das fantasias de experiências passadas que se misturam e preenchem os espaços, e para que haja um processo penal voltado a atender os princípios inerentes ao sistema acusatório, é preciso superar a crença de que o processo tem a função ou missão de revelar a verdade.⁸³

Aury Lopes Junior apresenta a seguinte proposta acerca da verdade no processo penal: a verdade deve passar a ser uma contingência do processo, com o fortalecimento do respeito às regras do devido processo e evitar o extremo do decisionismo, não devendo a verdade ser totalmente deixada de lado, por óbvio, mas não deve ser a estrutura do processo, não o funda ou legitima.⁸⁴

1.6 Princípio do juiz natural e a imparcialidade

O princípio do juiz natural deve ser analisado com o objetivo de assegurar a garantia da imparcialidade do juiz. O juiz natural, embora não expressamente definido na Constituição Federal de 1988, pode ser definido tanto pelo artigo 5º, inciso XXXVII, que veda a instauração de juízos e tribunais de exceção, quanto pelo artigo 5º,

⁸⁰ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 80.

⁸¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 68.

⁸² KHALED JUNIOR, Salah Hassan. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 355.

⁸³ OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 77-82.

⁸⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 376.

inciso LIII, que prevê que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.⁸⁵

A garantia do juiz natural tem como fim a existência de um juiz imparcial através da fixação da competência, regulando e legitimando um juízo ao atribuir-lhe poderes de jurisdição. A imparcialidade do magistrado é assegurada pela competência, de modo que esta não afasta o poder do Estado de dizer o direito, mas sim assegura a a inércia da jurisdição ao juiz natural, para que seja imparcial.⁸⁶

Portanto, o juiz natural, que tem como função assegurar a imparcialidade do julgador, tem duas acepções: primeiro, consagra a norma que prevê que só é o juiz o órgão investido de jurisdição, de modo a afastar a possibilidade de o legislador julgar, impor sanções sem processo prévio; e, segundo, impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção para o julgamento de causas civis ou penais.⁸⁷

Renato Brasileiro ainda destaca que, embora seja vedada a criação de tribunais de exceção pela Constituição Federal, há inúmeros exemplos desses no plano internacional, como os tribunais instituídos para julgamento de crimes de guerra praticados na ex-Iugoslávia, Ruanda. Acrescenta, também, a importância da criação do Tribunal Penal Internacional em Roma, pois, assim, evita-se a arguição de violação ao princípio do juiz natural, uma vez que se tem um Tribunal previamente criado para o julgamento de crimes contra a humanidade, de genocídios, de guerras e de agressões.⁸⁸

O princípio do juiz natural é um princípio fundamental do processo penal e deve ser compreendido como o direito que cada cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processá-lo e julgá-lo caso cometa uma infração penal. Deve ser constituído antes do fato delituoso a ser julgado, de acordo com as regras de competência previstas na lei.⁸⁹

Segundo o Professor Gustavo Badaró,

⁸⁵ Renato Brasileiro de Lima ainda ensina que “*não são estes, todavia, os únicos dispositivos constitucionais que versam sobre o referido princípio. Com efeito, não se pode olvidar do disposto no art. 5º, XXXVIII, da CF, que estabelece ser o Tribunal do Júri o juiz natural para o processo e julgamento dos crimes dolosos*” LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 330.

⁸⁶ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2015. p. 27.

⁸⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; Grinover, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 58.

⁸⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 331.

⁸⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 330.

A garantia do juiz natural, enquanto juiz pré-constituído e definido segundo critérios legais de competência, é um mecanismo eficiente para permitir que o acusado não seja julgado por um juiz parcial, evitando a manipulação dos poderes do Estado para atribuir um caso a um tribunal específico, escolhendo o julgador.⁹⁰

Como ensina Aury Lopes Jr., o princípio do juiz natural não é mero atributo do juiz, mas sim um pressuposto de sua própria existência. A garantia do juiz natural nasce no momento do cometimento do delito, e não no início do processo, pois não se podem manipular os critérios de competência e tampouco definir posteriormente ao fato qual será o juiz da causa, uma vez que isso afetaria a imparcialidade do juiz.⁹¹

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ainda ensinam que

As modernas tendências sobre o princípio do juiz natural nele englobam a proibição de subtrair o juiz constitucionalmente competente. Desse modo, a garantia desdobra-se em *três conceitos*: a) só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem que seja. A constituição brasileira de 1988 reintroduziu a garantia do *juiz competente* no art. 5º, inc. LIII.⁹²

O professor Marcos Zilli ainda acrescenta que “*qualquer iniciativa instrutória do juiz no processo penal deverá atender, obrigatoriamente, à regra do juiz natural*”, isto é, qualquer iniciativa probatória deverá ser efetivada pelo órgão jurisdicional constitucionalmente competente, sob pena de nulidade, sem possibilidade de convalidação, por violação ao princípio do juiz natural.⁹³

1.7 Princípio da motivação das decisões e a imparcialidade

⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 33.

⁹¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 248.

⁹² CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; Grinover, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 58.

⁹³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 136-139.

Como já foi afirmado, o princípio da motivação das decisões previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal também é característico do Estado Democrático de Direito e essencial para garantir a imparcialidade do magistrado, ao lado do princípio do juiz natural e da garantia do contraditório e ampla defesa, além de essencial para o exercício do direito de defesa.⁹⁴

De acordo com Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, tradicionalmente, a necessidade de motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, visando a possibilidade de impugnação para fins de reforma. Entretanto, modernamente, a motivação das decisões judiciais salientou também uma função política, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas toda a sociedade, haja vista a finalidade de se aferir em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade das decisões.⁹⁵

No mesmo sentido afirma o Ministro Rogério Schietti Cruz⁹⁶, ao escrever que não há mais espaço para decisões judiciais despidas de um mínimo de justificação no tocante às razões que levaram o juiz a decidir. E isso não ocorre somente porque a Constituição Federal, as leis – principalmente o Código de Processo Civil de 2015 – e a jurisprudência concretizaram o dever de motivação. Mas também porque a sociedade, cada vez mais, exige um Poder Judiciário transparente, sujeito a controles internos e externos, mais vinculados a normas de forma a impedir arbítrios e voluntarismos.

Em outras palavras, a motivação das decisões deixa de ter apenas uma função endoprocessual, isto é, para as partes e o juiz dentro do processo, e passa a ter

⁹⁴ Sobre o princípio do juiz natural, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Habeas Corpus, já decidiu que a convocação de juízes de primeiro grau para substituir desembargadores não ofende o princípio do juiz natural. Nesse sentido: *EMENTA Habeas corpus. Constitucional. Recurso de apelação julgado por turma composta integralmente por juízes convocados. Nulidade. Alegada ofensa ao princípio do juiz natural. Não ocorrência. Precedentes da Corte. Ordem denegada. 1. O princípio do juiz natural não apenas veda a instituição de tribunais e juízos de exceção, mas também impõe que as causas sejam processadas e julgadas por órgão jurisdicional previamente determinado, a partir de critérios constitucionais de repartição taxativa de competência, excluída qualquer alternativa à discricionariedade. 2. A convocação de juízes de primeiro grau de jurisdição para substituir desembargadores não malfeire o princípio constitucional do juiz natural, autorizado no âmbito da Justiça paulista pela Lei Complementar estadual nº 646/90. Não se vislumbra, no ato de designação do juiz convocado, nenhum traço de discricionariedade capaz de comprometer a imparcialidade da decisão que vier a ser exarada pelo órgão colegiado competente. 3. Habeas corpus denegado.* (STF. HC 110925. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 11/04/2012).

⁹⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 74.

⁹⁶ CRUZ, Rogério Schietti. *Dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal*. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coordenadores). *Processo penal – coleção repercussões do Novo CPC*, v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 334-335.

também uma relevante função extraprocessual, para toda a coletividade como uma função política.

O dever de motivação endoprocessual serve para assegurar às partes um mecanismo de controle formal sobre a atividade intelectual do julgador, para que elas verifiquem se ele considerou todos os argumentos e provas produzidas em sua decisão; para garantir a imparcialidade do juiz ao exteriorizar seu raciocínio e compreensão sobre as provas produzidas e argumentos das partes; permitir o melhor exercício do direito ao recurso ao permitir a melhor formulação dos argumentos em suas razões; e facilitar o julgamento do recurso ao explicitar de modo objetivo o seu convencimento.⁹⁷

O dever de motivação extraprocessual, por sua vez, tem caráter político-social, uma vez que consubstancia o controle que a sociedade exercer sobre a atividade judiciária, para que o sistema judiciário tenha o viés democrático ao pressupor o exercício limitado do poder e sua permanente justificação.⁹⁸

Antonio Magalhães Gomes Filho afirma que a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais representa um forte estímulo à imparcialidade e à independência do exercício da função de julgador, pois impede escolhas subjetivas ou escolhas que resultam de eventuais pressões externas.⁹⁹ E continua:

Em outros termos, é pelo exame da motivação que se pode constatar se existe uma coincidência, total ou parcial, entre as razões declaradas e os motivos reais que não ficaram expressos na justificação apresentada. Por seu intermédio é possível conhecer a própria orientação subjetiva que presidiu a escolha dentre as diferentes alternativas possíveis. A fundamentação apresentada para cada uma das opções realizadas constitui, assim, um ponto de observação privilegiado para a verificação do critério que as presidiu concretamente. Ainda que muitas vezes a real atitude do julgador possa estar dissimulada pela apresentação de motivos diversos daqueles que efetivamente levaram a uma determinada opção. Isso não diminui a importância da motivação para o objetivo apontado,

⁹⁷ CRUZ, Rogério Schietti. *Dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal*. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coordenadores). *Processo penal – coleção repercussões do Novo CPC*, v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 336.

⁹⁸ CRUZ, Rogério Schietti. *Dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal*. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coordenadores). *Processo penal – coleção repercussões do Novo CPC*, v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 336.

⁹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 98.

até porque a própria obscuridade ou incoerência reveladas na descrição do processo intelectual que conduziu à decisão também podem ser indicações reveladoras de uma eventual parcialidade.¹⁰⁰

A motivação pelo juiz serve para o controle da racionalidade de sua decisão, a explicação do que o levou a concluir daquele modo. E vale não só para a sentença, mas para todas as decisões interlocutórias também.¹⁰¹

Vale ressaltar uma exceção constitucional ao princípio da motivação das decisões: as decisões dos jurados nos julgamentos de crimes dolosos contra a vida no âmbito do Tribunal do Júri. A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, a garantia do sigilo das votações dos jurados.

Entretanto, deve-se destacar que a falta de motivação é aplicada apenas às decisões dos jurados. Em relação às decisões do juiz-presidente do Tribunal do Júri quando da aplicação da pena, é necessária a fundamentação da sua decisão, em razão do princípio da motivação das decisões e também pelo sistema da persuasão racional ou livre convencimento motivado.¹⁰²

Também é necessário afirmar que o desaforamento, de acordo com as hipóteses previstas no Código de Processo Penal, não viola o princípio do juiz natural e nem configura a formação de Tribunal de Exceção.¹⁰³

O Código de Processo Civil destaca na seção referente aos elementos e efeitos da sentença, vide § 1º do artigo 489, que não será considerada fundamentada qualquer tipo de decisão judicial que se limitar à indicação, à reprodução ou

¹⁰⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 98-99.

¹⁰¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 105.

¹⁰² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 1507.

¹⁰³ Nesse sentido: *EMENTA: HABEAS CORPUS. PEDIDO DE DESAFORAMENTO. DÚVIDA SOBRE A IMPARCIALIDADE DO JÚRI. REDUZIDO NÚMERO DE HABITANTES DA COMARCA. VARA ÚNICA. JUIZ TITULAR DECLARADO SUSPEITO. ESTREITA LIGAÇÃO COM A VÍTIMA. VÍNCULO COM TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO. RECUSA DOS CIDADÃOS EM TESTEMUNHAR A SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO, POR ELE MESMO RECONHECIDA POSTERIORMENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O desaforamento só pode ser deferido mediante ponderação entre o princípio do juiz natural e a garantia de imparcialidade do órgão julgador. 2. No caso dos autos, a vítima do crime de homicídio imputado à paciente possuía estreitos vínculos comerciais e de amizade com o magistrado titular da Vara única da Comarca de Cambuci, e esta ligação era pública e notória na cidade, como o próprio órgão acusador confirmou. 3. O magistrado possui relação, ainda, com uma das testemunhas arroladas pela acusação, que mora 'de favor' em arrendamento pertencente ao juiz e à vítima. 4. Apesar desta ligação pública e notória do juiz com a vítima, reconhecida posteriormente pelo próprio magistrado, nenhum cidadão se dispôs a testemunhá-la quando a defesa opôs exceção de suspeição. 5. A cidade possui pouco mais de quatorze mil habitantes, sendo que a figura do juiz titular, ali atuante há mais de treze anos, possui extremo prestígio em relação aos jurisdicionados. 6. Existente dúvida fundada sobre a imparcialidade do júri, a justificar o desaforamento. 7. Ordem concedida. (STF. HC 93038. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 05/08/2008).*

à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Apesar de ter sido a positivação da recorrente jurisprudência dos tribunais superiores, é muito importante que haja previsão legal de que esse tipo de fundamentação gera nulidade da decisão, inclusive facilita às partes recorrer de decisões sem fundamentos como essa. E, embora essa previsão esteja no Código de Processo Civil, ela se aplica também, ao nosso ver, ao processo penal, pois se o processo civil que cuida de direitos que não implicam em restrição de liberdade nem envolvem o direito penal, que se trata de *ultima ratio*, é certo que no processo penal as decisões devem ser devidamente fundamentadas, de modo a combater decisões sem fundamentação como as previstas nesse artigo do lei processual civil.

O Estado Democrático de Direito exige que a aplicação do direito substantivo se materialize por meio de uma decisão devidamente fundamentada, de modo a permitir que os sujeitos processuais parciais tenham ciência das justificativas invocadas pelo juiz inclusive ao ter uma postura mais ativa no processo, como no caso de utilizar seu poder-dever instrutório, sem que isso se configure puro arbítrio do julgador.¹⁰⁴

No entanto, é possível que uma decisão bem fundamentada seja ilegal e proferida por um juiz imparcial, como também é possível que uma decisão sem fundamentação adequada seja imparcial e esteja de acordo com a lei. Apesar disso, o importante é que as decisões sejam fundamentadas com elementos objetivos que demonstrem a análise dos argumentos e das provas presentes no processo para que, no caso de ser uma decisão ilegal e parcial, embora motivada, as partes tenham a possibilidade de recorrer dessa decisão e anulá-la.

¹⁰⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 156.

2. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL

Quando se estuda sobre os poderes instrutórios do juiz, a primeira coisa que se encontra relacionada ao tema é que os poderes instrutórios do juiz no processo penal são uma característica de sistemas penais inquisitórios. Entretanto, como será demonstrado, essa afirmação é equivocada.

Mesmo nos sistemas acusatórios é possível que o juiz tenha poderes instrutórios sem ferir a separação de funções dentro do processo e sem violar o princípio da imparcialidade. Países como o Chile, por exemplo, que fizeram uma ampla reforma para adaptação de seu sistema processual penal ao sistema acusatório e admite, excepcionalmente, mesmo que em poucas situações, poderes instrutórios para que o juiz conduza o processo da melhor maneira possível com o fim de decidir de forma justa.

Os poderes instrutórios do juiz, se utilizados excepcionalmente e em caso de efetiva necessidade, podem ser o melhor caminho para a busca da verdade real e para a decisão mais justa ao processo. O juiz, entretanto, não pode determinar a produção de uma prova visando beneficiar ou prejudicar uma das partes, mas sim esclarecer o que estava obscuro e era objeto de dúvida.

Assim, como será visto, é possível que sistemas penais acusatórios estabeleçam poderes instrutórios ao juiz sem se tornar inquisitivos, porém essa previsão de iniciativa probatória deve ser feita em casos excepcionais. Essa não pode ser a regra no processo penal, uma vez que a produção de provas e interesse de demonstrar o que se alega cabe às partes.

Não é mais cabível a concepção de que o juiz seja um espectador totalmente passivo diante das atividades das partes nos dias atuais. Como também não é mais válido qualificar como inquisitório um sistema processual em que seja atribuída alguma iniciativa instrutória ao juiz, desde que não haja restrição ou eliminação do contraditório às partes. Mais importante do que discutir a conveniência da atribuição de poderes instrutórios ao juiz é fixar os limites desses poderes. E como limites aos poderes instrutórios têm-se a necessidade de o juiz ser imparcial, de motivar suas decisões e observar o contraditório.¹⁰⁵

¹⁰⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coordenadora). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 259.

Em casos de poderes instrutórios que remetem ao sistema inquisitório violando garantias acusatórias, como em alguns casos presentes no Código de Processo Penal brasileiro, por ser antigo e de uma época que vigorava o sistema inquisidor, deverá ser feita uma interpretação de acordo com a Constituição Federal e com a observância do sistema acusatório.

2.1 Breve histórico da atividade instrutória do juiz

No processo penal, a atividade instrutória do juiz tem início no sistema penal inquisitório, já explicitado anteriormente. Nesse sistema, o juiz é dotado de todos os poderes dentro do processo: perseguir, acusar, defender e julgar. O juiz possui, aqui, ampla liberdade para produzir as provas que achar necessário e agir de ofício, conforme sua discricionariedade.

No sistema penal acusatório, por sua vez, a atividade instrutória do juiz é restrita ou nula, uma vez que o juiz assume uma posição passiva no processo, haja vista que há uma separação dos poderes de perseguir, acusar, defender e julgar em pessoas distintas e as provas são fornecidas pelas partes.

Nos termos do que já foi exposto no capítulo anterior, no Brasil há diversas correntes sobre qual é o sistema penal adotado e um dos motivos para tanta divergência diz respeito à atividade instrutória do juiz na condução do processo penal brasileiro.

O Código de Processo Penal brasileiro data de 1941, quando ainda vigorava a Constituição de 1937. Ele ainda foi interpretado e teve artigos modificados durante a vigência das Constituições Federais de 1946, 1967, 1969 (que para a maioria da doutrina constitucionalista é considerada uma nova Constituição) e, atualmente, pela Constituição democrática de 1988. Até os dias atuais diversas mudanças foram feitas, seja pelo próprio legislador por meio de mudança do texto legal, seja pelo Supremo Tribunal Federal por meio da interpretação à luz da Constituição Federal.

Assim, constata-se em todo o Código tanto resquícios da atividade instrutória derivada de um sistema inquisitório, como a atividade instrutória oriunda do sistema acusatório, pois não se pode olvidar que não é porque o sistema é acusatório que o juiz está proibido de realizar qualquer tipo de atividade instrutória. O juiz não pode ser totalmente inerte e deixar de buscar uma verdade que sabe onde encontrar. A atividade instrutória, que deve ser a exceção e não a regra, em alguns casos é necessária, inclusive,

para manter a imparcialidade do julgador e para proferir uma decisão justa, que leva em conta a busca da verdade real, uma vez que todas as provas possíveis foram produzidas.

2.2 O juiz no processo penal

O juiz é um dos sujeitos essenciais no processo penal. Durante muito tempo, ele foi a figura central do procedimento. No entanto, com o foco do procedimento voltado ao sistema acusatório, o juiz deixa de ser a figura mais importante para ser apenas um sujeito distinto dos demais.¹⁰⁶

O processo penal tem como sujeitos principais ou essenciais o juiz, o autor, que é o Ministério Público ou o querelante, e o réu. O juiz deve ser o sujeito imparcial. Os demais são parciais. Também podem haver sujeitos secundários, que não são indispensáveis, mas podem existir no processo penal, como os auxiliares da justiça, o assistente de acusação.

O juiz é a autoridade estatal investida de jurisdição, a quem incumbe dar solução à lide penal, por meio da substituição da vontade das partes. Exceto no Tribunal do Júri, em primeiro grau, os juízos são monocráticos ou singulares e, em segundo grau, bem como nas instâncias especial e extraordinária são colegiados.¹⁰⁷

O Código de Processo Penal trata da figura do juiz nos artigos 251 a 256. O artigo 251 dispõe que ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública.

Portanto, de acordo com o artigo 251, o juiz tem funções administrativas e processuais no âmbito do processo penal. Como função administrativa, ele deve manter a ordem no curso dos atos, podendo requisitar a força pública para este fim. E como função processual, ele deve prover a regularidade do processo.

Segundo Victor Gonçalves¹⁰⁸, a função jurisdicional do juiz, que são os referentes ao desenvolvimento do processo e deslinde regular da ação penal, subdividem-se em poderes-meios e poderes-fins. Os poderes-meios englobam os poderes ordinários, que são relacionados ao impulso oficial, e os poderes instrutórios, que são

¹⁰⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 273.

¹⁰⁷ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito penal esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 287.

¹⁰⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito penal esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 292.

relacionados ao recolhimento de elementos de convicção. Já os poderes-fins são compostos por poderes decisórios e executórios, como dar eficácia às suas decisões. O autor ainda afirma que o juiz tem também poderes anômalos, como a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça no caso de discordância de arquivamento de inquérito policial ou recebimento de representação do ofendido.

Independentemente do sistema processual penal adotado, o juiz tem a autoridade no direcionamento dos atos processuais, cabendo a ele dirigir a realização dos atos processuais supervisionar a regularidade na atuação das partes e até mesmo de terceiros no processo, além da manutenção da ordem no local dos trabalhos. Ao exercer a jurisdição, o juiz é investido de poderes e prerrogativas irrenunciáveis.¹⁰⁹

Segundo Renato Brasileiro¹¹⁰,

No âmbito processual penal, compete à autoridade jurisdicional receber a denúncia (ou queixa), citar o acusado para o exercício da ampla defesa, instruir o processo, para, ao final, reconhecer a procedência (ou não) do pedido condenatório constante da peça acusatória para fins de condenar ou absolver o acusado, infligindo, no primeiro caso, a sanção penal cominada pela norma legal por ele violada. Recai sobre o juiz, portanto, o poder-dever de aplicar o direito objetivo ao caso concreto, de maneira imparcial, substituindo-se à vontade das partes, pondo fim ao conflito entre a pretensão punitiva do Estado e o interesse do acusado na preservação de sua liberdade individual.

Em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o juiz, uma vez provocado, tem o dever de resolver a lide. Entretanto, ele só terá esse dever quando for provocado, em razão do princípio do impulso oficial.

Destaque-se que em relação ao juiz e a imparcialidade, garantias e vedações da magistratura, juiz natural, impedimento e suspeição do juiz, todos estes itens foram analisados no capítulo 1.

2.3 O ônus da prova no processo penal

No capítulo referente às provas no processo penal, o artigo 155 do Código de Processo Penal prevê que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da

¹⁰⁹ PACELLI, Eugênio; FISHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 522.

¹¹⁰ . Vide: LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 700.

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.

Prova, em seu sentido amplo, significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real. Em sentido restrito, prova pode ter três acepções: prova como atividade probatória, que significa a produção dos meios e dos atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou inveracidade de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa. A segunda é a prova como resultado, que se caracteriza pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo em relação à existência ou não de uma situação fática. A terceira acepção é a prova como meio, que são os instrumentos idôneos à formação da convicção do julgador acerca da existência ou inexistência de um fato.¹¹¹

Assim, constata-se que o destinatário da prova colhida em processo penal é o órgão jurisdicional, ou seja, o juiz ou o tribunal que deve formar sua convicção, uma vez que a prova tem como finalidade formar a convicção do órgão julgador. Vale ressaltar que a expressão prova é utilizada somente nos procedimentos judiciais, colhida com a observância do contraditório e da ampla defesa. O inquérito policial visa a produção de elementos de informação que, posteriormente, devem ser confirmados perante o juiz e observado o contraditório para que estes elementos obtenham o status de prova.¹¹²

Há quem diga que as partes também são destinatárias da prova, mas de modo indireto, tendo em vista que, a partir do momento em que são convencidas do que ficou devidamente provado no processo, elas aceitam a decisão judicial com mais tranquilidade.¹¹³

Este artigo 155 traz a ressalva de que é possível que o juiz forme sua convicção baseado em provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, mesmo que elas tenham sido produzidas durante a investigação. Provas cautelares são as provas em que há um risco de desaparecimento de seu objeto em razão do decurso temporal. Nela, o contraditório é diferido. Prova não repetível é a prova que só pode ser produzida ou coletada uma única vez, pois há desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória. Provas antecipadas são produzidas em momento processual diverso do previsto

¹¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 463.

¹¹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 464.

¹¹³ TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12ª ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 620.

em lei, com contraditório real e perante a autoridade judicial, em razão de situação de urgência e relevância.¹¹⁴

O Código de Processo Penal dispõe que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, nos termos do artigo 156, sendo facultado ao juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada das provas consideradas urgentes e relevantes, de acordo com a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Também prevê a faculdade de o juiz determinar, no curso do processo, durante a instrução ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A regra é a atividade probatória pelas partes. Ônus da prova, para Renato Brasileiro de Lima, é o encargo que as partes têm de provar a veracidade das afirmações por elas formuladas ao longo do processo, pelos meios legais e moralmente aceitos. Tendo em vista que o citado artigo 156 dispõe que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, há uma divergência acerca da distribuição do ônus da prova entre acusação e defesa.

Para Eugênio Pacelli¹¹⁵, a Constituição Federal de 1988, ao dispor que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, impõe a transferência de todo o ônus probatório ao órgão acusatório, pois a este cabe provar a existência de um crime, bem como sua autoria. Vigora o princípio do *in dubio pro reo*.

Esta posição é a mais compatível com a Constituição Federal e com o sistema acusatório. De acordo com ela estão, entre outros, Aury Lopes Junior, que afirma que não há distribuição de cargas probatórias no processo penal e esta cabe integralmente ao órgão acusatório, não só por causa da afirmação feita por ele na peça acusatória, como também pelo fato de o réu estar protegido pela presunção de inocência¹¹⁶.

Corroborando com este entendimento, nas palavras de Brasileiro, uma segunda corrente – minoritária, porém, a nosso ver, mais acertada – sustenta que, diante do princípio *in dubio pro reo*, que é a regra de julgamento que vigora no campo penal, o acusado jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, pelo menos nos casos de ação penal condenatória. Em um

¹¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 585-586.

¹¹⁵ PACHELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 178.

¹¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.356.

processo penal em que vigora a presunção de inocência, o ônus probatório é atribuído, com exclusividade, ao acusador.¹¹⁷

Com a reforma do Código de Processo Penal de 2008, o legislador alterou o artigo 386, inciso VI, para determinar que o juiz absolverá o réu quando existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena ou mesmo se houver fundada dúvida de sua existência. Ou seja, se o órgão acusatório não comprovar o crime ou se houver fundada dúvida de sua existência, o réu deve ser absolvido e, assim, aplicada a presunção de inocência constitucionalmente prevista.

Nesse sentido, o professor Gustavo Badaró¹¹⁸ afirma que quando a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, assegura que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a ilicitude da conduta também é objeto de presunção de inocência, de modo que se houver dúvida sobre uma causa de exclusão de ilicitude, o acusado deve ser absolvido.

Não obstante, parte da doutrina processualista penal ainda afirma que a defesa deve comprovar que não houve dolo ou culpa, se for ou caso, ou, ainda, deve provar o seu alibi, caso haja. Nesse sentido, Pacelli e Fisher¹¹⁹ afirmam que cabe ao Ministério Público ou à vítima, no caso de ação penal de iniciativa privada, a prova dos fatos por ele alegados na peça acusatória. Não lhe incumbe demonstrar a inexistência de excludentes de ilicitude ou culpabilidade, pois entendem ser ônus da defesa a prova do fato por ela alegado, desde que não constante na peça acusatória. Para eles, em regra, a prova da alegação incumbe a quem a fizer.

Nucci¹²⁰, por sua vez, ensina que o acusado nada tem que provar por ser presumidamente inocente. Entretanto, quando invocar alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade, o réu deve oferecer prova do que alega, mas não prova plena, justamente em razão do seu estado de inocência, e sim prova suficiente para gerar uma dúvida razoável no julgador.

¹¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 610.

¹¹⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 319.

¹¹⁹ PACELLI, Eugênio; FISHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 354.

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal e execução penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. São Paulo: Método, 2019. p. 81

Renato Brasileiro traz duas classificações de ônus da prova: ônus da prova perfeito e menos perfeito, bem como ônus da prova objetivo e subjetivo¹²¹. O ônus é considerado perfeito quando o resultado de seu descumprimento ocorre de maneira necessária e invariável. O ônus menos perfeito ocorre quando os prejuízos de seu descumprimento se produzem de acordo com a avaliação do juiz da causa. Por isso, ele afirma que não existe ônus completamente imperfeito, uma vez que sem qualquer prejuízo, não há que se falar em ônus.

Em relação ao ônus objetivo e subjetivo, objetivamente, o ônus da prova é uma regra de julgamento a ser aplicada pelo magistrado quando estiver em dúvida no momento no julgamento e não tiver sido comprovada a veracidade de uma afirmação feita no processo. Subjetivamente, o ônus da prova é um encargo que recai sobre as partes de buscar as fontes de prova e trazer ao processo meio de prova em conformidade com a lei.¹²²

A iniciativa instrutória do juiz no que diz respeito à colheita de provas é uma exceção. Por isso o ônus da prova subjetivo é atenuado no processo penal. Mesmo se a parte deixar de produzir uma prova, o juiz, se estiver em dúvida quanto ao fato poderá determinar que se produza prova desse fato. Nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal, antes do início da ação penal, o juiz só poderá requerer a produção de provas antecipadamente no caso de provas urgentes e relevantes e, durante o processo, para determinar a produção de uma prova, a sua decisão deve estar devidamente fundamentada de modo a demonstrar, inequivocamente, a dúvida que restou.

2.4 Sistemas de valoração da prova no processo penal

Há três principais sistemas de valoração da prova: sistema da prova legal, sistema da íntima convicção e sistema da persuasão racional.

No sistema da prova legal ou da verdade real as provas apresentadas no processo têm valores predeterminados, ou seja, a lei prevê qual o valor que se deve dar a cada prova. Por exemplo, uma prova documental poderia ter mais valor na lei que a prova testemunhal. A crítica a este sistema é a injustiça que ele gera em razão de

¹²¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 606-607.

¹²² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 607.

impedir a livre e ampla investigação dos fatos e a impossibilidade de dar ao juiz a liberdade de valorar as provas de acordo com sua devidamente fundamentada decisão.¹²³

Já no sistema da íntima convicção, o juiz tem poder absoluto acerca da valoração das provas no processo, pois ele atribui às provas o valor que achar o correto, sem necessidade de fundamentar o convencimento de sua decisão. A crítica deste sistema é justamente a falta de fundamentação por parte do julgador. Atualmente, esse sistema vigora no ordenamento pátrio no procedimento do Tribunal de Júri, uma vez que os jurados não precisam fundamentar as razões de suas decisões, que são secretas.¹²⁴

Por fim, o sistema da persuasão racional é o que vigora no ordenamento jurídico brasileiro conforme o artigo 155 do Código de Processo Penal, que dispõe que o julgador formará sua convicção de acordo com sua livre apreciação das provas, desde devidamente motivada.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal dispõe, em seu item VII relativo às provas, que o projeto do Código de Processo Penal

abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. [...] não serão atendíveis as restrições à prova estabelecidas pela lei civil, salvo quanto ao estado das pessoas; nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. [...] Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. Não estará ele dispensado de motivar sua sentença.¹²⁵

Para corroborar, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido:

¹²³ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 329.

¹²⁴ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 329.

¹²⁵ BRASIL. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. In: *Vade mecum Juspodivm*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 547.

DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. Vigora no Direito brasileiro e no Direito contemporâneo em geral o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à condenação. Precedentes. Agravo regimental não provido.¹²⁶

O sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado é uma junção dos dois sistemas anteriormente explicitados, uma vez que o juiz tem o livre arbítrio e a ampla liberdade para apreciação das provas trazidas ao processo, valorando-as de acordo com sua consciência, desde que sua decisão esteja devidamente motivada, levando em conta todas as provas produzidas no processo, bem como todas as alegações apresentadas pelas partes.¹²⁷

Ressalte-se que não se deve confundir o sistema da íntima convicção com o sistema da livre convicção motivada, uma vez que a livre convicção permitida pelo ordenamento jurídico deve decorrer das provas produzidas no processo, de modo que o juiz não pode desconsiderá-las na sua decisão que deve ser, portanto, fundamentada.¹²⁸ O sistema da íntima convicção prescinde de qualquer fundamentação na decisão, vide decisão dos jurados mediante votação sigilosa no procedimento do Tribunal do Júri.

A valoração de uma prova guarda estreita referência com o seu conteúdo, pois, uma vez admitida a prova, deve ser analisado se seu conteúdo foi apto a

¹²⁶ STF. RHC 114058AgR/RJ. Relatora: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 11/09/2012. Do mesmo modo, outro julgado do STF: “*Recurso em Habeas Corpus recebido como Habeas Corpus. Princípio do livre convencimento motivado do Juiz. Valoração de provas. Confissão. Princípio do favor rei. 1. Recurso em habeas corpus, interposto contra acórdãos já transitados em julgado, que não observa os requisitos formais de regularidade providos no artigo 310 do RISTF, mas que merece ser recebido como habeas corpus. 2. Não constitui reexame de matéria fático-probatória a análise, em cada caso concreto, da força probante dos elementos de prova relativos a fatos incontroversos. 3. Vige em nosso sistema o princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, segundo o qual compete ao Juiz da causa valorar com ampla liberdade os elementos de prova constantes dos autos, desde que o faça motivadamente, com o que se permite a aferição dos parâmetros de legalidade e de razoabilidade adotados nessa operação intelectual. Não vigora mais entre nós o sistema das provas tarifadas, segundo o qual o legislador estabelecia previamente o valor, a força probante de cada meio de prova. 4. Tem-se, assim, que a confissão do réu, quando desarmônica com as demais provas do processo, deve ser valorada com reservas. Inteligência do artigo 197 do Código de Processo Penal. 5. A sentença absolutória de 1º grau apontou motivos robustos para pôr em dúvida a autoria do delito. Malgrado a confissão havida, as demais provas dos autos sustentam, quando menos, a aplicação do princípio do favor rei. 6. Habeas corpus concedido”.* RHC 91691/SP. Relator: Ministro Menezes Direito. Data de julgamento: 19/02/2008.

¹²⁷ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 329.

¹²⁸ MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 85-86.

corresponder com o fato a ser provado – prova diretamente relacionada – ou não. Uma vez admitida a prova, a sua valoração decorre integralmente da consciência do juiz, de modo que se reputa necessário haver uma espécie de regra para valoração da prova admitida no processo.¹²⁹

2.5 Os poderes instrutórios do juiz no Código de Processo Penal

Conforme exposto no capítulo 1, apesar de nosso sistema processual penal ser denominado como acusatório com fulcro na Constituição Federal e corroborado pelo Supremo Tribunal Federal, o Código de Processo Penal brasileiro prevê a possibilidade de o juiz ter iniciativa probatória no processo penal, nos termos do artigo 156, incisos I e II:

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 dúvidas sobre ponto relevante.

Este artigo teve nova redação pela lei 11.690/2008. Antes da reforma, a redação do artigo 156 era:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A possibilidade de o juiz determinar, de ofício, no curso do processo, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante permaneceu a mesma. O que mudou com a reforma foi que o legislador quis acrescentar a possibilidade de o juiz ordenar, de ofício, até mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal explica a iniciativa probatória do juiz no item VII:¹³⁰

¹²⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 110

¹³⁰ BRASIL. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*. In: *Vade mecum Juspodivm*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 547.

[...] o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. Para a indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o juiz não deverá pronunciar o *in dubio pro reo* ou o *non liquet*.

A redação original do Código de Processo Penal em 1941 e da iniciativa probatória do juiz nessa época se baseou em um sistema político centralizador e autoritário elaborado sob a égide do Estado Novo, de modo que o artigo 156 só poderia ser interpretado como uma regra permissiva da iniciativa probatória do juiz com o fim de alcançar a verdade ou a pacificação social.¹³¹

Antes da reforma, o Código de Processo Penal até previa algumas hipóteses de produção antecipada de prova de ofício pelo juiz, como o artigo 92 que, ao prever a suspensão do processo quando houver questões prejudiciais pendentes, autoriza a inquirição de testemunhas e de outras provas de natureza urgente, ou o artigo 225, que dispõe que se qualquer testemunha houver de ausentar-se ou, por enfermidade ou velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução probatória já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.

Em relação à iniciativa probatória do juiz, há diversos fatores a favor e contra a iniciativa instrutória no processo penal. André Faria¹³² apresenta em seu livro os argumentos favoráveis e desfavoráveis da doutrina acerca desse ativismo judicial. Como argumentos favoráveis, ele afirma que essa medida surgiu fundamentada no princípio da verdade real, para impedir o juiz de se ater somente à verdade formal apresentada pelas partes, bem como para buscar a isonomia no processo, desde que observe os procedimentos preestabelecidos e garanta o contraditório e o devido processo legal.

Nucci¹³³ é favorável aos poderes instrutórios do juiz e afirma que isso é uma decorrência natural dos princípios da verdade real, que deve prevalecer no

¹³¹ FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p. 118.

¹³² FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p. 96-99.

¹³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 519-520.

processo penal e deve ser buscada sem a preocupação de que parte do processo será beneficiada, e do impulso oficial, pois o juiz deve provocar o andamento do feito até a decisão final. Entretanto, ele também critica a mudança do artigo 156 pela lei 11.690/08 e afirma que não tem cabimento o juiz, na fase investigatória, valer-se de iniciativa probatória para a produção de qualquer prova, pois o inquérito policial destina-se ao Ministério Público ou à vítima, no caso de ação penal de iniciativa privada.

Guilherme Madeira¹³⁴ é favorável à iniciativa instrutória do juiz, porém afirma que ela deve ser evitada, sob pena de violação do sistema acusatório e do princípio do *in dubio pro reo*. Ele afirma que a regra é o juiz não poder produzir prova de ofício no inquérito policial. Como exceção, ele aponta a determinação de realização de prova urgente (evitada de cautelaridade) e relevante (o meio de prova deve se relacionar especificamente com a infração penal investigada).

Vicente Greco¹³⁵ ainda destaca que os poderes instrutórios do juiz, em relação à determinação de produção de provas de ofício, são poderes complementares aos das partes e têm como limite a imparcialidade do julgador, pois as partes que têm o ônus originário de requerer ou propor as provas pertinentes ao caso concreto. Ele ainda acrescenta que não é possível predeterminar a divisão entre a utilização correta da atividade instrutória de ofício em busca da verdade e o abuso desse poder com a invasão das funções de acusar ou defender, de modo que somente nos casos concretos se conseguirá fazer essa divisão.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal considera constitucional a iniciativa probatória do juiz no processo penal:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E MEDIANTE FRAUDE, ESCALADA OU DESTREZA. ART. 155, §4º, I E II, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CP. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO CALCADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. REGISTROS DE INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PREVENTIVA. COMPROVAÇÃO. AVERIGAÇÃO DE ANOTAÇÕES CRIMINAIS PELO JUIZ DA CAUSA. ATUAÇÃO EX OFFICIO DENTRO DOS LIMITES

¹³⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 198.

¹³⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 174-175.

JURISDICIONAIS. ART. 156 DO CPP. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. 1. Não se admite habeas corpus substitutivo de recurso extraordinário, sob pena de ofensa ao regramento do sistema recursal previsto na Constituição Federal. 2. A periculosidade do agente pode ser aferida por intermédio de diversos elementos concretos, tal como o registro de inquéritos policiais e ações penais em andamento que, embora não possam ser fonte desfavorável da constatação de maus antecedentes, podem servir de respaldo da necessidade da imposição de custódia preventiva. 3. Diante do disposto no art. 156 do CPP, não se reveste de ilegalidade a atuação de ofício do Magistrado que, em pesquisa a banco de dados virtuais, verifica a presença de registros criminais em face do paciente. 4. Writ não conhecido, com revogação da liminar anteriormente deferida.¹³⁶

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VUNERÁVEL (ART. 217-A DO CP). PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. INTELIGÊNCIA DO ART. 156, I, DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. A instância ordinária, à luz das peculiaridades do caso (= estupro de vulnerável cometido contra crianças de 10 e 8 anos de idade), apresentou fundamentação jurídica idônea para justificar a produção antecipada de provas, destacando a urgência, a relevância e a proporcionalidade da medida, nos termos do art. 156, I, do Código de Processo Penal. Não há, portanto, vício de fundamentação. 2. Ademais, qualquer conclusão desta Corte acerca da desnecessidade da medida antecipatória seria necessário o revolvimento de fatos e provas, o que não é admitido em sede habeas corpus. 3. Por fim, não se pode afirmar que tal medida cautelar implique constrangimento ilegal ao direito de locomoção do recorrente, sanável via habeas corpus. Isso porque, se oferecida denúncia, poderá o acusado, com observância ao devido processo legal, sustentar suas teses e produzir provas de suas alegações, as quais serão oportunamente examinadas. Nada impede, inclusive, que a defesa postule a repetição da prova oral produzida. 4. Recurso ordinário não conhecido.¹³⁷

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL.

¹³⁶ Supremo Tribunal Federal. HC 126501/MT. 1ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para acórdão: Ministro Edson Fachin. Data de julgamento: 14/06/2016.

¹³⁷ Supremo Tribunal Federal. RHC 121494/RS. 2ª Turma. Relator: Ministro Teori Zavascki. Data de julgamento: 04/11/2014.

COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, “D” E “I”. ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CP). EXAME GRAFOTÉCNICO. DILIGÊNCIA REQUERIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. ART. 156, II, DO CPP. HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. O juiz pode determinar, de ofício, no curso da instrução criminal ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (art. 156, II, do CPC). 2. As provas que o magistrado entender imprescindíveis à formação de sua convicção podem ser ordenadas, de ofício, em qualquer estágio do processo, desde que antes de proferida sentença. Precedente: AR 1.538-AgR-AgR, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 08.02.02. 3. In casu, a paciente foi denunciada como incurso nas sanções do artigo 304 do Código Penal, por ter, em tese, apresentado documento público (histórico escolar) e documento particular (diploma de qualificação técnica) falsos perante o Conselho Regional de Enfermagem do Estado do Mato Grosso a fim de exercer, ilegalmente, a profissão de auxiliar de enfermagem. Concluída a instrução criminal, o juiz singular converteu o julgamento em diligência a fim de determinar a realização de exame grafotécnico para, após, sentenciar o feito. 4. A competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso I, alíneas “d” e “i”, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolada em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. 5. Habeas corpus extinto por inadequação da via eleita.¹³⁸

Pacelli¹³⁹ afirma que é necessário impedir que o juiz tenha uma postura tipicamente acusatória no processo, pois o juiz não pode desigualar as forças produtoras da prova no processo, sob pena de violação do contraditório e da ampla defesa, que estão juntos na exigência de igualdade e isonomia de oportunidades e faculdades processuais. O Estado já atua em posição de superioridade de forças, pois ele é responsável tanto pela fase de investigação quanto pela persecução penal em juízo e pela decisão. Por

¹³⁸ Supremo Tribunal Federal. HC 121689/DF. 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 13/05/2014.

¹³⁹ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 341-342.

isso, entende ser possível dividir a iniciativa do juiz no processo penal em iniciativa probatória e iniciativa acusatória. E continua:

A iniciativa acusatória estará sempre presente quando o juiz, qualquer que seja o argumento declinado, empreenda atividade probatória de iniciativa da acusação. E mais: que tal atividade revele-se substitutiva ou mesmo supletiva daquela que a própria lei impõe, como ônus processual, ao Ministério Público (art. 156, CPP). Um exemplo, a nosso aviso, é suficiente para demonstrar a possibilidade de se estabelecer um critério objetivo, minimamente que seja. O art. 564, III, b, do CPP, prevê como nulidade a falta de exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, quando ainda presentes os vestígios. Acreditamos que, em tal situação, se o Ministério Público não requerer a produção da prova técnica, quando exigida, o juiz não poderá fazê-lo à conta do princípio da verdade real, na medida em que ele estaria atuando em substituição ao Ministério Público, empreendendo atividade tipicamente acusatória, supletivamente ao órgão estatal responsável pela sua produção. Se, de um lado, assim deve ocorrer em relação ao ônus probatório imposto à acusação, de outro lado, a recíproca não deve ser verdadeira. Provas não requeridas pela defesa poderão ser requeridas de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu. E não vemos aqui qualquer dificuldade: quando se fala na exigência de igualdade de armas, tem-se em vista a realização efetiva da igualdade, no plano material, e não meramente formal. A construção da igualdade material passa, necessariamente, como há muito ensinam os constitucionalistas, pelo tratamento distinto entre iguais e desiguais.¹⁴⁰

Como argumentos desfavoráveis e com os quais André Faria concorda¹⁴¹, ele afirma que a Constituição Federal atribuiu, com exclusividade, ao Ministério Público a função institucional de promover a ação penal justamente para se afastar do sistema inquisitorial e impedir a violação dos princípios do contraditório, da imparcialidade, da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. E manter a iniciativa probatória do juiz no Estado Democrático de Direito baseando-se na sua função de manter a paz, fazer justiça ou buscar a verdade real transforma a jurisdição em política de

¹⁴⁰ PACHELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 341-342.

¹⁴¹ FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p. 99-104.

segurança social e implica na parcialidade do julgador, além de violar a paridade de armas no processo penal.

No mesmo sentido, Aury Lopes Junior¹⁴² destaca que o artigo 156 do Código de Processo Penal funda um sistema inquisitório substancialmente inconstitucional, principalmente com a possibilidade de o juiz atuar de ofício na produção de provas antes de iniciada a ação penal, violando o princípio da igualdade, do contraditório e da imparcialidade do julgador.

Para este autor¹⁴³, o juiz deve se manter afastado da atividade probatória para que tenha o alheamento necessário para valoração das provas, mantendo-se na posição de juiz-espectador. Quando se atribuem poderes instrutórios ou investigatórios ao juiz, cria-se a figura do juiz-ator, figura esta característica dos sistemas inquisitoriais. A figura do juiz-espectador é o preço a ser pago para ter-se um sistema penal acusatório.

A seguir, será analisada a iniciativa probatória do juiz nas fases e procedimentos do processo penal.

2.5.1 Fase pré-processual

Conforme exposto no item anterior, o artigo 156 do Código de Processo Penal autoriza que o juiz ordene, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção de provas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade.

É polêmico esse assunto e os doutrinadores divergem acerca do tema. Primeiramente, provas antecipadas, segundo Andrey Borges de Mendonça,¹⁴⁴ são aquelas produzidas perante a autoridade judicial, antes de seu momento processual oportuno ou até mesmo antes de iniciado o processo, em situação de urgência e relevância, bem como com a devida observância do contraditório real.

A situação de urgência se caracteriza pelo risco de desaparecimento da prova, já a situação de relevância se dá com a pertinência e importância da prova no deslinde do processo. Ademais, tem que haver, ao menos, sérios indícios de materialidade da infração penal.

¹⁴² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 66-67.

¹⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 350-351.

¹⁴⁴ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 158.

Outrossim, o inciso I do artigo 156 prevê que o juiz deve observar a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida ao determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e relevantes.

A necessidade significa que a produção antecipada da prova deve ser a menos gravosa entre as medidas existentes. A adequação, por sua vez, indica que a medida deve ser apta a alcançar sua finalidade, deve ser uma prova pertinente no processo penal. Por fim, a proporcionalidade significa que as vantagens da produção antecipada da prova devem superar as suas desvantagens¹⁴⁵.

Nucci entende não ser cabível a atuação do juiz de ofício na fase investigatória, apesar de entender ser perfeitamente possível e legal a atividade instrutória de ofício pelo juiz durante o processo. Ele entende que no Brasil vigora o sistema misto e, por isso, o juiz que atua de ofício na fase investigatória pode se tornar suspeito para julgar a causa futuramente, mas isso dependerá do questionamento das partes.¹⁴⁶

Andrey Borges de Mendonça¹⁴⁷, assim como Nucci, ao analisar a mudança no artigo 156 do Código de Processo Penal, apresentou a necessidade de distinção de situações no caso de determinação de produção de provas antecipadas de ofício pelo juiz e apresenta sua crítica. Ele afirma que em relação às provas antecipadas no curso no processo, a reforma legal foi pertinente, pois o juiz penal tem interesse em buscar a verdade real em razão dos interesses indisponíveis em jogo no processo.

Entretanto, ele entende ser um retrocesso inconstitucional a produção antecipada de provas antes do início da ação penal, uma vez que o juiz viola sua inércia a passa atuar como um juiz inquisidor. A atuação do magistrado, ao determinar a produção de prova de ofício antes do início da ação penal poderá vinculá-lo psicologicamente à causa e ferir sua imparcialidade ao, eventualmente, antecipar seu entendimento em relação ao fato. Esse tipo de atuação parcial do juiz fere não só o princípio da imparcialidade, como também viola o sistema acusatório e os princípios da inércia e do devido processo legal.¹⁴⁸

¹⁴⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo.2.* ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 158.

¹⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal.* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 520.

¹⁴⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo.2.* ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 158-160.

¹⁴⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo.2.* ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 158-160.

Aury Lopes¹⁴⁹ também apresenta seu rechaço à reforma do disposto no inciso I do artigo 156 e apresenta sua crítica ao afirmar que essa mudança caminhou ao passado em direção ao juiz-instrutor, utilizando-se de critérios vagos e imprecisos como a necessidade e adequação, além de utilizar o critério da proporcionalidade que, em sua opinião, é totalmente manipulável. Vale ressaltar que, conforme exposto no item anterior, Aury entende não ser compatível com o sistema acusatório imposto pela Constituição Federal os poderes instrutórios do juiz no processo penal.

André Faria¹⁵⁰, em seu livro, também faz sua crítica à reforma de 2008 e afirma que as mudanças, ao invés de superarem a dicotomia entre o sistema acusatório da Constituição Federal e a base inquisitorial do Código de Processo Penal, focaram em um processo pautado no ativismo judicial, atribuindo ao juiz a função de resolver todos os problemas da sociedade, o que gerou um enorme retrocesso a alteração do artigo 156, pois ao ampliar os poderes instrutórios e permitir sua iniciativa probatória, mesmo antes do início do processo, afastou-se ainda mais do sistema acusatório constitucional.

Renato Brasileiro¹⁵¹ ensina que

Com a adoção do sistema acusatório pela Constituição Federal (artigo 129, inciso I), restou consolidada a obrigatoriedade de separação de funções de acusar, defender e julgar, fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo contraditório. Esse sistema de divisão de funções no processo penal acusatório tem a mesma finalidade que o princípio da separação dos poderes do Estado: visa impedir a concentração de poder, evitando que seu uso se degenere em abuso. Com essa separação de funções, aliada à oralidade e publicidade, características históricas do sistema acusatório, e com partes em igualdade de condições, objetiva-se a preservação da imparcialidade do magistrado, afastando-o da fase investigatória, a qual deve ter como protagonistas tão somente a autoridade policial e o Ministério Público. É óbvio que o magistrado não está impedido de agir na fase investigatória. Mas essa atuação só pode ocorrer mediante prévia provocação das partes.

¹⁴⁹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 126.

¹⁵⁰ FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. p. 130.

¹⁵¹ . Vide: LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 704-705.

Eugênio Pacelli e Douglas Fisher ¹⁵² afirmam que não há um sistema processual penal definido pela Constituição da República. Eles entendem que o modelo processual adotado pelo Brasil é pautado no sistema acusatório e que a fase de investigação tem natureza administrativa, de modo que o juiz não participa dela, senão na tutela das liberdades públicas, pois eventuais interferências judiciais na fase investigatória não podem ser fundamentadas na proteção ao objeto da investigação. A iniciativa instrutória do juiz deve ser limitada à fase processual.

Aliás, cumpre analisar a atividade judicial na tutela das liberdades públicas, em que o juiz deve atuar como um juiz de garantias, uma vez que sua função é garantir a legalidade da investigação.

Por expressa previsão constitucional, somente um juiz pode praticar atos que restringem ou direitos e garantias fundamentais, tais como prisões, salvo em flagrante delito, violação de domicílio durante o dia e interceptação telefônica.

2.5.1.1 Aplicação de medidas cautelares

Pela demora natural do desenrolar de um processo penal, pode ser necessário que haja necessidade de o juiz utilizar medidas que garantam a utilidade do processo ou a efetividade da decisão definitiva que será proferida, seja no curso das investigações ou no curso da ação penal. As medidas cautelares não constituem antecipação da pena, em razão do princípio constitucional da presunção de inocência¹⁵³.

Até a modificação feita no Código de Processo Penal pela lei nº 12.403/2011, a única medida cautelar possível era a prisão. Após, diversas medidas foram incluídas no Código de Processo Penal como medidas cautelares diversas da prisão, que têm a finalidade de resguardar a efetividade do processo penal, mas sem a necessidade de privação de liberdade com a imposição de prisão.

As medidas cautelares podem ser pessoais ou reais¹⁵⁴. As medidas cautelares diversas da prisão estão previstas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo

¹⁵² PACELLI, Eugênio; FISHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 353.

¹⁵³ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito processual penal esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 355.

¹⁵⁴ Renato Brasileiro apresenta também as medidas cautelares de natureza probatória, que visam a obtenção de uma prova para o processo penal, com o fim de assegurar a utilização dos elementos probatórios por ela revelados ou de evitar seu perecimento. Como exemplo, ele cita a busca e apreensão domiciliar e pessoal, bem como a produção antecipada de prova testemunhal e a tomada antecipada de depoimentos de pessoas incluídas no programa de proteção de testemunhas do artigo 19-A da lei 9.807/1999. Vide: LIMA, Renato

Penal e são elas: comparecimento periódico em juízo; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; proibição de manter contato com determinadas pessoas; proibição de ausentar-se da comarca em que resida; recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; internação provisória do acusado quando peritos concluírem ele ser inimputável ou semi-imputável; fiança, nos casos cabíveis; monitoração eletrônica; e proibição de ausentar-se do país.

As medidas cautelares reais são aquelas que atingem os bens do investigado ou do acusado e estão previstas nos artigos 125 a 144 do Código de Processo Penal, como o sequestro, arresto e a hipoteca legal. Elas visam a reparação dos danos causados pela infração penal ou o perdimento de bens como efeito da condenação penal.

Por fim, vale a exposição do posicionamento de Eugênio Pacelli¹⁵⁵ ao afirmar que no processo penal, o juiz, em regra, não pode se valer do poder geral de cautela tal qual ocorre no processo civil, de modo a superar limitações legislativas e impor medidas e restrições não contidas na lei, salvo situações excepcionalíssimas. O poder geral de cautela no processo penal, para o autor, abre um perigoso leque de opções ao juiz que dificulta o controle de pertinência e oportunidade.

No artigo 282 do Código de Processo Penal está previsto que as medidas cautelares diversas da prisão deverão ser aplicadas, isoladas ou cumulativamente, observando-se a necessidade delas para aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais, assim como a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

O § 2º do artigo 282 dispõe que as medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. Ou seja, somente o juiz pode determinar a aplicação de uma medida cautelar em decisão devidamente fundamentada, salvo a possibilidade de arbitramento de fiança pelo delegado de polícia quando houver prisão em flagrante e a infração cometida tiver pena privativa de liberdade máxima não superior a quatro anos.

Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 765.

¹⁵⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 526.

Na fase pré-processual, durante as investigações, o juiz não pode decretar medidas cautelares de ofício. Para decretá-las, ele depende de requerimento da autoridade policial responsável pela investigação ou do Ministério Público, titular da ação penal pública. No decorrer da ação penal, o juiz poderá determinar a aplicação de medidas cautelares a requerimento das partes ou de ofício, utilizando-se de seus poderes instrutórios.

Nucci¹⁵⁶ ressalva que o juiz, em regra, antes de decretar medida cautelar, especialmente quando houver requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, mesmo durante as investigações, deve determinar a oitiva do indiciado ou réu, em obediência ao contraditório, exceto quando se tratar de caso de urgência ou perigo de ineficácia da medida, devendo haver o contraditório diferido, neste caso. Quando se tratar de inquérito policial, recomenda que o juiz expeça um mandado de intimação ao indiciado, acompanhado de cópia do pedido e documentos a ele relativos, com prazo para que o interessado se manifeste.

Entretanto, vale ressaltar o § 4º do artigo 282 do Código de processo penal que dispõe que no caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas como medidas cautelares diversas da prisão, o juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou querelante, substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva.

Ou seja, o Código de Processo Penal, após as alterações feitas pela lei nº 12.403/2011, possibilita o juiz fiscalizar a eficácia das medidas cautelares impostas, podendo de ofício substituí-las, impor outras e, só em último caso, ele deverá decretar a prisão preventiva. Outrossim, antes de decretar a prisão, o julgador sempre deve dar oportunidade ao contraditório, para que o investigado ou acusado explique o motivo de não estar cumprindo a medida cautelar imposta e estar colocando em risco a efetividade da tutela penal.

2.5.1.2 Prisões

O termo prisão, de modo genérico, indica a privação de liberdade de um indivíduo, por motivo lícito ou de ordem legal, mediante clausura. São duas modalidades de prisão: prisão-pena, que decorre da sentença penal condenatória transitada

¹⁵⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 748.

em julgado, e a prisão sem pena, que não constitui pena no sentido técnico jurídico. A prisão sem pena pode ser prisão civil, administrativa, disciplinar e processual, sendo esta última também chamada de provisória ou cautelar.¹⁵⁷

A presente dissertação tratará da chamada prisão processual ou cautelar ou provisória, que é decretada quando há necessidade de segregação cautelar do autor do delito durante as investigações ou durante o trâmite da ação penal, por razões elencadas em lei¹⁵⁸.

Prisão cautelar é a prisão decretada antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória com o fim de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal.¹⁵⁹

A prisão cautelar só poderá ser decretada por um juiz, mediante decisão devidamente fundamentada. A Constituição Federal traz como direito fundamental no inciso LXI do artigo 5º que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

O artigo 283 do Código de Processo Penal, por sua vez, prevê que ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva.

A prisão provisória tem como subespécies as prisões temporária, preventiva e em flagrante. Apesar das controvérsias a respeito da natureza jurídica da prisão em flagrante conforme será exposto adiante, aqui ela será tratada como prisão cautelar.¹⁶⁰

2.5.1.3 Prisão temporária

¹⁵⁷ MOUGENOT, Edilson. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 580.

¹⁵⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito processual penal esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 319.

¹⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 875.

¹⁶⁰ Destaca-se que a prisão especial não pode ser considerada uma modalidade de prisão cautelar, pois é, na verdade uma forma de cumprimento desta, de acordo com Renato Brasileiro e posição com a qual se coaduna a presente dissertação. Ademais, com fulcro no artigo 295 do Código de Processo Penal, só há direito à prisão especial enquanto o indiciado ou acusado estiver sujeito à prisão antes de condenação definitiva, já que com o trânsito em julgado cessa o direito à prisão especial. Vide LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 900.

Primeiramente, será analisada a iniciativa probatória do juiz na prisão temporária. A prisão temporária é a prisão que somente ocorre durante o inquérito policial. Ela não acontece durante a ação penal. Prevista na lei nº 7.960/1989, ela é cabível, nos termos de seu artigo 1º, quando for imprescindível para as investigações do inquérito policial, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer os elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, ou, ainda, quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na lei penal, de autoria ou participação do indiciado em um rol de crimes considerados graves previstos taxativamente no inciso III do artigo 1º.

O artigo 2º dessa lei prevê que a prisão temporária será decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de cinco dias¹⁶¹, prorrogável por igual período em caso de comprovada e extrema necessidade.

Ou seja, o artigo 2º deixa claro que a prisão temporária não pode ser decretada de ofício pelo juiz. Assim, tal prisão está de acordo com o sistema acusatório e permanece a imparcialidade do julgador. É necessário, imprescindivelmente, que haja representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público acerca da necessidade de prisão temporária durante as investigações criminais. Quando houver representação da autoridade policial, a lei prevê que o Ministério Público será ouvido antes da decretação da prisão.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar um habeas corpus da Operação Lava Jato, considerou ilegal a prisão temporária decretada pelo juiz, em razão de o juiz tê-la decretado de ofício, sem requerimento do Ministério Público. Apesar do pedido de desistência do *writ*, o Relator afirmou que é necessário um *obter dictum* no caso, pois na situação em exame, o Ministério Público requereu a prisão preventiva, que foi indeferida pelo juiz singular. Entretanto, o juiz, ao fazê-lo, decretou a prisão temporária da paciente, sem qualquer pedido do Ministério Público.

Assim, no acórdão, o relator Felix Fisher explicou:

De maneira que o magistrado singular atuou de ofício, quando não lhe era dado assim proceder, cumprindo dizer que tal direcionamento legislativo, sobre ser vedada a decretação de prisão temporária *ex officio*, deriva justamente da conformação dada pela legislação processual brasileira ao

¹⁶¹ Vale ressaltar que a lei dos crimes hediondos, lei nº 8.072/1990, dispõe, em seu artigo 2º, § 4º, que a prisão temporária para os crimes previstos como hediondos terá o prazo de trinta dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

sistema acusatório, em ordem a que, quando se trata ainda da fase investigatória, observe o juiz uma certa contenção. Não há, de outra parte, uma relação de continência entre a prisão preventiva e a prisão temporária, como se essa última se revelasse um *minus* diante daquela. O argumento, de resto simplista, de que "quem pode o mais, pode o menos", não vinga diante de modalidades de prisão distintas, seja quanto aos objetivos, seja quanto aos prazos, e, bem assim, evidentemente, quanto ao modo de seu deferimento. Isto porque o axioma "*in eo quod plus est semper inest et minus*" ("quem pode o mais, pode o menos"), vale dizer, a argumentação "*a maiori ad minus*", não se compraz de situações que foram diferenciadas pelo próprio legislador, sob pena de consentir com a possibilidade de exercício de poderes, pela autoridade judicial, que simplesmente não lhe foram conferidos ou foram-lhe mesmo negados. [...] No caso em que é preponderante o interesse da investigação, de tal modo que o art. 1º, I, da Lei 7960/89 chega a aludir à imprescindibilidade "para as investigações do inquérito policial", é apenas o titular da ação penal, ou a autoridade policial, que podem demandar a apreciação judicial sobre os requisitos normativos desta particular modalidade de prisão, por isso que desvirtua a ordem das coisas sugerir que haja, de parte da autoridade judicial, um qualquer direcionamento sobre os rumos e os desfechos da investigação de crimes.¹⁶²

Em sentido diverso, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do habeas corpus nº 319.471/MG e nº 362.962/RN, dos relatores Ministro Reynaldo Soares da Fonseca em 16/06/2016 e Rogério Schietti Cruz em 01/09/2016, respectivamente, decidiram que o magistrado pode decretar a prisão preventiva, mesmo que a representação da autoridade policial ou do Ministério Público seja pela decretação de prisão temporária, visto que, provocado, cabe ao juiz ofertar o melhor direito aplicável à espécie. Os julgados ressaltaram que não se trata de prisão de ofício, uma vez que o julgador só atuou após ter sido previamente provocado, de modo que sua postura não põe em xeque sua imparcialidade.¹⁶³

¹⁶² Superior Tribunal de Justiça. HC nº 360.896/PR (2016/0168571-8). Relator: Ministro Felix Fisher. Data da decisão: 08/08/2016.

¹⁶³ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Se é requerida a prisão temporária, o juiz poderá entender que é o caso de conceder prisão preventiva*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/78289d91e9c4adcf4e97d6b3d4df6ae0>>. Acesso em: 16/11/2019.

Apesar dos julgados acima explicitados, com todo o respeito, parece que o *obiter dictum* do Ministro Felix Fisher está mais aliado à vontade do legislador ao impor que não pode haver prisão temporária de ofício. Se o Ministério Público não requereu a prisão temporária e entendeu ser cabível a prisão preventiva, não cabe ao juiz fazer esse juízo de valor sobre qual prisão deveria ser aplicada ao caso, pois esta função é do Ministério Público ou da autoridade policial. O juiz deve apenas deferir ou indeferir o pedido de prisão feito durante as investigações de acordo com os documentos que o instruir.

2.5.1.4 Prisão preventiva

Em segundo lugar, há que se falar da iniciativa probatória do juiz na prisão preventiva. A prisão preventiva pode ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria, nos moldes do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Esse artigo também prevê que pode ser decretada a prisão preventiva quando houver descumprimento de qualquer das medidas impostas por força de outras medidas cautelares. O § 6º do artigo 282 do Código de Processo Penal modificado pela lei 12.403/2011 dispõe que a prisão preventiva será determinada quando não for cabível sua substituição por outra medida cautelar.

A prisão preventiva tem seus requisitos elencados no artigo 313 do Código de Processo Penal: é cabível nos crimes de dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; se tiver o réu sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no artigo 64, inciso I, do Código Penal; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

O artigo 311 do Código de Processo Penal, com redação dada pela lei nº 12.403/2011, prevê que em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal caberá prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou

a requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente, ou por representação da autoridade policial.

Antes da mudança feita em 2011, o artigo 311 dispunha que em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal caberia a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício ou mediante requerimento das partes. Ou seja, a reforma da lei nº 12.403/2011 visou a aproximação do Código de Processo Penal, com grande viés inquisitório, do sistema acusatório, de modo a garantir a imparcialidade do juiz e afastá-lo de qualquer posição inquisitiva na investigação.

Brilhantemente, Eugênio Pacelli e Douglas Fisher expõem sobre o tema da proibição da iniciativa probatória de ofício no juiz na investigação para decretação de prisão preventiva:

Corrigindo antigo defeito, e, no ponto, divergindo do texto do art. 156, relativo às provas, a Lei nº 12.403/11 somente autoriza a decretação da preventiva de ofício, pelo juiz, quando no curso do processo. Na fase de investigação, dependerá de provocação, seja da autoridade policial (por meio de representação – vide apontamento no item 282.3 sobre a legitimidade da autoridade policial), seja por requerimento do Ministério Público. O juiz brasileiro não é mais o juiz do Código de 1941, não lhe competindo zelar pela qualidade da investigação, ao menos desde o ano de 1988, por força da nova ordem constitucional. Obviamente, o juiz exerce jurisdição na referida fase. Mas não por iniciativa própria, já que o titular da ação penal e responsável pela persecução penal em juízo é o Ministério Público. Que, juntamente com a Polícia, cuida também da fase de investigação. E mais. Sua atuação na fase de investigação, ainda quando produza resultados para a qualidade da investigação, não encontra nela (investigação) a sua fundamentação. Ao contrário, o juiz, ali, exerce uma das mais importantes missões reservadas à jurisdição penal: a tutela das liberdades públicas, exercendo o controle de legalidade da investigação e das ingerências na vida privada dos investigados e de terceiros. Da investigação em inquérito policial cuida, primeiro, a polícia, e, junto a ela, o Ministério Público, destinatário natural do material colhido nessa oportunidade, para fins de ajuizamento ou não de ação penal. Assim, não deve o juiz cuidar de tutelar a investigação. Havendo necessidade de sua atuação, em face das cláusulas de reserva da jurisdição (exigência de ordem judicial para interceptação telefônica, para mandado de busca e apreensão domiciliar, mandado para a prisão, além

de outras inviolabilidades pessoais previstas na Constituição da República), haverá ele que ser provocado pelos órgãos titulares da persecução, sendo-lhe vedada qualquer iniciativa nesse sentido. Nem mesmo a prisão preventiva para garantia da ordem pública, que não ostenta a mesma instrumentalidade das demais (para assegurar a aplicação da Lei penal e por conveniência da instrução criminal), deve ser objeto de sua apreciação nessa fase (de investigação). Talvez, excepcionalmente, em caso de prisão em flagrante, em que sejam visíveis os riscos de restituição à liberdade (crimes praticados com violência, envolvendo grupos armados, por exemplo), no caso de inércia do parquet. É que, enquanto não provocado, não pode o juiz se imiscuir na persecução investigativa, como se órgão correcional fosse (do Ministério Público e da Polícia Judiciária). Não cabe a ele analisar o material em produção na referida fase pré-processual, na medida em que a jurisdição somente se exerce, na administração da persecução, por provocação dos interessados. De outro lado, quando já instaurado o processo e em curso a imputação penal – que, aliás, decorre, na ordem jurídica atual, da regra da obrigatoriedade –, pode e deve o magistrado exercer em maior extensão o controle de legalidade, não mais da investigação, mas já da efetividade do processo penal. E, para isso, poderá, por iniciativa própria, adotar as medidas cautelares necessárias a tais finalidades, incluindo a prisão.¹⁶⁴

No mesmo sentido de que não é possível a decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz na fase investigatória, o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Processual penal e penal. Habeas corpus. Homicídio qualificado. Prisão preventiva. Audiência de custódia. Competência do juízo. Resolução nº 35/2015 do TJGO. Alteração pela Resolução nº 54/2016 do TJGO. Tema não enfrentado na origem. Supressão de instância. Prisão em flagrante relaxada. Prisão preventiva decretada em audiência. Possibilidade. Requerimento do ministério público. Art. 311 do CPP. Lei estadual. Derrogação de lei federal. Impossibilidade. Art. 22, I, da CF. Habeas corpus conhecido em parte e denegado. 1. Matéria não enfrentada na Corte de origem não pode ser analisada diretamente neste Tribunal Superior, sob pena de supressão de instância. 2. Havendo requerimento do Ministério Público na audiência de custódia, não há ilegalidade na

¹⁶⁴ PACELLI, Eugênio; FISHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 685.

decretação da prisão preventiva na fase investigatória, nos termos do previsto no art. 311 do CPP, segundo o qual: Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. 3. Habeas corpus conhecido em parte, e nesta extensão, denegado.¹⁶⁵

Aury Lopes Júnior¹⁶⁶ apresenta sua crítica a qualquer tipo de prisão preventiva decretada de ofício pelo juiz e a histórica conivência dos tribunais brasileiros a este fato que agride o sistema acusatório. Ele afirma que a imparcialidade do juiz fica comprometida diante de um juiz com poderes instrutórios que assume uma posição inquisitória ao decretar, de ofício, a prisão preventiva.

Vale destacar a previsão da Lei Maria da Penha. O artigo 20 da lei nº 11.340/2006 prevê que, em qualquer fase do inquérito ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Essa previsão vai na direção oposta da redação do artigo 311 do Código de Processo Penal com reforma em 2011, pois permite que o juiz decrete, de ofício, a prisão do agressor, inclusive na fase investigatória, como era o artigo da lei processual penal antes da mudança. E o Código de Processo Penal trouxe, com a reforma de 2011, a admissão de prisão preventiva quando for caso de violência doméstica no artigo 313, inciso III.

Assim, vê-se que o Código de Processo Penal evoluiu, com a mudança, em direção ao sistema acusatório, enquanto a Lei Maria da Penha permaneceu com os resquícios inquisitórios de o juiz decretar a prisão preventiva de ofício na fase investigatória. Por isso, o artigo 20 da Lei Maria da Penha deve ser interpretado em consonância com o artigo 311 do Código de Processo Penal.¹⁶⁷

É certo que a previsão de o juiz decretar, de ofício, a prisão preventiva fere o sistema acusatório, pois traz um juiz inquisidor e fere sua imparcialidade. Esse entendimento não significa diminuição da imprescindível proteção às mulheres

¹⁶⁵ Superior Tribunal de Justiça. HC 392529/GO. Sexta turma. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de julgamento: 05/09/2017.

¹⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 633.

¹⁶⁷ No mesmo sentido, FERNANDES, Valeria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica multidisciplinar (inclui lei de feminicídio)*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 179.

vítimas de violência doméstica, mas significa apenas que o processo de qualquer tipo de ilícito penal deve se desenvolver dentro dos limites constitucionais. Não é certo que a lei processual evolua a caminho do sistema acusatório e a regra da lei especial permaneça calcada em uma regra baseada no sistema inquisitório.¹⁶⁸

Por fim, Nucci¹⁶⁹, que afirma que decretação da prisão preventiva de ofício, sem provocação de qualquer das partes, afasta o juiz da imparcialidade, também destaca que a utilização da decretação da prisão preventiva com o fim de pressionar o investigado ou acusado a se tornar um delator. Para o autor, trata-se de uma barganha vexatória para o processo penal democrático, pois o juiz que concorda com a prisão preventiva como forma de pressão para delatar descumpra seus deveres de magistrado e passa a atuar como juiz-promotor, violando sua imparcialidade e o sistema acusatório.

2.5.1.5 Prisão em flagrante

Segundo Renato Brasileiro¹⁷⁰, prisão em flagrante é conceituada como uma medida de autodefesa da sociedade, consubstanciada na privação da liberdade de locomoção da pessoa que é surpreendida em situação de flagrância, isto é, está cometendo um ilícito penal ou acabou de cometê-lo, a ser executada independentemente de prévia autorização judicial.

Essa conceituação baseia-se nos artigos 301 e 302 do Código de Processo Penal, que preveem que qualquer do povo poderá e as autoridades policiais deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito. Considera-se em flagrante delito quem está cometendo a ação penal, acaba de cometê-la, é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser o autor da infração, ou é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos, ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Em relação à polêmica quanto à natureza jurídica da prisão em flagrante, prevalece que a prisão em flagrante é espécie de prisão cautelar juntamente com

¹⁶⁸ FABRETTI, Humberto. *Prisão preventiva de ofício na Lei Maria da Penha: posição contrária*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/prisao-preventiva-de-oficio-na-lei-maria-da-penha-posicao-contraria/18146>>. Acesso em: 16/11/2019.

¹⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 794.

¹⁷⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 926.

a prisão temporária e a prisão cautelar. No entanto, Renato Brasileiro¹⁷¹ entende que esta modalidade de prisão tem natureza precautelar, porque não se destina a garantir o resultado final do processo, mas sim colocar o capturado à disposição do juiz para que este adote uma verdadeira medida cautelar: a conversão em prisão preventiva ou temporária, a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com medidas cautelares diversas da prisão.

No mesmo sentido, Aury Lopes¹⁷², que afirma que a prisão em flagrante é uma medida precautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade se demonstra na possibilidade de ser utilizada por particulares ou autoridade policial. Essa prisão só se justifica pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de análise judicial em até vinte e quatro horas, devendo o juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

Independentemente de sua natureza jurídica, a prisão em flagrante será aqui tratada como medida cautelar em função da necessária análise da iniciativa instrutória do juiz após todo o procedimento do auto de prisão em flagrante. Do artigo 304 a 310 do Código de Processo Penal está previsto o procedimento que se desenrolará após esta modalidade de prisão. Esse procedimento culmina na apresentação do preso a um juiz em até vinte e quatro horas.

Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz, de acordo com o artigo 310, tem três opções: relaxar a prisão se ela for ilegal, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva quando presentes seus requisitos e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Em obediência ao artigo 5º, LXV, da Constituição Federal, a prisão ilegal será imediatamente relaxada e, de acordo com o inciso LXVI, ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei permitir liberdade provisória, com ou sem fiança.

Relaxar a prisão significa reconhecer a ilegalidade da restrição de liberdade imposta a alguém e não se restringe à prisão preventiva, embora seja mais comum, uma vez que é aplicada em todas as modalidades de prisão, desde que não tenham

¹⁷¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 929.

¹⁷² LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 602.

sido observados os requisitos legais. O relaxamento da prisão ilegal é uma garantia do réu contra o constrangimento ilegal à liberdade de locomoção.¹⁷³

E a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva se coaduna com a Constituição Federal?

Norberto Avena¹⁷⁴ afirma que, apesar da controvérsia doutrinária sobre o tema, ele entende o juiz pode sim converter a prisão em flagrante legal em prisão preventiva, pois o artigo 310 do Código de Processo Penal traz providências obrigatórias que devem ser alternativamente adotadas pelo juiz ao receber o auto de prisão em flagrante e, ao tomar uma dessas providências ele não estará violando o sistema acusatório porque ele só estará seguindo o que a lei determina.

Nucci¹⁷⁵ explica também que há quem sustente que o Ministério Público deve ser ouvido previamente e deve requerer a prisão preventiva para que o juiz converta a prisão em flagrante em prisão preventiva, sob o fundamento de violação da lei ao converter em preventiva de ofício durante a fase investigatória. Entretanto, ele não concorda com essa posição e afirma que antes da lei nº 12.403/2011, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante e analisar sua legalidade, mantinha a prisão em flagrante caso estivessem presentes os requisitos da preventiva e não fosse caso de relaxamento nem de liberdade provisória, de modo que a prisão em flagrante passava a ser uma medida cautelar. E, manter a prisão em flagrante, como era antes da mudança de 2011, isso sim configura constrangimento ilegal. Atualmente, a lei está melhor, pois ao invés de manter a prisão em flagrante, o juiz a converte em preventiva, de modo a validar a manutenção do investigado preso.

O Superior Tribunal de Justiça, em dois julgados de turmas distintas, entendeu que é possível a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício pelo juiz:

O juiz, mesmo sem provocação da autoridade policial ou da acusação, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá, quando presentes os requisitos previstos no art. 312 do CPP, converter a prisão em flagrante em preventiva, em cumprimento ao disposto no art. 310, II, do mesmo Código. Assim, não configura nulidade a decretação de ofício, da preventiva quando fruto da conversão da prisão em flagrante, haja vista o

¹⁷³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 319.

¹⁷⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 1140.

¹⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

expresso permissivo do inciso II do art. 310 do CPP. STJ. 5ª Turma. RHC 80.740/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, julgado em 20/06/2017. STJ. 6ª Turma. RHC 71.360/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 28/6/2016.¹⁷⁶

Renato Brasileiro¹⁷⁷ entende que para ser possível a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, conforme o artigo 310, inciso II, do Código de Processo Penal, é indispensável a prévia representação da autoridade policial, referendada pelo promotor, ou requerimento do Ministério Público ou do ofendido, sendo este último nos casos de ação penal privada, sob pena de violação ao sistema acusatório.

Aury Lopes, por sua vez, é totalmente contrário a este entendimento e afirma que:

A “conversão” da prisão em flagrante em preventiva não é automática e tampouco despida de fundamentação. E mais, a fundamentação deverá apontar – além do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* – os motivos pelos quais o juiz entendeu inadequadas e insuficientes as medidas cautelares diversas do art. 319, cuja aplicação poderá ser isolada ou cumulativa. Mas o ponto mais importante é: não pode haver conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva (ou mesmo em prisão temporária). É imprescindível que exista a representação da autoridade policial ou o requerimento do Ministério Público. A “conversão” do flagrante em preventiva equivale à decretação da prisão preventiva. Portanto, à luz das regras constitucionais do sistema acusatório (*ne procedat iudex ex officio*) e da imposição de imparcialidade do juiz (juiz ator = parcial), não lhe incumbe “prender de ofício”.¹⁷⁸

Vale dizer que a apresentação do preso em flagrante é feita na audiência de custódia, que permite a apresentação do preso ao juiz em até vinte e quatro horas, com a presença de um advogado ou defensor público e do Ministério Público. É regulada pela Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, uma vez que ainda não há lei que a regule, em observância aos preceitos do Pacto de São José da Costa Rica.

¹⁷⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Juiz pode de ofício, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/04fcc65450efccdc9869442c3e36310>>. Acesso em: 16/11/2019.

¹⁷⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 953.

¹⁷⁸ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 619.

O artigo 8º da Resolução 213/2015 em seu §1º prevê que após a oitiva do preso pelo juiz, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica reperguntas compatíveis com a natureza do ato e, em seguida, permite-lhes requerer o relaxamento da prisão, a concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão, a decretação da prisão preventiva e adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Ou seja, de acordo com a Resolução do Conselho Nacional de Justiça, o juiz não decreta de ofício a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, pois, primeiro, é dada oportunidade às partes de se manifestarem e fazer seu requerimento.

O Supremo Tribunal Federal entende que a regulamentação da audiência de custódia por meio de Resoluções e Provimentos dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais não viola os princípios da legalidade e da reserva de lei federal em matéria processual penal, pois não houve extrapolação do teor da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁷⁹

2.5.2 A iniciativa probatória do juiz na fase processual

Nesse tópico, serão analisados os artigos do Código de Processo Penal que preveem a possibilidade de atuação de ofício do juiz. Inicialmente, a polêmica maior acerca da iniciativa probatória do juiz de ofício nas medidas cautelares e nas prisões são em relação à fase investigatória.

Tanto as medidas cautelares quanto a prisão preventiva podem ser decretadas de ofício pelo juiz no curso do processo, sem maiores controvérsias, em razão da literalidade da lei. A prisão temporária é uma prisão típica da fase investigatória, por isso não se aplica aqui.

A decisão de ofício do juiz, durante o processo, sempre deverá ser devidamente fundamentada e a decretação da prisão cautelar ser a última *ratio*. Devem estar presentes os requisitos previstos na lei. Entretanto, essa atuação de ofício deve ser em situações excepcionalíssimas, porque, em regra, quem deve sopesar a necessidade dessa medida é o Ministério Público, titular da ação penal e responsável por efetivar o *ius puniendi* do Estado.

¹⁷⁹ Supremo Tribunal Federal. ADI 5.240/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 20/08/2015.

É atribuição constitucional do Ministério Público promover a ação penal e requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos das suas manifestações processuais, nos termos do artigo 129 da Magna Carta.

Assim, prioritariamente, o Ministério Público deve analisar o caso concreto, investigar o réu e analisar se é cabível e necessária a imposição de medidas cautelares ou de prisões. Ao juiz cabe analisar o requerimento do interessado no feito e sujeito parcial do processo e decidir de acordo com a lei, exercendo sua função jurisdicional, de modo a manter sua imparcialidade.

2.5.2.1 Poder de o juiz extinguir a punibilidade de ofício

Outro ponto a se analisar a iniciativa do juiz está no artigo 61 do Código de Processo Penal. Esse artigo dispõe sobre a atuação de ofício pelo juiz, em qualquer fase do processo criminal, para declarar a extinção de punibilidade quando reconhecê-la.

A extinção de punibilidade é matéria de ordem pública, por isso deve ser reconhecida de ofício pelo juiz, a qualquer momento e em qualquer fase do processo penal. Presente causa extintiva de punibilidade, o Estado perde o direito de punir, motivo pelo qual o juiz deve declará-la de ofício, mesmo sem requerimento das partes.

A extinção da punibilidade é o reconhecimento da ausência de interesse na efetivação da intervenção penal, por motivo de orientação de política criminal. Por isso, qualquer que seja sua causa, não há razão para o prosseguimento da ação penal, pois o juiz deve apreciar essa matéria de ofício, inclusive.¹⁸⁰

Nesse sentido a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Embargos declaratórios no agravo regimental no recurso extraordinário. Matéria criminal. Questões afastadas nos julgamentos anteriores. Ausência de omissão, de contradição e de obscuridade. Precedentes. Alegada prescrição da pretensão punitiva estatal. Consumação. Matéria de ordem pública que pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo. Artigo 61 do Código de Processo Penal. Ordem de habeas corpus concedida de ofício. Precedentes. 1. Inexiste na espécie hipótese

¹⁸⁰ PACHELLI, Eugênio; FISHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 130.

autorizadora da oposição deste recurso declaratório, conforme previsto no art. 337 do Regimento Interno da Corte. 2. Embargos de declaração rejeitados. 3. A prescrição em direito penal, em qualquer de suas modalidades, é matéria de ordem pública e, por isso, pode ser arguida e reconhecida a qualquer tempo (art. 61 do Código de Processo Penal). 4. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, para declarar extinta a punibilidade do embargante, em virtude da consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal.¹⁸¹

2.5.2.2 Poderes do juiz em relação às questões prejudiciais

No tocante às questões prejudiciais, o Código de Processo Penal prevê a atuação de ofício do juiz no artigo 94. Esse artigo dispõe que a suspensão do curso da ação penal, quando houver questões prejudiciais a serem resolvidas, será decretada pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes.

Questões prejudiciais são os pontos duvidosos, de direito material, penal ou extrapenal, cuja solução é necessária como antecedente lógico em relação ao caso concreto do processo penal. As questões prejudiciais podem ser homogêneas, isto é, pertencer ao mesmo ramo do Direito, ou heterogêneas, que tratam de ramos diferentes do Direito.¹⁸²

Elas também podem ser obrigatórias ou facultativas. As obrigatórias impõem a suspensão do processo criminal, enquanto as facultativas permitem que o juiz, a seu critério, decida suspender o feito ou não. Ainda há a classificação de questões prejudiciais devolutivas e não devolutivas. As devolutivas são obrigatoriamente resolvidas pelo juízo cível, enquanto as não devolutivas podem ser resolvidas no juízo cível ou no juízo criminal.

O artigo 94 autoriza o juiz, de acordo com o princípio do impulso oficial, a determinar a suspensão do processo, suspensão esta obrigatória ou facultativa, desde que o juiz entenda ser indispensável.¹⁸³

¹⁸¹ Supremo Tribunal Federal. RE 634610AgR-ED/BA. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data de julgamento: 13/03/2012.

¹⁸² DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 162.

¹⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 324.

E o artigo 92 do Código de Processo Penal prevê que se a decisão sobre a existência de uma infração depender da solução de controvérsia que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja dirimida a controvérsia por sentença transitada em julgado, sem prejuízo da oitiva de testemunhas e de outras provas consideradas urgentes.

Isto é, o magistrado faz um juízo prelibatório, que significa uma análise antecedente da controvérsia a ser futuramente decidida, de modo a extrair o grau de relevância da questão para o processo penal. Se for relevante, há suspensão.¹⁸⁴

Ou seja, o legislador deu espaço ao juiz para fazer seu juízo de valor acerca da questão a ser resolvida e sobre a necessidade de suspender ou não o processo. Decidindo o juiz pela suspensão, nada obsta que, mesmo no período em que o processo esteja suspenso, haja inquirição de testemunhas ou colheitas de provas consideradas urgentes, sempre, é claro, observando o contraditório. Vale ressaltar que a suspensão somente pode ocorrer durante a ação penal. Não há suspensão de inquérito policial.

2.5.2.3 Incidentes processuais e a atuação de ofício do juiz

Pode-se verificar a iniciativa probatória do juiz no processo penal na previsão do incidente de falsidade disposto no artigo 147, que dispõe que o juiz poderá proceder à verificação de falsidade de ofício. O incidente de falsidade é um procedimento incidental destinado a verificar a veracidade de documento constante nos autos da ação penal.

Esse incidente visa garantir a formação legítima da prova documental produzida no curso do processo penal, para evitar que a busca da verdade real seja distorcida em razão de documento falso apresentado por uma das partes. Em razão do sistema da persuasão racional do juiz, ao magistrado incumbe apreciar livremente as provas constantes dos autos do processo, de modo que não se pode negar a possibilidade de o juiz suscitar de ofício o incidente de falsidade caso suspeite da autenticidade ou veracidade de um documento. Assim como o juiz pode proceder à verificação de falsidade de ofício, a

¹⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 321.

ele incumbe também indeferir o requerimento de instauração do incidente quando constatar que se trata de arguição temerária, leviana, com o fim de tumultuar o processo.¹⁸⁵

Eugênio Pacelli¹⁸⁶ afirma que este é um dos incidentes de menor expressão no processo penal e, inclusive, dispensável, pois ele entende que o documento em que deve ser aferida a falsidade não é o que constitui objeto material do delito, mas sim outros documentos que possam interferir na apuração da imputação penal, uma vez que o documento objeto material do delito deve ser necessariamente periciado, para fins de comprovação da existência do crime.

Ademais, o artigo 148 do Código de Processo Penal atesta a inutilidade desse incidente ao impor que, qualquer que seja a decisão, ela não fará coisa julgada em prejuízo de ulterior processo penal ou civil. O autor ainda conclui a sua exposição afirmando que em razão da ampla iniciativa probatória do juiz no processo penal brasileiro, o incidente de aferição de falsidade de documento pode ser instaurado de ofício pelo juiz.¹⁸⁷

Outro incidente que pode ser instaurado de ofício pelo juiz é o incidente de insanidade mental do acusado, nos termos do artigo 149 do Código de Processo Penal. Este artigo prevê que quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará que este seja submetido a exame médico-legal, de ofício ou a requerimento.

O incidente de insanidade mental é o procedimento instaurado para se apurar a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado, por meio de exame médico-legal que irá atestar se, ao tempo da ação ou omissão criminosa, o acusado tinha capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento.¹⁸⁸

Assim, como o incidente de falsidade de documento, este incidente também não será instaurado pelo juiz apenas porque houve requerimento. Se o juiz verificar que é uma arguição temerária para postergar injustificadamente o processo, ele deverá indeferir a instauração.

¹⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 1185-1188.

¹⁸⁶ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 327.

¹⁸⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 327.

¹⁸⁸ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Incidente de insanidade mental*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/494ba9ff03bdad881378a6fd4092a6c7>>. Acesso em: 19/11/2019.

Mais uma vez, em razão da iniciativa probatória do juiz no processo penal, havendo dúvida relevante do julgador acerca da sanidade mental do acusado, ele pode determinar a instauração do procedimento. Entretanto, Guilherme Madeira¹⁸⁹ ensina que é importante que essa possibilidade do o juiz determinar o exame de ofício deve ser contextualizada com outros princípios, pois no caso de recurso exclusivo da defesa, o Tribunal não pode converter o julgamento em diligência, sob pena de violação da vedação da *reformatio in pejus*¹⁹⁰.

Vale lembrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que o incidente de insanidade mental é prova pericial constituída em favor da defesa, por isso, não é possível determiná-lo compulsoriamente no caso de oposição da defesa a sua realização.¹⁹¹¹⁹²

2.5.2.4 Poder de determinar produção de provas de ofício

O artigo 185, § 2º, do Código de Processo Penal prevê mais uma atuação probatória de ofício do juiz: excepcionalmente, por decisão fundamentada, o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

O interrogatório por videoconferência é uma medida excepcional, porque, em regra, o interrogatório deve ser feito pessoalmente na presença do juiz. Será por videoconferência se for necessário para: prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento; viabilizar a participação do réu no ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal; impedir a influência do réu no ânimo de

¹⁸⁹ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 177.

¹⁹⁰ Nesse sentido, Supremo Tribunal Federal. HC 111.769/SP. Relator original: Ministro Gilmar Mendes, red. para acórdão Ministro Cezar Peluso. Data de julgamento: 26/06/2012.

¹⁹¹ Supremo Tribunal Federal. HC 133.078/RJ. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Data de julgamento: 06/09/2016 (Informativo 838).

¹⁹² CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Se o acusado se recusa a participar do incidente, não pode ser obrigado a fazer o exame*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7b670d553471ad0fd7491c75bad587ff>>. Acesso em: 19/11/2019.

testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência; e responder à gravíssima questão de ordem pública.

Ou seja, o juiz só poderá decretar de ofício o interrogatório por videoconferência se a decisão dele estiver devidamente fundamentada nas hipóteses de cabimento previstas no Código de Processo Penal. Fora dessas hipóteses não será possível essa medida que, repise-se, é excepcional.

Luiz Flávio Gomes explica que o interrogatório por videoconferência deve ser excepcional e o juiz deve motivar sua decisão de modo vinculado, pois a lei elencou as possibilidades de cabimento do ato. Ele explana que o juiz deve demonstrar os motivos concretos para justificar a realização excepcional do interrogatório por videoconferência, podendo o juiz agir de ofício ou a requerimento das partes para tanto.¹⁹³

Também em relação ao interrogatório, não só por videoconferência, mas também presencial. o artigo 196 do Código de Processo Penal prevê que, a todo tempo, o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.

A redação do artigo 196 foi modificada pela lei nº 10.792/2003. Antes dessa mudança, a lei não facultava expressamente às partes a possibilidade de a realização de novo interrogatório. Assim, restava apenas e tão somente ao juiz agir de ofício para determinar novo interrogatório. Apesar de a lei prever que o juiz poderá, é certo que se for necessário e devidamente justificado o novo interrogatório, passa a ser um poder-dever do juiz determinar a repetição do ato, inclusive em homenagem à verdade real.¹⁹⁴

Aury Lopes¹⁹⁵ destaca que o artigo 196 era muito importante até a reforma de 2008 no processo penal, pois o interrogatório era o primeiro ato da instrução. Como, atualmente, o interrogatório é o último ato, esse dispositivo legal perdeu muito de sua eficácia, mas continua vigente. Sendo necessário, o interrogatório poderá ser repetido.

O Código de Processo Penal também traz a possibilidade de iniciativa probatória do juiz no processo penal brasileiro na prova testemunhal. De acordo

¹⁹³ GOMES, Luiz Flávio. *Videoconferência: uma necessidade premente*. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932764/videoconferencia-uma-necessidade-premente>. Acesso em 20/11/2019.

¹⁹⁴ MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 509.

¹⁹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 449.

com o artigo 209 do Código de Processo Penal, o juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir testemunhas além das indicadas pelas partes.

Essas testemunhas são classificadas como testemunhas extranumerárias, pois não são computadas para efeito de aferição do número máximo de testemunhas legalmente permitido de acordo com o procedimento adotado. São testemunhas extranumerárias as que são ouvidas por iniciativa do juiz, as que não prestam compromisso legal e foram arroladas pelas partes e as que nada sabem que interesse à decisão da causa. O juiz também pode ouvir a pedido das partes ou de ofício a testemunha referida, que é aquela que foi mencionada por outra pessoa.¹⁹⁶

Nucci¹⁹⁷ entende que a produção de prova testemunhal de ofício pelo juiz é decorrente da busca da verdade real e consequência do princípio do impulso oficial. Ademais, com base no sistema do livre convencimento motivado, ele considera que o juiz deve buscar provas para formar sua convicção sobre o caso concreto e que isso não afeta sua imparcialidade, pois a busca é feita de forma fundamentada e às claras, com acompanhamento das partes.

A jurisprudência admite a oitiva de testemunhas do juízo:

Agravo regimental no habeas corpus. 2. Alegação de que o magistrado ouviu testemunha da acusação como se do Juízo fosse, após o encerramento da instrução. Inocorrência. Instrução não encerrada. 3. Pode o magistrado, excepcionalmente, ouvir como testemunha do Juízo qualquer pessoa, mesmo após o interrogatório, ainda que indicada pela acusação, desde que garantido o direito de contraprova pela defesa e renovado o interrogatório, como houve no presente caso. 4. Ausência de lawfare da acusação. 5. Mesmo firmada a tese de prejuízo presumido, há provas nos autos de sua total ausência. 6. Agravo regimental não provido.¹⁹⁸

Processo penal. Habeas corpus. Substitutivo de recurso ordinário. Inadequação. Denúncia. Rol de testemunhas. Adição. Possibilidade. Busca da verdade real. Art. 209 do CPP. Ausência de prejuízo. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Writ não conhecido. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de

¹⁹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 701.

¹⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 584.

¹⁹⁸ Supremo Tribunal Federal. 2ª turma. HC 175.035 AgR/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 06/12/2019.

que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A República Federativa do Brasil, fundada, entre outros, na dignidade da pessoa humana e na cidadania, consagra como garantia aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, (...) o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV, da Constituição Federal). 3. "O devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade a pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido", assim, "compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu" (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, Dje 2/8/2010). 4. No caso em exame, em virtude de o Parquet Estadual ter descoberto prova nova, a partir de testemunha ouvida na GAECO, com informações relevantes ao deslinde da causa, foi deferido pelo Juiz de primeiro grau o pleito de sua inquirição, na condição de testemunha do Juízo, sendo inclusive aberta à defesa a possibilidade de indicação de novas testemunhas. 5. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que não configura nulidade a ouvida de testemunha indicada extemporaneamente pela acusação, como testemunha do Juízo, conforme estabelece o art. 209 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio da busca da verdade real. 6. O reconhecimento de nulidade no curso do processo penal reclama efetiva demonstração de prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio pas de nullité sans grief, o que não se verifica na espécie. 7. Writ não conhecido.¹⁹⁹

A crítica a este artigo é que ele retrata a matriz neoinquisitorial que orienta no Código de Processo Penal brasileiro, consagrando o ativismo judicial. Quem critica esse artigo afirma que ele não deveria ser aplicado e, se for, não deve ser admitida

¹⁹⁹ Superior Tribunal de Justiça. 5ª Turma. HC 503241/SP. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data de julgamento: 20/08/2019.

sua interpretação extensiva, isto é, o juiz poderia ouvir testemunhas não arroladas, mas não poderia ouvir testemunhas arroladas e posteriormente desistidas por ambas as partes. Se uma das partes somente desiste da oitiva da testemunha e a outra não concorda, o juiz deve aplicar o artigo 209 para garantir a eficácia do contraditório.²⁰⁰

Renato Brasileiro²⁰¹, por sua vez, afirma que uma parte poderá desistir da oitiva da testemunha arrolada sem a anuência da outra parte. Em relação à desistência de oitiva da testemunha, é possível que a parte desista, inclusive durante o curso da audiência de instrução e julgamento, do depoimento da testemunha por ela arrolada, salvo se o depoimento já tiver se iniciado.

Vicente Greco afirma que a prova testemunhal deve passar pelo exame de pertinência e relevância do juiz. As testemunhas regularmente arroladas são presumidas de necessidade e interesse da audiência. No entanto, demonstrada a impertinência da indicação da testemunha, nada obsta que o juiz a exclua do rol, sem que isso constitua cerceamento de defesa.²⁰²

Esta é uma posição respeitável, mas pode dar margem à violação do sistema acusatório. Isso porque o juiz valorará antes mesmo de ouvir a testemunha se ela será pertinente ou não, podendo haver quebra da imparcialidade e violação do contraditório e ampla defesa. Pode ser melhor que o juiz ouça a testemunha arrolada, mas, posteriormente, não a leve em consideração na sua decisão por ter sido irrelevante, a não ser que seja um caso de testemunha flagrantemente impertinente. Mas, pelo menos, não haverá margem para alegações de cerceamento de defesa.

Vale lembrar que a reforma de 2008 alterou o artigo 212 do Código de Processo Penal e a forma de inquirição das testemunhas de forma a adequar o Código de Processo Penal ao sistema acusatório previsto na Constituição Federal, pois retirou do juiz o protagonismo da instrução. A reforma nada mais fez do que atribuiu às partes a responsabilidade pela produção da prova. O juiz passa a ter uma função supletiva, subsidiária.²⁰³

Em relação à acareação, que consiste na confrontação de declarações divergentes, sobre fatos ou circunstâncias relevantes, entre acusados, acusado

²⁰⁰ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 474.

²⁰¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 705.

²⁰² GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 188-189.

²⁰³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 458-459.

e testemunha, entre testemunhas ou testemunha e pessoa ofendida, ou entre pessoas ofendida, conforme artigos 229 e 230 do Código de Processo Penal.

O Código é silente em relação à iniciativa probatória do juiz em determinar a acareação. Há doutrina a favor da iniciativa probatória de ofício do juiz para determinar a acareação²⁰⁴.

Mais uma vez, a doutrina contra apresenta sua crítica e afirma que em razão do sistema acusatório e de seu repúdio à iniciativa probatória do juiz, a acareação deve depender de requerimento das partes, pois a dúvida, no processo penal, gera absolvição, o que não autorizaria o juiz a ir atrás da prova para condenar, já que para absolvição, ele não precisaria dessa iniciativa probatória.²⁰⁵

Ressalte-se que a jurisprudência continua firme no sentido de admitir que o juiz indefira provas que ele considere protelatórias, irrelevantes ou impertinentes:

Recurso ordinário em habeas corpus. Estupro de vulnerável. Indeferimento motivado de produção de provas requeridas pelo réu. Possibilidade. Inexistência de cerceamento de defesa. 1. Ao magistrado é facultado o indeferimento, de forma fundamentada, do requerimento de produção de provas que julgar protelatórias, irrelevantes ou impertinentes, devendo a sua imprescindibilidade ser devidamente justificada pela parte. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. Na hipótese em apreço, o indeferimento de parte das provas requeridas pela defesa foi devidamente justificado pelo magistrado singular, que não acolheu o pedido de nova oitiva da vítima por entender que o seu depoimento observou os ditames da Lei 13.431/2017, procedimento do qual a defesa teve ciência e não se insurgiu, e rejeitou o pleito de acareação de duas testemunhas por se tratar de providência protelatória, havendo provas suficientes para a formação do seu convencimento, o que afasta a ilegalidade suscitada na irresignação. (...) 6. Recurso desprovido.²⁰⁶

No tocante à busca e apreensão, o artigo 242 do Código de Processo Penal dispõe que a busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

²⁰⁴ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 255.

²⁰⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 502.

²⁰⁶ Superior Tribunal de Justiça. 5ª turma. RHC 97970/SC. Relator: Ministro Jorge Mussi. Data de julgamento: 19/06/2018.

Busca é a diligência destinada à localização de coisa ou pessoa que guarde relação de interesse com o delito. Apreensão é a restrição jurídica que se impõe à liberdade da pessoa ou à posse de coisa certa, como decorrência de sua vinculação ao delito.²⁰⁷ A busca pode ser domiciliar ou pessoal.

Nucci²⁰⁸ comenta que a busca determinada de ofício pelo juiz faz parte da busca pela verdade real. Por isso, não deve o magistrado exceder-se na avaliação da prova, antecipar julgamentos e buscar culpados a qualquer custo. O magistrado só irá intervir se a diligência se mostrar indispensável à formação de seu convencimento, de modo motivado, desde que não tenha tido requerimento das partes nesse sentido.

Ao comentar o artigo 242, Pacelli e Fisher²⁰⁹ afirmam que, em relação à iniciativa probatória no juiz nesse caso, o que deve ser vedado no processo é que o juiz substitua o Ministério Público nas funções acusatórias e probatórias, o que acontece inevitavelmente quando o juiz buscar elementos na fase investigatória para produzir provas. Não se impede a iniciativa da produção de provas a partir das provas já trazidas pelas partes.

2.5.2.5 Princípio da correção entre acusação e sentença, *emendatio libelli e mutatio libelli*

No tocante à sentença penal, vige o princípio da correlação entre acusação e sentença. De acordo com esse princípio, o fato criminoso imputado ao réu na peça acusatória deve ter exata correspondência com o fato reconhecido pelo juiz na sentença penal. Se assim não for, há grave violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

A violação do princípio da congruência ou da correlação entre acusação e sentença é causa de nulidade absoluta por ofender os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.²¹⁰

A sentença incongruente pode ser *extra petita*, ou seja, o juiz julga fora do que foi imputado ao réu, de ofício, violando o contraditório e o sistema acusatório.

²⁰⁷ MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 592.

²⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 671.

²⁰⁹ PACHELLI, Eugênio; FISHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 548-549.

²¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 945.

Também pode ser *citra petita*, caso em que a sentença fica aquém do pedido, sem a necessária manifestação judicial acerca da integralidade da pretensão acusatória.²¹¹ Ou, ainda, a sentença pode ser *ultra petita*, que ocorre quando o juiz julga além do pedido acusatório, também violando o contraditório, a ampla defesa e, principalmente, o sistema acusatório.²¹²

Não obstante, o Código de Processo Penal prevê dois institutos que permitem ao juiz ter flexibilidade na adequação da capitulação com a prolação da sentença: a *emendatio libelli* e a *mutatio libelli*, previstas nos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal.

De acordo com o artigo 383 do Código de Processo Penal que prevê o instituto da *emendatio libelli*, o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou na queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar a pena mais grave.

O § 1º ainda dispõe que se em consequência da definição jurídica diversa couber proposta de suspensão condicional do processo, o juiz deverá proceder de acordo com a lei, dando oportunidade ao Ministério Público para que faça a oferta, conforme artigo 89 da lei nº 9.099/1995. O § 2º prevê que se em razão da nova definição jurídica, o juiz se tornar incompetente, ele encaminhará os autos ao juiz competente para julgamento.

A doutrina majoritária e a jurisprudência entendem que o réu se defende de fatos e não de direito. A ampla defesa consiste em autodefesa e defesa técnica. Portanto, ao se defender dos fatos, ao acusado é possibilitada a autodefesa, pois somente as pessoas que têm formação jurídica conseguem tipificar juridicamente o fato criminoso. O juiz não modifica os fatos ao fazer a *emendatio libelli*, mas sim atribui a eles nova definição jurídica.²¹³

Nesse sentido:

Habeas corpus substitutivo de recurso. Inadequação da via eleita. Peculato em continuidade delitiva. Causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do CP. Paciente que exercia cargo em comissão de chefe do departamento pessoal de Prefeitura Municipal. **Fato descrito na**

²¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 915-916.

²¹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 1553.

²¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 943-944.

denúncia. Violação ao princípio da correlação. Inexistência. Instituto da *emendatio libelli*. Precedentes. Constrangimento ilegal inexistente. Writ não conhecido. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. **Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte, "não havendo modificação quanto ao fato descrito na exordial acusatória, como a hipótese presente, pode o magistrado dar nova classificação jurídica ao fato definido na denúncia ao prolatar a sentença (*emendatio libelli*), prescindindo de aditamento da peça exordial ou mesmo de abertura de prazo para a defesa se manifestar, já que o réu se defende dos fatos narrados pela acusação e não dos dispositivos de lei indicados "** (AgRg no REsp 1.129.640/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe de 15/2/2013). 3. **O princípio da congruência ou correlação no processo penal estabelece a necessidade de correspondência entre a exposição dos fatos narrados pela acusação e a sentença. Por isso, o réu se defende dos fatos, e não da classificação jurídica da conduta a ele imputada** (HC 119.264/STF, Primeira Turma, Rel. Ministra ROSA WEBER, DJe de 5/6/2014). 4. No caso dos autos, a condenação está em estrita correlação com a imputação feita na denúncia, no sentido de que o crime foi cometido pela chefe do departamento pessoal, cargo comissionado que a paciente exercia na prefeitura municipal, situação descrita na exordial acusatória. 5. Habeas corpus não conhecido.²¹⁴ (grifo nosso)

Entretanto, parte da doutrina não concorda. Para o professor Gustavo Badaró, no caso de *emendatio libelli*, embora não seja necessário o aditamento da peça acusatória, em respeito ao princípio do contraditório, o juiz deve dar oportunidade às partes a se manifestarem sobre a possibilidade de definição jurídica diversa dos fatos imputados ao acusado, a fim de evitar surpresas às partes e, principalmente, face à relevância que a tipificação penal assume para o direcionamento da defesa. Assim, em

²¹⁴ Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. HC 526584. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Data de julgamento: 22/10/2019.

razão do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, antes de aplicar o artigo 383 do Código de Processo Penal, o juiz deve observar o contraditório sobre questões de direito.²¹⁵

Do mesmo modo defende o professor Aury Lopes²¹⁶, que também entende que o artigo 383 deve ser aplicado e interpretado em conformidade com a Constituição Federal. Ele afirma que no processo penal o réu se defende dos fatos e também da tipificação penal atribuída pelo acusador, por isso, a garantia do contraditório impõe a vedação da surpresa, por ser incompatível com o direito à informação clara e determinada sobre o caso em julgamento. Assim, para amenizar ou evitar a violação ao contraditório, há dois caminhos possíveis: consultar previamente as partes acerca da possibilidade de reclassificação jurídica do fato ou, caso não haja consulta prévia, intimar as partes após a *emendatio libelli* para que elas conheçam e se manifestem sobre a nova tipificação do fato.

Vale ressaltar que o momento previsto na lei para a *emendatio libelli* é o momento da prolação da sentença. A correção da imputação no recebimento da denúncia poderia colocar em risco a imparcialidade do julgador, pois este estaria fazendo um pré-juízo do caso e afastando a incidência do princípio da presunção de inocência. Entretanto, excepcionalmente, em alguns casos é possível a aplicação do artigo 383 no momento do recebimento da denúncia, dando oportunidade ao contraditório logo na resposta à acusação.²¹⁷

No mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima²¹⁸ afirma que o juiz, como garantidor constitucional e no exercício desse mister, pode conceder benefícios legais relacionados com o *status libertatis* do acusado, se verificar a possibilidade de outra tipificação penal do fato descrito na inicial, porém com o cuidado de não declarar expressamente o tipo penal que entende adequado para não ensejar um prejulgamento. Entretanto, o autor adverte que a solução é diversa no caso de a imputação não ser idônea, caso em que o juiz deverá rejeitar a denúncia por ausência de justa causa.

²¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença: releitura da emendatio libelli à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.badaroadvogados.com.br/download.php?f=5d91bae3a0a7c6640f59c68982282c32>>. p. 2. Acesso em: 01/12/2019>.

²¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 903-905.

²¹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 905-907.

²¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 1557-1558.

Consoante o artigo 617 do Código de Processo Penal, a *emendatio libelli* pode ser feita pelo órgão jurisdicional de segunda instância em suas decisões, desde que haja observância do princípio da proibição da *reformatio in pejus*, uma vez que não pode haver agravamento da pena quando somente o réu houver apelado da sentença.

Prevalece o entendimento de que a aplicação da *emendatio libelli* em segunda instância pode ser feita de ofício, sem oitiva das partes, desde que não haja agravamento da pena. Porém, há discordância dessa posição dominante em razão do princípio do contraditório e da ampla defesa, que defende a oitiva das partes em todos os passos do processo.²¹⁹

Ainda em relação à *emendatio libelli*, é plenamente possível sua aplicação ao Tribunal do Júri, haja vista o artigo 418 do Código de Processo Penal, que praticamente repete o artigo 383 ao prever que o juiz poderá dar ao fato definição jurídica diversa da constante na acusação, embora o acusado fique sujeito a pena mais grave.

Vale dizer que prevalece o entendimento de que não é obrigatória a oitiva da defesa²²⁰, apesar de acreditar ser sempre necessário o contraditório em observância ao devido processo legal e ao sistema acusatório.

Enquanto na *emendatio libelli* a descrição fática contida na denúncia ou na queixa coincide com as provas colhidas durante a instrução processual, na *mutatio libelli* a descrição fática da peça acusatória é diferente dos fatos apontados pelas provas produzidas durante da instrução. No instituto da *mutatio libelli* há, durante a instrução processual, surgimento de prova de elementar ou circunstância não descrita explícita ou implicitamente na denúncia ou na queixa.²²¹

Elementar do tipo é aquilo que o compõe, é um dos requisitos exigidos pelo direito objetivo para a existência do crime. Já circunstância trata-se de um dado accidental ou acessório que, combinado com o tipo fundamental, o desloca para uma modalidade especial, agravando ou diminuindo a pena²²²

O artigo 384 do Código de Processo Penal dispõe que encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na

²¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 1561.

²²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 1370.

²²¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito processual penal esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 406.

²²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 4º volume. 31 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 321.

acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de cinco dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá.

Ouvido o defensor do acusado no prazo de cinco dias e admitido o aditamento, nos termos do § 2º, o juiz, a requerimento das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição das testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. Havendo aditamento, conforme § 4º, cada parte poderá arrolar até três testemunhas, no prazo de cinco dias, ficando o juiz adstrito aos termos do aditamento quando sentenciar.

Como há alteração da base fática da imputação na *mutatio libelli*, obviamente há necessidade de aditamento da peça acusatória e posterior oitiva da defesa, bem como renovação da instrução processual, nem que seja, ao menos, para novo interrogatório do acusado. Caso contrário, o acusado poderá ser condenado por fato delituoso que não lhe foi imputado, violando o contraditório, a ampla defesa e a correlação entre acusação e sentença.²²³

Se o Ministério Público entender não ser caso de aditamento, o § 1º determina que se aplica o artigo 28 do Código de Processo Penal, que prevê que o juiz, caso não concorde, faça a remessa dos autos ao procurador-geral e este decidirá se aditará, se designará outro órgão do Ministério Público para fazê-lo, ou concordará não ser caso de aditamento, devendo o juiz, obrigatoriamente, atender ao que foi decidido pelo procurador-geral.

Antes da reforma feita pela lei nº 11.719/2008, havia espaço para o juiz poderia fazer, de ofício, a alteração da acusação. Após a reforma, o juiz não tem mais essa possibilidade, pois somente o Ministério Público poderá aditar a denúncia por ele oferecida. Entretanto, a reforma ofereceu ao juiz o “controle” do aditamento ao oferecer a possibilidade de aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Vale ressaltar o posicionamento de Aury Lopes Junior que afirma que o § 1º, ao determinar a utilização pelo juiz do artigo 28 do Código de Processo Penal, é

²²³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 1561.

substancialmente inconstitucional, por violar as regras do sistema acusatório, pois o juiz utiliza esse artigo para alargar a imputação contida na peça acusatória.²²⁴

O mesmo doutrinador apresenta um problema: o que o juiz deve fazer quando a mutação do fato processual beneficia a defesa e o Ministério Público silencia? Aury apresenta duas opções: diante da inércia do órgão acusatório, o juiz aplica o artigo 28 para que haja o aditamento ou, não havendo aditamento, o juiz deverá absolver o réu por não ter ficado demonstrada a tese da acusação.²²⁵

O § 3º prevê que se couber suspensão condicional do processo, o juiz deverá proceder de acordo com a lei e, sendo caso de competência de outro juízo, o juiz encaminhará os autos ao juiz competente.

Destaca-se a súmula 453 do Supremo Tribunal Federal sobre a *mutatio libelli*, que afirma que não se aplica o artigo 384 do Código de Processo Penal à segunda instância. Apesar de a súmula ser anterior à reforma do artigo pela lei nº 11.719/2008, não há mudança de entendimento e a súmula continua válida, pois se o Tribunal, em grau de recurso, apreciar um fato não valorado pelo juiz de primeiro grau, haverá supressão de instância, o que viola o duplo grau de jurisdição e o devido processo legal.²²⁶

O § 3º do artigo 411 do Código de Processo Penal admite a possibilidade de *mutatio libelli* na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri após o encerramento da instrução probatória. Esse parágrafo teve sua redação dada pela lei nº 11.689/2008 com o fulcro de dar fim à divergência que havia acerca da aplicação do artigo 384 na primeira fase do Tribunal do Júri caso, durante a instrução, ficasse comprovada a ocorrência de circunstância ou elementar não contida na denúncia.

A antiga redação do artigo 408 dispunha que o juiz não ficaria adstrito à classificação do crime, feita na queixa ou na denúncia, embora ficasse o réu sujeito à pena mais grave. Parte da doutrina entendia que esse dispositivo incluía tanto a *emendatio libelli* quanto a *mutatio libelli* e, assim, era uma exceção ao artigo 384,

²²⁴ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 907-908.

²²⁵ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 907-910.

²²⁶ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Súmula 453-STF*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/731ae30af8750c2d28720ea3c1f8c2b1>>. Acesso em: 03/12/2019.

podendo o juiz, de ofício, incluir a circunstância ou elementar, independentemente de aplicação do artigo 384 do Código de Processo Penal.²²⁷

Assim, caso o juiz entenda ser caso de *mutatio libelli*, deve provocar o Ministério Público a aditar sua peça acusatória em cinco dias. Caso o Ministério Público não o faça, aplica-se o artigo 28 do Código de Processo Penal. Ouvida a defesa e admitido o aditamento, haverá designação para continuação da audiência, com novo interrogatório do acusado, debates e julgamento. O juiz sempre estará adstrito aos termos do julgamento. Ressalte-se que a *mutatio libelli* é possível na primeira fase do Tribunal do Júri, não sendo possível sua aplicação na segunda fase.²²⁸

2.5.2.6 Julgamento diferente da opinião do Ministério Público nas alegações finais

O artigo 385 do Código de Processo Penal dispõe que nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada. Não se aplica aos crimes de ação penal privada em razão do artigo 60, inciso III, do mesmo Código, que dispõe ser perempta a ação penal quando o querelante deixa de formular o pedido de condenação nas alegações finais.

Esse artigo tem claros resquícios inquisitórios, uma vez que o juiz pode decidir diferentemente do que o Ministério Público, titular da ação penal, opina. Apesar de entendimento doutrinário e jurisprudencial a favor da recepção do artigo 385 pela Constituição Federal, o que parece correto, de acordo com o sistema acusatório e todos os princípios que o integram, é que esse artigo não devia ter sido recepcionado ou, pelo menos, ter claras ressalvas de sua interpretação.

Ora, se o titular da ação penal, órgão acusatório, não opina pela condenação, não cabe ao juiz condenar e fazer o papel acusador, como também não parece apropriado o juiz reconhecer de ofício uma agravante que não tenha sido alegando, sendo que ele tem a possibilidade de provocar o Ministério Público a aditar a denúncia, conforme o recém analisado instituto da *mutatio libelli*.

²²⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 13-14.

²²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p. 1371.

Nesse sentido entende Vladimir Aras²²⁹, ao afirmar que o juiz não pode condenar o réu diante de um pedido de absolvição do titular da ação penal, pois isto ofende o dever objetivo de imparcialidade, fere o devido processo legal e viola o princípio acusatório, que prevê um processo penal de partes. Viola os artigos 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal, artigo 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica. Para o autor, o artigo 385 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, pois faltando a acusação do Ministério Público, não há como o juiz proferir uma sentença condenatória sem se transformar em parte no processo penal e autor da tese acusatória já abandonada pelo seu titular.

No mesmo sentido, Paulo Queiroz²³⁰ defende também que o artigo 385 não foi recepcionado pela Constituição Federal, por ferir o sistema acusatório e a separação de funções no processo penal. Ele defende que não é dado ao juiz começar o processo de ofício nem condenar o réu quando o titular da ação penal, com boas ou más razões, opinar pela absolvição. Ele ainda propõe que quando o juiz, sujeito imparcial e garantidor dos direitos fundamentais, não concordar com a opinião ministerial, ele deve absolver o réu ou invocar analogicamente o artigo 28 do Código de Processo Penal, visto que esta última alternativa se torna mais razoável do que o juiz se converter em órgão acusador.

Corroborando, Aury Lopes Jr.:

E por que, então, o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? Exatamente porque o poder punitivo estatal — nas mãos do juiz — está condicionado à invocação feita pelo Ministério Público através do exercício da pretensão acusatória. Logo, o pedido de absolvição equivale ao não exercício da pretensão acusatória, isto é, o acusador está abrindo mão de proceder contra alguém. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. Condenar sem pedido é violar, inequivocamente, a regra do fundante do sistema acusatório que é o *ne procedat iudex ex officio*. Também é rasgar o Princípio da Correlação, na medida em que o espaço decisório vem demarcado pelo espaço acusatório e, por decorrência, do

²²⁹ ARAS, Vladimir. *O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor*. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>. Acesso em: 15/12/2019.

²³⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação?* Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao/>. Acesso em: 15/12/2019.

espaço ocupado pelo contraditório, na medida em que a decisão deve ser construída em contraditório (Fazzalari). O poder punitivo é condicionado à existência de uma acusação. Essa construção é inexorável, se realmente se quer efetivar o projeto acusatório da Constituição. Significa dizer: aqui está um elemento fundante do sistema acusatório. Portanto, é incompatível com o modelo constitucional a regra prevista no atual artigo 385 do CPP. [...] Também não se pode admitir, por outro lado, que se presume serem os Promotores de Justiça ou Procuradores da República despreparados, prevaricadores ou incapazes de levar a cabo a acusação, a ponto de justificar-se a figura de um juiz-inquisidor que vai substituí-los no final do processo, para condenar sem acusação. Em democracia, a distinção de papéis e poderes exige responsabilidade, ou seja, ônus e bônus. Como consequência, não pode o juiz condenar, sob pena de exercer o poder punitivo sem a necessária invocação, no mais claro retrocesso ao modelo inquisitivo. Processualmente falando, o correto (diante de tal situação) seria que o juiz proferisse uma decisão de extinção do processo sem julgamento do mérito. Na falta de previsão legal, só nos resta a absolvição.²³¹

A despeito da posição apresentada, grande parte da doutrina entende que é possível a aplicação do artigo 385, como Nucci²³², que afirma que assim como o promotor está livre para pedir a absolvição, conforme seu convencimento, com fulcro na sua independência funcional, assim também está o juiz. Ele afirma que em razão da obrigatoriedade e da indisponibilidade, o juiz não está fadado a absolver o réu se assim requerer o órgão ministerial e as provas apontarem em sentido diverso.

Eugênio Pacelli²³³ concorda com a possibilidade de aplicação do artigo 385 do Código de Processo Penal em conformidade com a Constituição Federal, ao dispor que o artigo 385 trata de regra expressa acerca da não exclusividade da resposta penal em mãos do autor da ação, no horizonte de um Direito Penal de *ultima ratio*, que se destina à proteção de direitos fundamentais. Ele afirma que a opção do legislador nesse artigo foi adotar o princípio da obrigatoriedade ou da legalidade, que consiste em dever o Ministério Público agir movido pela objetividade, pelos critérios legais.

²³¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>. Acesso em: 20/12/2019.

²³² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 952.

²³³ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 15.

Em corroboração, Norberto Avena²³⁴ que expõe que, se por um lado, o processo penal uma vez instaurado, tramita por impulso oficial, por outro lado, não se pode esquecer que na ação penal pública vigora o princípio da indisponibilidade, de modo que se o juiz não pode homologar pleito de desistência do Ministério Público da ação penal, nada mais natural do que a lei atribuir-lhe a faculdade de condenar o réu mesmo que o promotor tenha pedido a absolvição, pois isso acarretaria, conseqüentemente, na desistência da ação pelo seu autor. Pelo princípio do livre convencimento, o fato de o órgão ministerial ter pedido a absolvição do réu nas suas alegações finais não vincula o juiz.

No sentido da recepção do artigo 385 e de sua aplicação no processo penal, a jurisprudência:

Penal e Processo Penal. Homicídio qualificado tentado agravo regimental no agravo em recurso especial. 1) Representante do Ministério Público que em alegações finais nos debates em plenário manifesta-se pelo afastamento de qualificadora. Condenação pelo delito qualificado cabível. Artigo 385 do Código de Processo Penal. 2) Violação aos artigos 593, III, “d”, do CPP, e 121, § 2º, I, do Código Penal. Julgamento contrário à prova dos autos. Condenação pelo delito qualificado. Inocorrência. Óbice do revolvimento fático-probatório, vedado conforme súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. 3) Violação ao art. 159 do CP. Ausência de interesse recursal. 4) Violação ao art. 14, II, parágrafo único do CP. Montante de redução de pena pela tentativa. Metade. Iter criminis considerado. Óbice do revolvimento fático-probatório, vedado conforme súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. 5) Violação ao art. 33, § 2º, B, do CP. Regime fechado. Reincidente. 6) Agravo desprovido. 1. Nos termos do art. 385 do Código de Processo Penal, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição. O artigo 385 do Código de Processo Penal foi recepcionado pela Constituição Federal. Precedentes desta Corte (AgRg no REsp 1612551/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/2/2017). [...] 6. Agravo regimental desprovido.²³⁵

²³⁴ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 1363.

²³⁵ Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. AgRg no AREsp 1.321.942. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Data de julgamento: 15/08/2019.

Penal e Processo Penal. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Alegações finais do Ministério Público. Pedido de absolvição. Condenação. Violação do sistema acusatório. Nulidade. Ausência. Possibilidade de prolação de sentença condenatória a despeito de pleito ministerial de absolvição. Persuasão racional. Pena-base. Maus antecedentes. Quantum de aumento. Livre convencimento motivado. existência de três condenações definitivas anteriores. Fundamentação suficiente. Denegação da ordem. 1. O sistema processual pátrio não adota o sistema acusatório puro, de modo que não há falar em nulidade quando, diversamente do quanto requerido pelo Ministério Público, em alegações finais, o magistrado, com fulcro no acervo fático-probatório constante dos autos, à luz do princípio da persuasão racional, reconhece a responsabilidade do réu, condenando-o nos termos da exordial acusatória. [...] 3. Habeas corpus denegado.²³⁶

2.5.2.7 Os poderes instrutórios do juiz no procedimento do Tribunal do Júri

O Tribunal do Júri é formado pelo juiz presidente e por sete jurados leigos que integram o Conselho de Sentença. Tem competência prevista constitucionalmente para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida. Dotado de soberania, os veredictos do Tribunal do Júri são uma exceção à regra da fundamentação das decisões de acordo com o sistema da íntima convicção sem fundamentação.

De acordo com o artigo 497 do Código de Processo Penal, o juiz presidente do Tribunal do Júri tem, entre outras, a atribuição de determinar, de ofício ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar nulidade ou a suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade. O juiz presidente do júri deve determinar a realização de diligências, inclusive de ofício, sempre que perceber que há a possibilidade de sanar uma dúvida ou que produzir determinada prova poderá demonstrar a verdade.

Ou seja, o juiz presidente do Tribunal do Júri também tem a iniciativa probatória prevista no artigo 156 do Código de Processo Penal de determinar, no curso da instrução ou antes do proferimento da sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. É seu poder-dever enquanto juiz auxiliar, sem se

²³⁶ Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. HC 430.803/RJ. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de julgamento: 26/06/2018.

tornar órgão acusatório ou defesa, a chegar mais perto da verdade real e que o veredicto dado pelos jurados seja o mais justo possível, uma vez que todas as provas e diligências possíveis para esclarecimento dos fatos foram realizadas.

2.5.2.8 Os poderes instrutórios em segunda instância

Em âmbito recursal, o artigo 616 do Código de Processo Penal dispõe que no julgamento de apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar novas diligências.

Vale ressaltar que não se trata de iniciativa probatória propriamente dita, pois não se está provando fato novo, mas sim esclarecimento de dúvidas dos julgadores, uma nova prova supletiva sobre os fatos já alegados. É inadmissível que, em segunda instância, se produza provas novas das quais o juiz de primeiro grau não teve ciência na hora da prolação da sentença, pois violaria o duplo grau de jurisdição e haveria supressão de instância, sendo, portanto, causa de nulidade.²³⁷

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Agravo Regimental no habeas corpus. Estupro de vulnerável. Pedido de conversão do feito em diligência. Artigo 616 do Código de Processo Penal. Faculdade do julgador. Negativa devidamente fundamentada. Provas suficientes para a condenação. Data dos fatos. Ausência de contradições. Agravo desprovido. [...] 2. A regra insculpida no art. 616 do Código de Processo Penal traduz uma faculdade do órgão julgador de segunda instância, nos recursos de apelação, em determinar, com base no conjunto fático-probatório dos autos, a realização de novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências. 3. O Tribunal a quo negou o pedido de conversão do julgamento em diligência para nova oitiva da vítima, de maneira devidamente fundamentada, sob o entendimento de que as provas colhidas durante a instrução processual foram suficientes para formação do convencimento da magistrada sentenciante, inclusive com a ouvida da vítima por 4 (quatro) vezes.[...] 5. Agravo regimental desprovido.²³⁸

²³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1423.

²³⁸ Superior Tribunal de Justiça. Quinta turma. AgRg no HC 527.627/PB. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Data de julgamento: 19/11/2019.

Habeas corpus. Processo penal. Aditamento às razões de apelação. Pretensão de converter o julgamento em diligências. Preclusão consumativa. Ordem denegada. 1. Interposta apelação, a prática de novo ato processual com intuito de aditar às razões recursais fica obstada pela preclusão consumativa. 2. Nos termos da jurisprudência do STJ, "não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado, que é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes (REsp. 1.519.662/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, sexta Turma, DJe 1/9/2015)" (AgRg no AREsp 1.035.285/ES, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, sexta turma, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018). 3. Ordem de habeas corpus denegada.²³⁹

Segundo o professor Badaró²⁴⁰, na prática, a apelação criminal é um exame crítico do julgamento de primeiro grau e não um segundo juízo sobre tudo que foi decidido em primeiro grau, com a possibilidade de nova atividade probatória, como a prevista no artigo 616. Ele também afirma que embora o artigo trate somente do recurso de apelação, nada obsta que ele seja aplicado a outros recursos criminais também.

O artigo 616 do Código de Processo Penal tem aplicação rara no dia a dia forense, pra não dizer que sua aplicação é praticamente nenhuma. A iniciativa para a proposta de conversão do julgamento em diligência pode ser do relator, do revisor ou de qualquer outro juiz que participe do julgamento do recurso e ocorre antes do início da votação. Entretanto, nada impede que as partes requeiram a realização dessas diligências complementares nas razões recursais ou na sustentação oral.²⁴¹

O órgão colegiado que julgará o recurso que decidirá sobre a realização ou não de diligências em segunda instância. Os atos poderão ser praticados pelo próprio tribunal, geralmente pelo relator do recurso, como também poderá haver expedição de carta de ordem para que o juízo de primeiro grau realize esses atos.²⁴² No entanto, há

²³⁹ Superior Tribunal de Justiça. Sexta turma. HC 469.281/SP. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Data de julgamento: 08/11/2018.

²⁴⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 2 ed. em e-book baseada na 2 ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 152.

²⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 2 ed. em e-book baseada na 2 ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 152.

²⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 1423.

quem entenda que os atos praticados terão quer ser realizados perante toda a câmara ou turma julgadora do recurso, sob a presidência do relator.²⁴³

2.6 A iniciativa probatória no direito comparado

O Chile, que adota o sistema acusatório e, ao reformar o seu Código de Processo Penal, utilizou-se de um sistema de maior redução da atuação judicial no processo penal, não proibiu a iniciativa probatória do juiz.²⁴⁴ O artigo 329 do Código de Processo Penal chileno prevê que o julgador poderá, após a inquirição pelas partes, formular perguntas à testemunha ou perito com o fim de aclarar suas dúvidas.²⁴⁵

O processo penal chileno adota, inclusive o juiz de garantias²⁴⁶, que controla os atos que, por experiência histórica, põem em risco a integridade dos direitos das pessoas. A principal finalidade desse juiz é controlar a legalidade da investigação feita pelo Ministério Público e as situações que podem afetar direitos fundamentais do investigado ou de terceiros.²⁴⁷

No direito europeu, Portugal, na sua Constituição no artigo 32.5, que estabelece que o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.²⁴⁸

O Código de Processo Penal português, no capítulo referente à produção da prova, prevê em seu artigo 310.1, que dispõe acerca dos princípios gerais, que o tribunal ordena, de ofício ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento seja necessário à descoberta da verdade e boa decisão da causa. Ou seja, o

²⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 2 ed. em e-book baseada na 2 ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 152.

²⁴⁴ PACELLI, Eugênio. *Verdade judicial e sistema de prova no processo penal brasileiro*. In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coordenadores). *Processo penal – coleção repercussões do Novo CPC*, v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 250.

²⁴⁵ Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em 10/01/2020.

²⁴⁶ Há disposições sobre o juiz de garantias nos artigos 9º, 10, 20 bis, 69, 70 e outros no Código de Processo Penal chileno. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 10/01/2020.

²⁴⁷ LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. *Derecho procesal penal chileno: tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.p. 198-199.

²⁴⁸ Disponível em:< <https://dre.pt/application/file/243653>>. Acesso em: 10/01/2020.

processo penal português também prevê a iniciativa probatória no seu sistema acusatório.²⁴⁹

A previsão desse artigo constitui o chamado princípio da investigação judicial, que prescreve a medida de participação do juiz na atividade instrutória do processo penal. O modelo processual penal português tem caráter nitidamente acusatório e não há qualquer incompatibilidade com ele a combinação do princípio da investigação judicial.²⁵⁰

Entretanto, a doutrina portuguesa estabelece limites a esse princípio, tais como a necessidade, uma vez que o juiz só atuará de ofício se for realmente necessária para a descoberta da verdade e boa decisão da causa, tem que obedecer ao princípio da legalidade ao admitir somente meios de prova legalmente permitidos, além de meios de prova possíveis de se conseguir e adequados ao objeto da prova.²⁵¹

²⁴⁹ Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/124532379/202001142345/exportPdf/normal/1/cacheLevelPage?LegislacaoConsolidada_WAR_drefr_ontofficeportlet_rp=diploma>. Acesso em: 10/01/2020.

²⁵⁰ SOUZA, Artur César. *O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz*. Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre, n. 17, abr, 2007. p. 08. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Artur_Souza.htm. Acesso em: 14/05/2018.

²⁵¹ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal – anotado e comentado – legislação complementar*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 666.

3. O JUIZ DE GARANTIAS, A IMPARCIALIDADE E A INICIATIVA PROBATÓRIA

O Código de Processo Penal brasileiro foi editado sob a égide da Constituição Federal de 1937 e promulgado em 1941. Desde então, ele vigeu perante mais três constituições: 1946, 1967 e 1969, até chegar à Constituição da República de 1988. Diversas leis o modificaram e várias mudanças foram feitas para adaptá-lo a cada nova Constituição que entrava em vigor. Mas a verdade é que o Código de Processo Penal ainda tem resquícios inquisitórios da época de sua promulgação.

Como dizem, o Código de Processo Penal brasileiro é um verdadeiro “Frankstein” jurídico ou uma colcha de retalhos, por ser recorrentemente “remendado” sem coerência sistêmica. Muito se fala sobre a necessidade de um novo Código de Processo Penal que seja compatível com o sistema acusatório previsto na Constituição Federal de 1988.

E, como uma promessa para garantia a imparcialidade do julgador e proteger o sistema acusatório, muitos apresentam o juiz de garantias como uma “salvação” nesse sentido. Há um anteprojeto de Código de Processo Penal em andamento no Congresso Nacional e este anteprojeto prevê a figura do juiz de garantias.

Gomes Filho²⁵² explica que praticamente não há divergência entre os processualistas penais acerca da necessidade de um novo Código. O que muda são os motivos que eles adotam para justificar a mudança. Um primeiro grupo tem uma visão asséptica do Direito Processual Penal, pois o enxerga como meio eficaz e direto no combate à criminalidade, com desejo de acirramento dos procedimentos contra o acusado, quase como um direito penal do inimigo. Um segundo grupo visa arejar o Código de origem autoritária do atual, sistematizando a sua codificação, incorporando leis especiais e tratados internacionais sobre direitos humanos e evitar prisões desnecessárias, mais ligados ao direito penal mínimo.

Além disso, há o projeto anticrime, que nada mais é do que uma reforma de alguns artigos do Código de Processo Penal atualmente vigente. Esse projeto foi elaborado pelo atual Ministro da Justiça e ex-juiz federal Sérgio Moro, famoso por ser o juiz responsável pelos processos da Operação Lava Jato. O pacote anticrime, lei nº 13.964,

²⁵² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Breves anotações sobre a temática das provas no Projeto do Código de Processo Penal (Projeto nº 156/2009 do Senado Federal)*. Revista do Advogado, v. 113, p. 34-52, setembro de 2011.

foi sancionado pelo Presidente da República em 24 de dezembro de 2019. Apesar de não fazer parte do projeto de lei original do Ministro Sérgio Moro, o juiz das garantias foi inserido pela Câmara dos Deputados no projeto e permaneceu após a sanção, conforme será detalhado adiante.

O juiz de garantias atua na fase investigatória para salvaguardar os direitos e liberdades individuais. Esse juiz que decide acerca de medidas cautelares que devem ser impostas durante a investigação, prisão preventiva ou temporária, quebra de sigilo, entre outras medidas que causam restrições de direitos do indivíduo. Outro juiz atuará na fase do processo penal em si, em tese, sem estar contaminado com os dados colhidos durante a investigação, preservando sua imparcialidade.

3.1 Pontos de vista favoráveis ao juiz das garantias

André Maya²⁵³ expõe que, como alternativa suficiente à otimização da garantia da imparcialidade, é a adoção do juiz de garantias, que consiste na atribuição exclusiva, a determinado órgão jurisdicional, da competência para o exercício da função de garantidor dos direitos fundamentais na fase pré-processual, com a consequente exclusão da competência desse magistrado para o processo penal em si, sob contraditório. Continua afirmando que ao juiz de garantias atuaria no resguardo da legalidade da investigação criminal e da irrestrita observância dos direitos fundamentais do investigado, dependendo de sua aprovação a adoção de medidas que repercutam nos direitos individuais.

Lenio Streck²⁵⁴ também defende a figura do juiz das garantias e a sua constitucionalidade ao afirmar que o juiz das garantias materializa a principiologia processual-constitucional em âmbito criminal. Ele expõe seu entendimento de que as ações diretas de inconstitucionalidade contra o juiz das garantias não devem ter êxito, pela ausência de inconstitucionalidade formal, por ser legítima a criação do juiz das garantias, e ausência de inconstitucionalidade material, já que o juiz das garantias assegura mais garantias ao indiciado.

²⁵³ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 198.

²⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>. Acesso em: 05/01/2020.

O Ministro Alexandre de Moraes²⁵⁵, que ajudou na elaboração do projeto anticrime, defende o juiz das garantias, apesar de o instituto não estar em seu projeto inicial. Ele afirma que o juiz das garantias já atua na Capital do Estado de São Paulo há 40 anos no DIPO, que faz toda a parte de investigação com um juiz e, depois, o processo criminal é distribuído a outro juiz. Ele entende não ser imprescindível a inclusão do juiz das garantias no processo penal, mas afirma ser uma mudança boa e factível. Ainda explica que o juiz das garantias serve para garantir o princípio da imparcialidade e só se aplica à primeira instância. Ele ainda deixa bem claro que esse instituto não afeta o combate à criminalidade organizada, tanto que é adotado em diversos países.

3.2 Pontos de vista desfavoráveis ao juiz das garantias

Gomes Filho, por sua vez, não pensa ser o juiz de garantias a melhor opção para resguardar a imparcialidade do julgador e apresenta sua crítica ao instituto do juiz das garantias:

Com aparência de boa-nova, preocupa-me, sobremaneira, a criação dessa espécie de Magistrado. Reconheço que parte sensível das deformações que hoje em dia impendem melhor prestação jurisdicional decorre de o mesmo Juiz ficar responsável por atuar na fase investigatória e, depois, também na fase judicial, embaralhando aquele que num primeiro momento foi algoz com aquele que deverá, posteriormente, num exercício inumano de isenção, julgar a causa. Isso é grave e precisa mesmo ser revisto. Mas a forma como isso vai se materializar será fundamental ao sucesso da mudança. Não creio que deva existir Juiz dedicado a uma ou outra coisa com exclusividade, assim ainda mais arraigando os vícios pela atuação em cada etapa. Serve-nos a experiência do Departamento de Inquéritos Policiais de São Paulo (Dipo), que, ao longo de sua existência, já provocou inúmeras distorções de julgamento, como são exemplos a exagerada aproximação entre Juízes e policiais, a exacerbação das decisões de acordo com a natureza do crime, e não segundo as peculiaridades do caso concreto, tudo a impedir que a causa tenha a possibilidade de apreciação conforme a convicção de seu Juiz natural, e não a concepção prévia de um “departamento” ou originada de

²⁵⁵ Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=Cbk8JRfC1zg&feature=youtu.be>>. Acesso em: 16/01/2020.

um Juiz que sempre atue em fase processual estanque, assim perdendo a visão global que lhe é exigida por formação.²⁵⁶

Fábio Roque²⁵⁷ não critica o instituto do juiz das garantias em si, mas critica a dificuldade de sua implementação nos tribunais de todo o país, sobretudo no tocante à estruturação das leis de organização judiciária, uma vez que boa parte dos Estados já não tem juízes suficientes para o sistema atual. Com o juiz das garantias haveria mais dificuldades para implementação das regras relativas às substituições de juízes necessárias.

3.3 A inclusão do juiz das garantias no Código de Processo Penal pela lei nº 13.964/2019

O pacote anticrime proposto pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro estabelece medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa. Este pacote foi sancionado em 24 de dezembro de 2019 pelo Presidente da República.

Durante a apreciação do projeto no Congresso Nacional, a Câmara dos Deputados acrescentou a figura do juiz das garantias e esse acréscimo foi sancionado pelo Presidente da República sem vetos, apesar de expressa posição contrária do Ministro da Justiça, um dos propositores do pacote²⁵⁸.

Vale lembrar que, antes da sanção pelo Presidente da República, o Procurador-Geral da República havia enviado à Casa Civil, ao Ministério da Justiça e à Secretaria-Geral da Presidência da República nota técnica sugerindo alguns vetos no pacote anticrime e, entre eles, estava o veto ao juiz das garantias, em razão de os dispositivos que versam sobre o instituto não corresponderem ao sistema acusatório.²⁵⁹

²⁵⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Breves anotações sobre a temática das provas no Projeto do Código de Processo Penal (Projeto nº 156/2009 do Senado Federal)*. Revista do Advogado, v. 113, p. 34-52, setembro de 2011.

²⁵⁷ ARAÚJO, Fábio Roque. *A investigação criminal no projeto do novo código de processo penal*. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (coordenadores). *O projeto do novo código de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 136.

²⁵⁸ O Ministério se posicionou contra o juiz das garantias principalmente porque não ficou claro como o instituto vai funcionar nas comarcas com apenas um juiz, bem como se valeria para os processos pendentes e para os tribunais superiores. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/apos-bolsonaro-manter-juiz-de-garantias-no-pacote-anticrime-moro-reforca-posicao-contraria-medida-24158199>>. Acesso em: 26/12/2019.

²⁵⁹ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pacote-anticrime-mpf-sugere-vetos-para-primorizar-sistema-da-legislacao-processual-penal>>. Acesso em: 26/12/2019.

Já foram ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade contra o juiz das garantias com pedido de liminar para suspender a sua implementação. Uma foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Associação dos Juízes Federais do Brasil e outra pelo partido político Podemos e Cidadania. As ações foram distribuídas ao Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux.²⁶⁰

Por outro lado, em carta aberta publicada por juízes e desembargadores federais²⁶¹ a favor da criação do juiz de garantias no processo penal brasileiro, eles defenderam ser indispensável o juiz das garantias à densificação da estrutura acusatória do processo penal, à imparcialidade do juiz e separação de funções dos sujeitos processuais, bem como à concretização de direitos humanos. E ainda:

A criação do “juiz de garantias” representa a qualificação da garantia do juiz imparcial tal como compreendida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao interpretar o artigo 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, a exemplo dos casos *Castillo Peruzzi, Durand e Ugarte, Cantoral Benavides, todos versus Peru*, bem como no Caso *Tibi versus Equador*, nos quais a Corte concluiu ser imprescindível a “separação de funções entre o juiz da fase da investigação e o do processo, sob pena de violar-se a imparcialidade do julgador.” No caso *Castillo Peruzzi versus Peru*, a Corte IDH concluiu ter havido violação à garantia do juiz imparcial ao detectar “coincidência entre as funções de luta antiterrorista das Forças Armadas e o desempenho jurisdicional” por parte dos “tribunais militares, que seriam ao mesmo tempo parte e juiz nos processos. Para a Corte IDH, se o mesmo juiz que instrui a investigação exerce as funções de julgamento, a garantia do jurisdicionado a um juiz imparcial estará violada.” No caso *Durand e Ugarte*, a Corte IDH entendeu que “a justiça militar peruana tanto foi a encarregada pela investigação quanto pelo processamento dos militares envolvidos”, havendo, portanto, “grave violação à garantia processual do juiz imparcial.” Por fim, no caso *Cantoral Benavides versus Peru*, a Corte IDH manteve o entendimento firmado nos casos anteriores, concluindo que o acúmulo das funções de conduzir investigações e instruir/julgar processos penais aniquila a garantia de um juiz imparcial, o que se

²⁶⁰ ADI 6.298 e ADI 6.299. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-29/partidos-entram-acao-supremo-juiz-garantias>> e <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-28/ajufe-amb-entram-acao-stf-juiz-garantias>>. Acesso em 04/01/2020.

²⁶¹ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/juizes-federais-publicam-carta-defesa-juiz-garantias>>. Acesso em 04/01/2020.

apresenta “totalmente dissonante com o sistema acusatório, para o qual a garantia da imparcialidade é alicerce.”²⁶²

O instituto do juiz das garantias está previsto nos artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal. De acordo com o artigo 20 da recém sancionada lei nº 13.964/2019, as alterações promovidas por esta lei no Código Penal e no Código de Processo Penal entrarão em vigor trinta dias após sua publicação original. Assim, no final de janeiro de 2020, já estará em vigor no Código de Processo Penal o juiz das garantias.

Logo no artigo 3º-A, o legislador deixa claro o processo penal terá estrutura acusatória e que é vedada a iniciativa do juiz das garantias na fase investigatória, bem como a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

O juiz das garantias não poderá produzir provas nem determinar a produção delas de ofício na fase investigatória. Essa previsão visa a proteção da imparcialidade do magistrado que instrui e julga a ação penal, com a separação definitiva do sujeito que acusa do sujeito que julga.²⁶³

No artigo 3º-B, a lei traz a função do juiz das garantias ao dispor que ele é responsável pelo controle de legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário e elenca as seguintes competências:

- 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;

²⁶² Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/juizes-federais-publicam-carta-defesa-juiz-garantia>>. Acesso em 04/01/2020.

²⁶³ BELLO, Ney. *Juiz das garantias: um avanço necessário!* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/ney-bello-juiz-garantias-avanco-necessario>. Acesso em: 05/01/2020.

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;

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.

O § 2º desse mesmo artigo prevê também que o juiz das garantias, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público poderá

prorrogar uma única vez, caso o investigado esteja preso, a duração do inquérito policial por até quinze dias. Após esse prazo, mesmo se a investigação não for concluída, a lei prevê que a prisão será imediatamente relaxada.

Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa elogiaram esse artigo, pois afirmam que com a exclusão física dos autos do inquérito policial cessará o uso manipulado de declarações feitas na fase da investigação, já que só valerá o que foi produzido oralmente pelo juiz de instrução e julgamento, de modo que restará assegurada a distinção entre atos de investigação e atos de prova e, conseqüentemente, será efetivado o direito de ser julgado com base em prova produzida perante o contraditório judicial. Acrescentam que não se poderá invocar o artigo 155 do Código de Processo Penal para utilizar os elementos do inquérito policial, porque a disposição atual da lei muda a estrutura lógica do aproveitamento do inquérito policial.²⁶⁴

O artigo 3º-C prevê que a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou da queixa, ficando as questões pendentes, após esse momento, sob a competência do juiz de instrução e julgamento. Ainda prevê que as decisões do juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, devendo este reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso no prazo máximo de dez dias.

Esse artigo também determina que os autos que compõem a matéria de competência do juiz das garantias não serão apensados aos autos do processo enviado ao juiz de instrução e julgamento, exceto no tocante às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas que serão remetidas para apensamento em apartado. Os autos ficarão na secretaria do juiz das garantias à disposição do Ministério Público e da defesa, assegurado o amplo acesso às partes.

O juiz que atuar na fase do inquérito policial ficará impedido de funcionar no processo, segundo o artigo 3º-D. Ou seja, se uma ação penal for julgada por um juiz que atuou na fase da investigação como juiz das garantias também atuar como juiz de instrução e julgamento, a decisão será nula em razão do impedimento.

O parágrafo único desse artigo dispõe que nas comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais deverão criar um sistema de rodízio de magistrados para atender a essa previsão de impedimento. O juiz das garantias será designado conforme

²⁶⁴ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Entenda o impacto do juiz das garantias no processo penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 04/01/2020.

as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando-se critérios objetivos periodicamente divulgados pelos tribunais, vide artigo 3º-E.

Uma das críticas mais recorrentes ao juiz das garantias é justamente a necessidade de se ter mais juízes disponíveis em razão do impedimento e como os tribunais poderiam resolver essa questão nas comarcas em que há apenas um juiz atuando. Na carta aberta dos juízes federais, eles trazem essa questão à tona e defendem que eventuais dificuldades logísticas decorrentes do afastamento do juiz das garantias e do juiz da instrução e julgamento da sede do juízo onde tramita o inquérito policial e a ação penal podem ser resolvidas com regras de distribuição dos feitos a serem editadas pelos tribunais entre juízes com competência criminal, utilizando-se dos recursos tecnológicos do processo eletrônico, como a criação de núcleos regionais de garantias, criados a partir de critérios prévios, impessoais e objetivos. Eles afirmam que se trata somente de uma nova divisão funcional de competência dos juízes.²⁶⁵

Ao apresentar soluções para cumprimento da reforma, Aury e Alexandre²⁶⁶ justificam que nenhuma reforma processual ampla e séria se faz sem investimento e, por isso, apesar de haver diversas comarcas com apenas um juiz, em razão do amplo volume de trabalho, essas comarcas já deveriam ter dois juízes, sendo necessária a abertura de novos concursos. Entretanto, para não precisar aumentar os gastos, apesar de haver diversas comarcas com apenas um juiz, há comarcas contíguas com mais de um juiz que poderiam atuar como juiz das garantias, inclusive com atuação online, ou com atuação cruzada entre juízes de comarcas contíguas, ou, ainda, a implementação de processos e inquéritos eletrônicos para a criação de centrais de inquéritos nas comarcas pequenas na mesma região.

O artigo 3º-F prevê que o juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, para impedir o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos de imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal. O parágrafo único desse artigo determina que as autoridades, no prazo de cento e oitenta dias, por meio de regulamento, deverão disciplinar o modo pelo qual as informações sobre a realização da

²⁶⁵ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/juizes-federais-publicam-carta-defesa-juiz-garantias>>. Acesso em 04/01/2020.

²⁶⁶ LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Entenda o impacto do juiz das garantias no processo penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 04/01/2020.

prisão e a identidade do preso serão, de modo padronizado e respeitada a programação normativa, transmitidas à imprensa, assegurados a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão.

Outra mudança feita pela lei 13.964/2019 em relação à prova e o juiz é a inclusão do § 5º no artigo 157 do Código de Processo Penal. Este artigo trata das provas ilícitas, que são as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Para manter a imparcialidade do juiz e não influenciar o julgamento do magistrado que teve contato com a prova ilícita, o § 5º determina que o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.

3.4 O juiz das garantias e a iniciativa probatória no anteprojeto do Código de Processo Penal

O anteprojeto do Código de Processo Penal, o projeto de lei do Senado Federal nº 156 de 2009²⁶⁷, foi elaborado sob a coordenação do Ministro Hamilton Carvalhido e de relatoria de Eugênio Pacelli de Oliveira. Atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, sob o nº 8.045/2010, este projeto de lei tem o último andamento datado de 18/12/2019, que deferiu o requerimento da Comissão Especial para prorrogação de prazo para apresentar esse parecer²⁶⁸.

Na exposição de motivos do anteprojeto, inicia-se apontando que o atual Código de Processo Penal brasileiro de 1941 encontra-se superado e incompatível com a Constituição Federal de 1988. Em relação à iniciativa probatória e sistema acusatório, a exposição de motivos afirma:

Com efeito, a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma

²⁶⁷ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em 02/12/2019.

²⁶⁸ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>>. Acesso em: 22/12/2019.

dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. (...) Assim, seja do ponto de vista da preservação do distanciamento do julgador, seja da perspectiva da consolidação institucional do parquet, não há razão alguma para permitir qualquer atuação substitutiva do órgão da acusação pelo juiz do processo. Não se optou pelo juiz inerte, de resto inexistente nos países de maior afinidade processual com o Brasil, casos específicos de Portugal, Itália, Espanha e Alemanha, e que também adotam modelos acusatórios, mas, sim, pelo fortalecimento das funções de investigação e, assim, das respectivas autoridades, e pela atribuição de responsabilidade processual ao Ministério Público. O que não significará, um mínimo que seja, o alheamento judicial dos interesses da aplicação da lei penal. Instaurado o processo, provocada a jurisdição, poderá o juiz, de ofício, adotar até mesmo medidas acautelatórias, quando destinadas a tutelar o regular exercício da função jurisdicional.²⁶⁹

O artigo 4º do anteprojeto prevê que o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos no mesmo Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Aqui, o anteprojeto fixa a sua compatibilidade com o sistema acusatório previsto na Constituição Federal e determina os limites à iniciativa probatória dentro do sistema acusatório constitucional.

Não quer dizer que não haverá iniciativa probatória, mas sim que a iniciativa probatória de ofício pelo juiz está vedada na fase investigatória, assim como também veda a iniciativa acusatória do juiz.

O juiz das garantias está previsto nos artigos 14 a 17 do anteprojeto. O juiz das garantias está definido como o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

Deve ser ressaltado, desde logo, que o juiz das garantias não é um juiz investigador. O anteprojeto do Código de Processo Penal previu o oposto disso. Ele não é o gerente do inquérito policial, nem age de ofício, não requisita aberta de

²⁶⁹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>>. Acesso em 02/12/2019.

investigações, tampouco solicita diligências investigativas. Ele apenas controla a legalidade da investigação. O inquérito policial somente chegará até ele se for necessária medida em que os direitos fundamentais do investigado sofrerão restrições.²⁷⁰

São elencadas como competências especiais do juiz das garantias: receber a comunicação imediata da prisão; receber os autos da prisão em flagrante; zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; ser informado sobre a abertura de qualquer investigação criminal; decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar, assim como prorrogá-las, substituí-las ou revogá-las; decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, observados o contraditório e a ampla defesa; prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso; determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; requisitar documentos, laudos e informações sobre o inquérito policial ao delegado de polícia; decidir sobre os pedidos de interceptação telefônica, quebra de sigilos, busca e apreensão domiciliar, acesso a informações sigilosas e outros meios de obtenção de prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; julgar habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; determinar a realização do exame médico de sanidade mental; arquivar o inquérito policial; assegurar o direito do defensor do investigado ao acesso aos autos da investigação; deferir a admissão de assistente técnico para acompanhar perícia; e outras matérias inerentes à sua atribuição definida no Código.

O anteprojeto ainda dispõe que, estando o réu preso, o juiz das garantias somente poderá prorrogar uma vez a duração do inquérito policial por até quinze dias, mediante representação do delegado de polícia e ouvido o Ministério Público. Passado esse prazo, a prisão será imediatamente relaxada. No artigo 13, § 2º e § 3º, há previsão de que a vítima não poderá ser interpelada para fins de investigação preventiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias que, se for o caso, estabelecerá condições para a realização da entrevista, sempre resguardado o consentimento da vítima.

A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as infrações de menor potencial ofensivo. Sua competência cessará com a propositura da ação penal, pois a partir daqui, as questões pendentes serão de competência do juiz do processo, que poderá, inclusive, reexaminar as a necessidade das medidas cautelares em curso determinadas pelo juiz das garantias, pois as decisões deste não

²⁷⁰ GARCIA, Alessandra Dias. *O juiz das garantias e a investigação criminal* (mestrado em Direito). Faculdade de Direito, USP. São Paulo, 2014. p. 152-153.

vinculam o juiz do processo. Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão pensados aos autos do processo.

A justificativa para o juiz das garantias não atuar em processos que julguem infrações penais de menor potencial ofensivo é que a prática desses delitos enseja a lavratura de termo circunstanciado, de modo que não há, como regra, investigação criminal que possa levar à restrição de direitos do infrator.²⁷¹

André Maya²⁷² apresenta uma crítica ao anteprojeto ao prever que o juiz de garantias deixa de atuar com a propositura da ação penal. Para ele, o juiz das garantias deveria receber ou rejeitar a denúncia ou a queixa e, só depois, o processo ir para o juiz competente para instrução e julgamento. Ele alega que, ao receber a denúncia, o juiz o juiz deve se convencer da probabilidade do que foi alegado na peça acusatória, entendendo existir elementos consistentes da existência do crime e de sua autoria, de modo a gerar aproximação do magistrado com os elementos indiciários da investigação. E continua:

Dessa forma, seria mais apropriado que o recebimento ou a rejeição da denúncia ou queixa fosse ato processual da competência do próprio juiz de garantias, visto que ele já estará em contato com os elementos indiciários produzidos na fase pré-processual, com o que se estará afastando qualquer necessidade de o juiz da instrução processual manter contato com o material informativo que compõe o inquérito policial, exceto quando para tomar conhecimento das provas ditas irrepetíveis, como são os laudos periciais, em geral. Com efeito, se o objetivo é afastar o juiz do contato com a investigação preliminar, então outro caminho não resta que deixar a decisão sobre o início do processo penal a cargo do próprio juiz de garantias, como, a propósito, disciplina o Código de Processo Penal de Portugal, antes referido.²⁷³

O anteprojeto ainda prevê que o juiz que atuar na fase de investigações como juiz das garantias fica impedido de atuar como juiz do processo. Portanto, se um juiz requisitar informações sobre o andamento de determinado inquérito policial, cujo prazo para ultimação estiver vencido, não poderá depois ser o julgador do processo a ser eventualmente instaurado. O que também ocorre em relação ao juiz que, ao

²⁷¹ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 204.

²⁷² MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 205.

²⁷³ MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal: da prevenção da competência ao juiz de garantias*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 205.

zelar pela integridade de um preso, determina a apresentação deste a sua presença ou, ainda, quando decreta a prisão preventiva de um indiciado ou determina interceptação telefônica de algum investigado.²⁷⁴

A redação do anteprojeto também prevê que esse impedimento não se aplicará nas comarcas ou seções judiciárias onde houver apenas um juiz, enquanto a respectiva lei de organização judiciária não dispuser sobre a criação do cargo ou formas de substituição, como também não se aplica aos processos em andamento no início da vigência do Código. O juiz das garantias será designado conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e Distrito Federal.

Em relação ao juiz de garantias, a exposição de motivos do anteprojeto destaca que:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais. O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação. Evidentemente, e como ocorre em qualquer alteração na organização judiciária, os tribunais desempenharão um papel de fundamental importância na afirmação do juiz das garantias, especialmente no estabelecimento de regras de substituição nas pequenas comarcas. No entanto, os proveitos que

²⁷⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *O juiz das garantias*. Revista do advogado nº 113. Ano XXXI. Setembro de 2011. p. 101-111.

certamente serão alcançados justificarão plenamente os esforços nessa direção.²⁷⁵

O juiz das garantias, portanto, será o destinatário de todos os pedidos de diligências formulados durante a investigação criminal que possam interferir nos direitos individuais dos investigados, além de decidir acerca de prisão cautelar e medidas cautelares, incumbindo-lhe salvaguardar a regularidade e legalidade das investigações. Tanto a autoridade policial, quanto o Ministério Público e até mesmo o investigado podem recorrer ao juiz das garantias.²⁷⁶

Em audiência pública na Câmara dos Deputados em 05/07/2016²⁷⁷ para discussão do anteprojeto do Código de Processo Penal, o professor Aury Lopes Jr. se posicionou fortemente a favor da figura do juiz das garantias, inclusive sugerindo que o juiz das garantias deveria se chamar juiz da investigação, como na Itália, pois juiz das garantias todos os juízes são. Ele afirma que o juiz das garantias é muito importante na sua atuação na fase investigatória e, principalmente, o seu impedimento em atuar na fase de instrução e julgamento, pois o julgamento feito pelo mesmo juiz que atuou na fase investigatória é um ranço inquisitório. Como vem entendendo o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o juiz que atua na fase pré-processual está contaminado e não pode julgar o processo.

Aury também cita na audiência pública que o juiz não deve só ser imparcial, ele deve parecer ser imparcial. Por isso, o juiz das garantias é tão importante, porque ele é uma demonstração ao réu de que está sendo julgado por um juiz imparcial, com quem ele não teve contato durante a investigação. Ele afirma também ser extremamente eficaz a figura do juiz das garantias, uma vez que se trata de um juiz imparcial. Porém critica o fato de ter sido retirado do anteprojeto o prazo de transição para os Estados se adequarem ao novo instituto.

Em relação à iniciativa probatória, o anteprojeto prevê em seu artigo 165 que as provas serão produzidas pelas partes e, no parágrafo único, que será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes.

²⁷⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>. Acesso em 02/12/2019.

²⁷⁶ GARCIA, Alessandra Dias. *O juiz das garantias e a investigação criminal* (mestrado em Direito). Faculdade de Direito, USP. São Paulo, 2014. p. 156.

²⁷⁷ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7pBwsml5xp8>. Acesso em: 05/01/2020.

O artigo 166 dispõe que o juiz decidirá pela admissão das provas, indeferindo as vedadas pela lei e as manifestamente impertinentes, irrelevantes ou protelatórias. De acordo com Gomes Filho²⁷⁸, de nada valeria assegurar a iniciativa probatória das partes se, ao mesmo tempo, a lei não fizesse referência taxativa e clara aos casos em que o juiz pode rejeitar as provas requeridas, pois é no pronunciamento judicial relativo à admissão das provas que se encontra o núcleo do direito à prova. Somente com a disciplina legal das hipóteses de rejeição das provas e da exigência de decisões expressas e motivadas, com o efetivo contraditório, poderá estar atendidas as garantias processuais.

E o artigo 168 determina que o juiz formará livremente o seu convencimento com base nas provas submetidas ao contraditório judicial, devendo indicar na fundamentação todos os elementos utilizados e quais critérios foram adotados, resguardadas as provas cautelares, não repetíveis e as antecipadas. Ou seja, o juiz não poderá basear-se em indícios do inquérito policial para fundamentar sua decisão ou qualquer outro fato conhecido pelo juiz que não tenha passado pelo crivo do contraditório no processo judicial.

O artigo 168 tem por finalidade assegurar que a liberdade na apreciação das provas esteja acompanhada da enunciação dos elementos probatórios utilizados como base do raciocínio, além da explícita rejeição dos elementos que o juiz considera inidôneos, bem como pela reprodução dos critérios de inferência que permitiram que o juiz passasse dos fatos constatados à afirmação sobre a real ocorrência das hipóteses fáticas afirmadas pelas partes.²⁷⁹

²⁷⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Breves anotações sobre a temática das provas no Projeto do Código de Processo Penal (Projeto nº 156/2009 do Senado Federal)*. Revista do Advogado, v. 113, p. 34-52, setembro de 2011.

²⁷⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Breves anotações sobre a temática das provas no Projeto do Código de Processo Penal (Projeto nº 156/2009 do Senado Federal)*. Revista do Advogado, v. 113, p. 34-52, setembro de 2011.

4. A INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL

Foi promulgado em 16 de março de 2015 um novo Código de Processo Civil. Esse Código, logo no artigo 1º, determina que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas da Constituição Federal de 1988. É o denominado modelo constitucional de processo civil.

Segundo Fredie Didier²⁸⁰, a constitucionalização do direito processual é uma das características do direito contemporâneo e este fenômeno pode ser visto em duas dimensões: a primeira é a incorporação aos textos constitucionais de normas processuais, como o direito fundamental ao devido processo legal, e a segunda é o exame de normas processuais infraconstitucionais como concretizadoras das disposições constitucionais. E o artigo 1º visa deixar claro que as normas jurídicas derivam da Constituição e devem estar em conformidade com ela.

O modelo constitucional de processo é composto pelo princípio do devido processo legal, da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade de jurisdição, do contraditório, da motivação das decisões judiciais e da duração razoável do processo. Todos esses princípios são implementados pelas normas estabelecidas no novo Código de Processo Civil.²⁸¹

O Código de Processo Civil de 2015 tem uma base principiológica e regras impostas já em seus primeiros artigos que dispõem acerca das normas fundamentais do processo civil. Dispõe que o processo civil se inicia por iniciativa das partes e se desenvolve por impulso oficial, salvo exceções legais.

Isso significa que o juiz não pode iniciar de ofício o processo, devendo aguardar sempre a iniciativa da parte em razão do princípio dispositivo e da inércia da jurisdição. Uma vez iniciado o processo, ele se desenvolve por impulso oficial, seja por atos do juiz ou dos auxiliares da justiça, havendo, contudo, atos que devem ser praticados pelas partes ou que exigem sua provocação. Nesses casos, se a parte não agir ocorrerá a contumácia, podendo levar o processo à extinção sem resolução do mérito, se for o autor que permanecer inerte.²⁸²

²⁸⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 54-55.

²⁸¹ CÂMARA, Alexandre Freitas in CARVALHO FILHO, Antonio; SAMPAIO JUNIOR, Herval (organizadores). *Os juízes e o novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 21.

²⁸² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenadores). *Comentários ao código de processo civil*. 1 ed. em e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 237.

Dá primazia à solução consensual dos conflitos, prevê que o processo deve ser processo em julgado em prazo razoável, com primazia de decisão de mérito, com paridade de armas, isonomia, devido processo legal, não surpresa, contraditório e ampla defesa. Prevê ainda a cooperação entre as partes e o juiz, dever de boa-fé das partes, dignidade da pessoa humana e os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência.

4.1 O princípio da não surpresa no Código de Processo Civil

Inicialmente, cumpre analisar o artigo 10 do Código de Processo Civil de 2015. Esse artigo prevê o princípio da não surpresa ao estabelecer que o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva o juiz decidir de ofício.

Esse artigo vem enfatizar e efetivar a necessidade do contraditório, em obediência à Constituição Federal. É a consagração do direito ao contraditório em sua dimensão material e impõe limite à atuação jurisdicional, mesmo em matérias de ordem pública, que o juiz pode reconhecer de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.²⁸³

A garantia do contraditório deve ser vista sob dois aspectos: participação e possibilidade de influência na decisão. A participação é o aspecto formal que trata da garantia de ser ouvido, de ser comunicado e poder falar no processo. A possibilidade de influência na decisão é a dimensão substancial do contraditório, em que possibilita à parte ser ouvida no processo em condições de poder influenciar na decisão a ser tomada pelo julgador. E é essa dimensão substancial que impede a decisão surpresa, pois toda questão submetida à julgamento deve ser submetida ao contraditório.²⁸⁴

Didier²⁸⁵ afirma que há questões fáticas que podem ser apreciadas pelo juiz de ofício, o juiz pode conhecer fatos que não foram alegados e pode trazer fatos ao processo. Mas ele não pode levar em consideração um fato de ofício, sem que as partes tenham tido a oportunidade de se manifestar a respeito primeiro. É necessário, de acordo

²⁸³ DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 9.

²⁸⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 92.

²⁸⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 94.

com o artigo 10, conciliar o dever do juiz de apreciar determinadas questões ao longo de todo o processo, independentemente de provocação, com o dever de as partes serem ouvidas previamente sobre a resolução de tais questões.²⁸⁶

A falta de observância da não surpresa pelo julgador acarreta a nulidade da decisão. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Recurso especial. Servidor público. Desvio de função. Apresentação de novos documentos no recurso de apelação. Não oportunizado o contraditório dos documentos ao recorrente. Decisão surpresa. Violação do art. 10 do CPC/15. 1. Trata-se de ação de cobrança, na qual o recorrente pretende a comprovação do desvio de função, uma vez que desempenhava atividades diversas daquelas estabelecidas ao seu cargo. 2. No julgamento da apelação, o Tribunal de origem, com base em novos documentos apresentados pela recorrida, entendeu que não ficou comprovado o desvio de função por parte do insurgente e deu provimento à apelação da Universidade Federal da Paraíba - UFPB.3. O acórdão proferido pela Corte local não observou o que dispõe o art. 10 do CPC/2015 e violou o direito do servidor de exercer o contraditório dos documentos apresentados, sendo, posteriormente surpreendido com o provimento do recurso. 4. Recurso especial a que se dá provimento.²⁸⁷

O Superior Tribunal de Justiça, ao se manifestar acerca da aplicação do princípio da não surpresa, também já decidiu:

Processo Civil. Agravo interno. Razões que não enfrentam o fundamento da decisão agravada. Princípio da não surpresa. Ausência de ofensa. Precedentes. Súmula nº 83/STJ. 1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada. 2. O "fundamento" ao qual se refere o art. 10 do CPC/2015 é fundamento jurídico – circunstância de fato qualificada pelo direito, em que se baseia a pretensão ou a defesa, ou que possa ter influência no julgamento, mesmo que superveniente ao ajuizamento da ação – não se confundindo com o fundamento legal (dispositivo de lei regente da matéria). A aplicação do princípio da não surpresa não impõe, portanto, ao julgador que informe previamente às partes quais os dispositivos legais passíveis

²⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 73.

²⁸⁷ Superior Tribunal de Justiça. Segunda turma. Resp 1.644.291/PE. Relator: Ministro Og Fernandes. Data de julgamento: 27/08/2019.

de aplicação para o exame da causa. O conhecimento geral da lei é presunção *jure et de jure*." 3. Agravo interno a que se nega provimento.²⁸⁸

Vale indicar o enunciado nº 282 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), que estabelece: para julgar com base em enquadramento normativo diverso daquele invocado pelas partes, cabe ao juiz observar o dever de consulta previsto no artigo 10. Esse é um enunciado interpretativo no Código de Processo Civil elaborado por processualistas que se reúnem para debater temas relevantes da lei. Sobre o artigo 10 também há os enunciados de 01 a 06 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM)²⁸⁹.

Portanto, no processo civil, sempre que o juiz for decidir sobre algo que as partes não tiveram oportunidade de se manifestar, mesmo que seja matéria que ele deva se manifestar de ofício, sem provocação das partes, ele deve dar, previamente, oportunidade para que as partes se manifestem acerca do fundamento.

4.2 Os poderes e deveres do juiz no processo civil

O juiz é um sujeito processual principal imparcial que faz parte da tríplice relação jurídica processual: autor, réu e juiz. Sujeitos processuais são todas as pessoas que figuram como titulares de situações jurídicas ativas e passivas integrantes da relação jurídica processual. Todo sujeito processual tem faculdades, ônus, deveres, poderes, autoridade ou sujeição.²⁹⁰

Nelson Nery²⁹¹ afirma que ao juiz, no processo civil, cabe o importante papel de dirigir o processo, de modo a exercer autoridade sem mandância. A direção do processo não lhe confere poder hierárquico sobre o advogado ou o membro do

²⁸⁸ Superior Tribunal de Justiça. Quarta turma. AgInt no Resp 1.695.519/MG. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Data de julgamento: 26/03/2019.

²⁸⁹ Enunciado nº 1: Entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC/2015 o substrato fático que orienta o pedido, e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes. Enunciado nº 2: Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio. Enunciado nº 3: É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa. Enunciado nº 4: Na declaração de incompetência absoluta não se aplica o disposto no art. 10, parte final, do CPC/2015. Enunciado n. 5: Não viola o art. 10 do CPC/2015 a decisão com base em elementos de fato documentados nos autos sob o contraditório. Enunciado n. 6: Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.

²⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 152-153.

²⁹¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenadores). *Comentários ao código de processo civil*. 1 ed. em e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 631.

Ministério Público. Essa direção deve ser exercida com segurança, firmeza, imparcialidade, urbanidade, prudência e humildade, marcada pelo poder-dever do magistrado de manter a paridade e igualdade das partes.

Dirigir o processo significa fiscalizar e controlar a sequência dos atos procedimentais e a relação processual entre as partes, o juiz e seus auxiliares, para que o processo se desenvolva regular e adequadamente. O juiz deve decidir quem entra, quem permanece e quem sai da relação processual, quais atos devem ser praticados e em que ordem, além de editar comandos de natureza cogente que deverão ser suportados pelos sujeitos do processo, não podendo o magistrado ter participação tendenciosa ou interessada. O juiz que causar qualquer gravame às partes poderá ter sua decisão passível de exame por meio de recurso.²⁹²

Os poderes, deveres e a responsabilidade do juiz estão previstas nos artigos 139 a 148 do Código de Processo Civil. O artigo 139 estabelece o papel do juiz no processo ao dispor que cabe a ele dirigir o processo, incumbindo-lhe assegurar a igualdade de tratamento das partes, a razoável duração do processo, prevenir ou reprimir atos atentatórios à dignidade da justiça ou postulações meramente protelatórias, assegurar o cumprimento de suas ordens, promover a autocomposição de conflitos, assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, exercer o poder de polícia, inquirir as partes sempre que necessário, determinar o suprimento de pressupostos processuais e sanar vícios processuais, oficiar os legitimados para a propositura de ações coletivas se achar que é o caso.

Destaca-se que os deveres e poderes do juiz não se findam no rol do artigo 139 acima demonstrado, esse é um rol exemplificativo, pois há outros dispositivos no Código de Processo Civil que trazem poderes ou deveres do magistrado, tal como o artigo 142 que estabelece que convencendo-se o juiz, pelas circunstâncias, que o autor e o réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou vedado em lei, ele deve proferir decisão que impeça os fins das partes e aplicar as penalidades de litigância de má-fé.

O Código de Processo Civil de 2015 traz o princípio da cooperação entre os sujeitos do processo para que obtenha a tutela jurisdicional de mérito justa e efetiva em tempo razoável. Ao prever expressamente o princípio da cooperação, a lei

²⁹² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenadores). *Comentários ao código de processo civil*. 1 ed. em e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 631.

expandiu o papel diretivo do juiz, uma vez que antes ele atuava exclusivamente no controle da relação processual e na tomada de decisões e, agora, o juiz também atua como órgão colaborativo, cooperador, a trabalhar em conjunto com as partes para que se alcance o melhor resultado.²⁹³

A lei também determina que o juiz não pode se eximir de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico, bem como que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. Tanto que a Lei de introdução às normas do Direito brasileiro determina que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Ao julgar, o magistrado deve guiar-se pela legalidade, devendo aplicar ao caso concreto a norma legal de acordo com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais. O juízo de equidade previsto no parágrafo único do artigo 140 é residual, reservado apenas para os casos previstos em lei, mesmo diante do panorama mais moderno de interpretação e aplicação da lei.²⁹⁴

O artigo 141 do Código de Processo Civil traz o princípio da congruência, já analisado neste trabalho em relação ao processo penal e agora analisado no processo civil. esse artigo dispõe que o juiz decidirá o mérito do processo nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

O princípio da congruência se difere do princípio da demanda no sentido que este significa que a atuação jurisdicional se subordina à provocação da parte, conforme artigo 2º do Código de Processo Civil. Entretanto, o princípio da correlação entre pedido e sentença ou da congruência é decorrente do princípio da demanda, pois, ao proferir a sentença, o juiz deve se limitar os pedidos das partes.²⁹⁵

Quem fixa os limites da lei é o autor na petição inicial, quando deduz sua pretensão em juízo. O réu apenas se defende do que foi alegado pelo autor, sem deduzir pretensão alguma. Quando o réu reconvém, ele se torna autor da reconvenção e ele fixa os limites da lide reconvenicional em sua petição inicial.²⁹⁶

²⁹³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. [e-book] São Paulo: Forense, 2015. p. 910.

²⁹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil – lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 140.

²⁹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 3. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 498.

²⁹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenadores). *Comentários ao código de processo civil*. 1 ed. em e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 638.

O princípio da congruência ou da correlação entre o pedido e a sentença significa que o juiz, ao proferir a sentença, deve decidir o mérito no limite proposto pelas partes, não podendo proferir decisão de natureza diversa da pedida, nem condenar a parte em quantia superior ou em objeto diverso do que foi demandado. Nas decisões *extra petita*, o juiz julga pedido que não foi formulado pelas partes. Nas decisões *ultra petita*, o juiz julga além do que foi pedido e, nas decisões *infra ou citra petita*, o juiz julga aquém do que foi requerido.²⁹⁷

Vale dizer que as questões de ordem pública devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, não se podendo falar, portanto, que a decisão é *extra* ou *ultra petita* quando o juiz reconhecer questões acerca dessa matéria, como as questões relacionadas a direitos indisponíveis, por exemplo. Entretanto, em atenção ao artigo 10 do Código de Processo Civil, antes de decidir sobre essas questões de ordem pública, o juiz deve dar oportunidade às partes para que se manifestem acerca da questão, atendendo à garantia do contraditório e da não surpresa.²⁹⁸

O artigo 143 do Código de Processo Civil traz as hipóteses de responsabilidade civil do magistrado quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude ou quando recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Ou seja, o rol do artigo 143 é taxativo, pois até nas hipóteses em que a lei civil responsabiliza o juiz pela inércia ou prática do ato, só haverá responsabilidade civil e pessoal se agir com dolo, fraude ou inércia. E, mesmo havendo dolo ou inércia jurisdicional, somente haverá responsabilização civil se houver prejuízo e relação de causalidade entre ele e a conduta praticada pelo juiz. A responsabilização deve ser apurada em demanda autônoma.²⁹⁹

Por fim, dos artigos 144 a 148³⁰⁰ o Código de Processo Civil estabelece as hipóteses dos impedimentos e suspeições dos magistrados visando impor

²⁹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 3. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 498.

²⁹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenadores). *Comentários ao código de processo civil*. 1 ed. em e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 638-639.

²⁹⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. [e-book] São Paulo: Forense, 2015. p. 946.

³⁰⁰ Art. 144. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo: I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão; III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha

mais uma garantia à imparcialidade do julgador, para que o juiz exerça sua função sem interesse pessoal na lide.

Humberto Theodoro³⁰¹ explica que é imprescindível à lisura e ao prestígio das decisões judiciais a inexistência de dúvida sobre motivo pessoal que possa influir no ânimo do julgador, mesmo que o juiz, em sua própria consciência, sinta-se capaz

reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo; VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços; VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório; IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado. § 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz. § 2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz. § 3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo. Art. 145. Há suspeição do juiz: I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados; II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes. § 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões. § 2º Será ilegítima a alegação de suspeição quando: I - houver sido provocada por quem a alega; II - a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido. Art. 146. No prazo de 15 (quinze) dias, a contar do conhecimento do fato, a parte alegará o impedimento ou a suspeição, em petição específica dirigida ao juiz do processo, na qual indicará o fundamento da recusa, podendo instruí-la com documentos em que se fundar a alegação e com rol de testemunhas. § 1º Se reconhecer o impedimento ou a suspeição ao receber a petição, o juiz ordenará imediatamente a remessa dos autos a seu substituto legal, caso contrário, determinará a autuação em apartado da petição e, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentará suas razões, acompanhadas de documentos e de rol de testemunhas, se houver, ordenando a remessa do incidente ao tribunal. § 2º Distribuído o incidente, o relator deverá declarar os seus efeitos, sendo que, se o incidente for recebido: I - sem efeito suspensivo, o processo voltará a correr; II - com efeito suspensivo, o processo permanecerá suspenso até o julgamento do incidente. § 3º Enquanto não for declarado o efeito em que é recebido o incidente ou quando este for recebido com efeito suspensivo, a tutela de urgência será requerida ao substituto legal. § 4º Verificando que a alegação de impedimento ou de suspeição é improcedente, o tribunal rejeitá-la-á. § 5º Acolhida a alegação, tratando-se de impedimento ou de manifesta suspeição, o tribunal condenará o juiz nas custas e remeterá os autos ao seu substituto legal, podendo o juiz recorrer da decisão. § 6º Reconhecido o impedimento ou a suspeição, o tribunal fixará o momento a partir do qual o juiz não poderia ter atuado. § 7º O tribunal decretará a nulidade dos atos do juiz, se praticados quando já presente o motivo de impedimento ou de suspeição. Art. 147. Quando 2 (dois) ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, o primeiro que conhecer do processo impede que o outro nele atue, caso em que o segundo se escusará, remetendo os autos ao seu substituto legal. Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição: I - ao membro do Ministério Público; II - aos auxiliares da justiça; III - aos demais sujeitos imparciais do processo. § 1º A parte interessada deverá arguir o impedimento ou a suspeição, em petição fundamentada e devidamente instruída, na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos. § 2º O juiz mandará processar o incidente em separado e sem suspensão do processo, ouvindo o arguido no prazo de 15 (quinze) dias e facultando a produção de prova, quando necessária. § 3º Nos tribunais, a arguição a que se refere o § 1º será disciplinada pelo regimento interno. § 4º O disposto nos §§ 1º e 2º não se aplica à arguição de impedimento ou de suspeição de testemunha.

³⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 222.

de julgar com imparcialidade. É necessário que as pessoas não tenham dúvidas de que motivos pessoais ao irão influir ânimo do julgador.

Assim como no processo penal, no processo civil o impedimento traz risco grave à imparcialidade do juiz que conduz o processo, mais que a suspeição. Por isso, verificadas as hipóteses de impedimento, o juiz deve se afastar de ofício do feito. Se o juiz não se declarar impedido, podem as partes requerer sua substituição. O impedimento é uma objeção processual que deve ser conhecida de ofício e a qualquer tempo. Suas causas são sempre objetivas e, portanto, de mais fácil constatação.³⁰²

Já a suspeição se refere a casos menos graves, com menor comprometimento da imparcialidade do juiz. Por isso, há a recomendação de que o juiz se afaste do julgamento da causa caso esteja presente uma das circunstâncias subjetivas que podem comprometer, até mesmo involuntariamente, a capacidade de julgar com isenção. Caso o julgador não se declare suspeito e as partes também não o façam na primeira oportunidade, há preclusão dessa alegação.³⁰³

Claro que somente a vedação do juiz de atuar quando presente as hipóteses de impedimento e de suspeição não garantirá que a lide seja julgada por um julgador imparcial, mas se trata de mais uma garantia infralegal para tentar chegar o máximo possível próximo da garantia de imparcialidade.

4.3 O ônus da prova no processo civil

Prova é o conjunto de oportunidades oferecidas às partes pela Constituição Federal e pela lei para que demonstre no processo a veracidade do que afirma em relação aos fatos relevantes para o julgamento, mediante o emprego de fontes de prova legítimas, vedada a utilização de prova obtidas por meios ilícitos.³⁰⁴

O Código de Processo Civil estabelece no artigo 369 que as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

³⁰² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 277.

³⁰³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. [e-book] São Paulo: Forense, 2015. p. 975.

³⁰⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; Grinover, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. edição. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 427-428.

A lei processual também prevê que o juiz indeferirá a produção de provas inúteis ou meramente protelatórias, sempre em decisão fundamentada. Apesar de a motivação ser mandamento constitucional, considera-se conveniente a inclusão do dever na lei processual civil, uma vez que a prática sempre demonstra situações de indeferimento sem motivação, dificultando a revisão dessas decisões.³⁰⁵

Ônus da prova consiste em encargo da parte para demonstração de determinadas alegações de fato, cuja inobservância pode acarretar a situação de desvantagem à parte.³⁰⁶ O ônus da prova no processo civil incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do artigo 373 do Código de Processo Civil. ou seja, em regra, o ônus da prova do fato cabe a quem o alega. Devem ser provados os fatos controvertidos que são relevantes para o julgamento da causa.

Não precisam ser provados os fatos notórios, os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os fatos admitidos no processo como incontroversos e os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade, vide artigo 374 do Código de Processo Civil.

Fato constitutivo é o fato que dá vida a uma vontade concreta da lei, que tem essa função específica e que normalmente produz esse efeito. Fato extintivo é o fato que faz cessar essa vontade. Fato modificativo altera o direito do autor. Fato impeditivo é a inexistência do fato que deve concorrer com o fato constitutivo com o fim de que produza normalmente seus efeitos.³⁰⁷

O ônus da prova possui dois aspectos: o aspecto objetivo e o aspecto subjetivo. No tocante ao aspecto objetivo, as regras do ônus da prova são regras de julgamento dirigidas ao juiz da causa e que devem orientá-lo no momento em que for proferir a sentença no caso de os fatos não terem ficado suficientemente esclarecidos. Ao aplicar essas regras, o juiz imporá à parte que tinha o ônus de provar as consequências negativas da insuficiência ou falta de provas.³⁰⁸

³⁰⁵ DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 310.

³⁰⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 106-107.

³⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 127.

³⁰⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 433.

No que tange ao aspecto subjetivo, quando a lei estabelece quem sofrerá as consequências negativas que decorrem da falta de provas, ela norteia os litigantes acerca do que compete a cada um demonstrar. Ambos os aspectos são indissociáveis, pois ao indicar como o juiz deverá se orientar no julgamento em caso de falta de provas, a lei também indica como as partes devem se comportar no tocante à instrução. O ônus da prova interessa diretamente às partes, apesar de ser regra de julgamento, pois elas que sofrerão as consequências negativas ou positivas da sua distribuição.³⁰⁹

Assim, as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova são regras dirigidas às partes, pois as orientam sobre o que precisam provar (aspecto subjetivo), bem como são regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que orientam como decidir em caso de insuficiência de provas produzidas (aspecto objetivo), sendo a última alternativa para evitar o *non liquet*.³¹⁰

O Código de Processo Civil de 2015 ainda trouxe dois importantes pontos nos parágrafos desse artigo: a faculdade do juiz de inverter o ônus da prova e a possibilidade de distribuição do ônus da prova por convenção das partes. Assim, pode-se dizer que a inversão da prova pode ser legal, judicial ou convencional.

A inversão legal é prevista expressamente na legislação, como nos casos previstos no Código de Defesa do Consumidor. Há quem diga que não é precisamente correto afirmar que se trata de inversão neste caso, porque o que se tem é uma regra geral específica em sentido contrário à regra legal genérica de distribuição do ônus da prova no caso concreto.³¹¹

Em relação à faculdade do juiz de inverter o ônus da prova, a lei processual prevê que nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

³⁰⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 433.

³¹⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 108.

³¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 1426.

Vale lembrar que a lei também prevê que a inversão do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

No tocante à distribuição do ônus da prova por convenção das partes, o Código de Processo Civil dispõe que as partes poderão convencionar acerca da distribuição diversa do ônus da prova, antes ou durante o processo, salvo quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. A distribuição da prova por convenção das partes consiste em negócio jurídico processual.

A segunda exceção é aplicável no caso de inversão do ônus da prova diante da alegação de fato negativo indeterminado, cuja prova é denominada de “prova diabólica”. Para a prova de um fato negativo indeterminado basta a produção de prova de um fato positivo determinado incompatível logicamente com o fato negativo. O problema está nos fatos negativos indeterminados ou fatos absolutamente negativos, pois nesses casos é impossível a produção de prova de que a alegação é verdadeira, sendo possível somente a prova de que a alegação é falsa.³¹²

Quanto ao momento da inversão do ônus da prova, é certo que na inversão convencional o ônus estará invertido a partir do acordo entre as partes e na inversão legal será desde o início da demanda, pois já está previsto na lei. Já o momento da inversão judicial, que dependerá de decisão judicial devidamente fundamentada demonstrando o preenchimento dos requisitos previstos em lei, é polêmico.

Apesar de a inversão do ônus da prova ser regra de julgamento e só se aplicar ao final do processo, além de somente se aplicar no caso de inexistência ou insuficiência de prova, em respeito ao princípio do contraditório, há casos em que o juiz deve, já no saneamento do processo, se manifestar acerca do tema, com fulcro no artigo 357, inciso III, do Código de Processo Civil³¹³. Nesse momento, o que o juiz faz é sinalizar às partes, para evitar a surpresa, que no caso de necessidade aplicará a regra.³¹⁴

4.4 A iniciativa probatória do juiz no processo civil

³¹² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 1425.

³¹³ Art. 357: Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] III- definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373.

³¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 1429.

O Código de Processo Civil de 2015 que estabelece como normas fundamentais do processo civil que este será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais previstas na Constituição Federal, também prevê a iniciativa probatória do juiz.

O artigo 370 da lei processual prevê que cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Ora, sendo o juiz destinatário da prova, cabe a ele também exigir determinadas dilações probatórias que possam ser de interesse para o julgamento do mérito.³¹⁵

Didier³¹⁶ afirma que o processo civil, por meio do artigo 370, conferiu ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios, independentemente da relação jurídica debatida no processo, seguindo o rumo de um modelo inquisitorial. Esse caminho inquisitorial do processo civil, no entanto, pode acarretar no aumento na função do juiz no processo, abrindo espaço para o protagonismo judicial e diminuindo o papel das partes e da autonomia privada. O aumento dos poderes do juiz no processo pode trazer, como consequência, o abuso de direitos por parte do Estado, de modo que o garantismo processual surge para proteger os cidadãos destes abusos.

Há quem afirme que no processo civil, a despeito dos modelos adversarial e inquisitorial, vigora o modelo cooperativo, que se baseia no princípio da cooperação, com o redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do julgador no rol de sujeitos do diálogo processual e não mais como mero espectador. Visa uma condução cooperativa do processo, sem destaque para determinado sujeito processual.³¹⁷

A maioria da doutrina entende que o juiz tem amplos poderes instrutórios e pode, de ofício, determinar a apresentação de provas necessárias a uma correta apreciação da lide que lhe foi apresentada, sem ficar adstrito às provas apresentadas pelas partes, de modo que ele não estará agindo parcialmente quando o fizer. Pelo

³¹⁵ DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 310.

³¹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 85.

³¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 87.

contrário, o juiz estará velando pela justiça das decisões e por uma correta aplicação do direito, atendendo aos fins do processo e ao princípio da efetividade.³¹⁸

No mesmo sentido, é dever do juiz proferir a melhor sentença possível e, para tanto, é indispensável que os fatos sejam aclarados, de modo que se o juiz verifica que há outras provas que, se realizadas, poderão esclarecer os fatos, ele deve determiná-las. E, se todas as provas forem produzidas e mesmo assim os fatos não se aclararem, o juiz deverá aplicar as regras do ônus da prova. Ao determinar a produção de prova de ofício, o juiz não perde a imparcialidade, pois estará em busca da verdade real.³¹⁹

Não se utiliza mais a distinção de verdade formal no processo civil e verdade real no processo penal. Atualmente, entende-se que o juiz, seja no processo penal, seja no processo civil, deve buscar a verdade real, com as provas produzidas pelas partes e, se necessário, com a sua iniciativa probatória.

Ao comentar o artigo 370, Marinoni³²⁰ destaca que, no Estado Constitucional, o juiz dispõe sobre os meios de prova e pode determinar a produção das provas necessárias tanto de ofício quanto a requerimento das partes, pois cabe ao órgão jurisdicional zelar pela igualdade material entre os litigantes e pela efetividade do processo e esse zelo se concretiza com a sua iniciativa probatória. A imparcialidade não é obstáculo à iniciativa probatória de ofício, pois fundamenta que será parcial o juiz que, sabendo da necessidade de uma prova, julga como se o fato que deveria ter sido provado pela parte que não o fez estivesse provado.

O doutrinador ainda afirma que o juiz pode exercer seus poderes instrutórios independentemente da natureza do direito, seja direito disponível ou indisponível. Caso se entenda que no caso de direitos disponíveis o juiz pode limitar-se ao que as partes levaram ao processo significa que o processo que trata dos direitos disponíveis não é o processo instrumento público destinado a cumprir os fins do Estado Constitucional. A decisão que determina a produção da prova de ofício deve ser motivada e o resultado da instrução deve ser submetido ao contraditório das partes.³²¹

³¹⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 225.

³¹⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 432.

³²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 479.

³²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 479.

Para Araken de Assis³²², a existência de poderes instrutórios do juiz no processo civil reflete a modificação do princípio dispositivo, pois apesar de as partes determinarem o objeto do litígio, ao juiz cabe esclarecer-se acerca do material de fato, como tarefa intrínseca ao poder de julgar. O juiz ativo e equilibrado deve investigar os fatos para esclarecer suas próprias dúvidas e proferir julgamento justo. Entretanto, importante ressaltar que os poderes do juiz não eximem as partes de buscar material probatório necessário à comprovação de suas decisões.

Há doutrina que defende que o artigo 370 deve ser interpretado privilegiando o meio-termo: a atividade probatória é atribuída, em regra, às partes e ao juiz cabe, complementarmente, após a produção de provas pelas partes e ainda subsistir dúvidas quanto a determinada questão relevante para o julgamento, tomar a iniciativa probatória para sanar a questão. O juiz deve buscar proferir a decisão o mais justa possível.³²³

Salvo melhor juízo, esta parece ser a melhor posição e mais compatível com o sistema acusatório previsto na Constituição Federal, ao devido processo legal, contraditório e ao princípio da imparcialidade. A iniciativa probatória do juiz deve ser complementar, após as partes terem produzido todas as provas que requereram e, mesmo assim, o juiz ainda tem dúvida relevante sobre o fato a ser provado. Outrossim, os poderes instrutórios do juiz devem sempre observar o princípio da cooperação entre as partes, o princípio do contraditório e da não surpresa.

Entretanto, quando a parte manifestamente abrir mão da produção de determinada prova, seja unilateralmente, seja por acordo firmado com a parte contrária, parece a melhor solução o juiz não poder se utilizar do artigo 370 para produzir a prova, pois houve expressa e válida manifestação de vontade da parte, de modo que o juiz, ao produzir a prova, estaria realizando um protagonismo judicial indesejável no processo. Nesse caso, se houver dúvida persistente sobre determinado fato, o juiz deve resolver a questão pelas regras do ônus da prova.³²⁴

³²² ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume I [livro eletrônico]: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 314.

³²³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 90.

³²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. p. 91.

O poder instrutório do juiz está previsto, além do artigo 370 já analisado, no artigo 396 que dispõe que o juiz poderá ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder.

Quando a ordem que determina a exibição de documento ou coisa for voltada às partes do processo, o poder do juiz se fundamenta nos seus poderes instrutórios. Quando a ordem for voltada a terceiros, além dos poderes instrutórios, aplica-se o dever do terceiro de colaborar com a atividade judicial em busca da verdade. Essa ordem não ofende o princípio da inércia da jurisdição, porque o juiz não instaura um processo incidental e sim apenas determina incidentalmente a exibição de uma coisa ou documento.³²⁵

No artigo 438 também está presente a iniciativa probatória do juiz ao estabelecer que este requisitará às repartições públicas, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, as certidões necessárias à prova das alegações das partes e os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessadas a União, os Estados, o Distrito Federal, Municípios ou entidades da administração indireta.

A requisição será feita pelo juiz, seja de ofício ou a requerimento da parte interessada na certidão ou no procedimento administrativo, sempre que estes forem relevantes para a apuração dos fatos e não puderem ser obtidos sem a intervenção do juiz. Apesar de o artigo 438 se referir apenas a repartições públicas, nada impede que a requisição seja dirigida a entidades privadas, como hospitais, por exemplo.³²⁶

Ainda há a previsão do artigo 461 que afirma que o juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento das partes, a inquirição de testemunhas referidas nas declarações das partes ou de testemunhas; a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte quando, sobre fato determinado que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.

Marinoni afirma que como o juiz pode determinar a oitiva de testemunha independentemente de requerimento das partes, é necessário harmonizar os artigos 370 com o artigo 357, § 4º³²⁷ para assegurar às partes a prévia ciência a respeito de quem testemunhará em juízo. As partes podem concordar conjuntamente com a oitiva da testemunha sem a observância do prazo de quinze dias no § 4º por força da decisão judicial

³²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 1496.

³²⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 445.

³²⁷ Art. 357 [...] § 4º Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

ou deve o juiz cientificar as partes, previamente, da testemunha que determinou a oitiva de ofício para não violar o princípio da não surpresa e do contraditório.³²⁸

Há também o artigo 481 que prevê que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

A inspeção judicial consiste na percepção direta sobre pessoas ou coisas, a fim de formar melhor a convicção do juiz e pode ser realizada a qualquer momento da instrução processual, sem que qualquer das partes a requeira, pois pode ser determinada de ofício pelo juiz. As partes têm assegurado o direito de acompanhar a inspeção judicial e pode influir diretamente no procedimento probatório, em observância ao princípio do contraditório.³²⁹

O Código de Processo Civil adota o sistema do livre convencimento motivado, nos termos do artigo 371, que dispõe que o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões de seu convencimento.

Em relação ao sistema de valoração da prova utilizado pelo juiz no processo civil, Gajardoni³³⁰ explica sobre o também denominado sistema da persuasão racional do juiz:

Não se encontra no CPC/2015 dispositivo de exata correspondência com o art. 131 do CPC/1973, o que tem levado alguns intérpretes da Lei 13.105/2015 a asseverar não mais existir no Brasil o princípio da persuasão racional da prova ou o livre convencimento motivado. Trata-se, conforme já tivemos oportunidade de ressaltar em outra senda (GAJARDONI, 2015), de afirmação, permissa venia, equivocada, inclusive pelo que anotamos no item anterior (rol exemplificativo de deveres/ poderes do juiz). O fato de não mais haver no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir. E não deixou por uma razão absolutamente simples: o princípio da persuasão racional jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei; como alforria para o

³²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 479-480.

³²⁹ RIBEIRO, Marcelo. *Processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. p. 301.

³³⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. [e-book] São Paulo: Forense, 2015. p. 926-928.

juiz julgar o processo como bem entendesse; como se o ordenamento jurídico não fosse o limite. Foi concebido, sim, como antídoto eficaz e necessário para combater os sistemas da prova legal e do livre convencimento puro, suprimidos do ordenamento jurídico brasileiro, como regra geral, desde os tempos coloniais. A boa previsão legal de standards mínimos de motivação no CPC/2015 (art. 489, § 1º, do CPC/2015) não afeta a liberdade que o juiz tem para valorar a prova. Autonomia na valoração da prova e necessidade de adequada motivação são elementos distintos e presentes tanto no CPC/1973 quanto no CPC/2015. [...] O fato de haver no CPC/2015 regra expressa estabelecendo o dever de respeito aos precedentes (art. 927 do CPC/2015) também não impacta no livre convencimento. Além de a disposição não trazer nada de muito novo – visto que o Judiciário é um poder verticalizado, em que as instâncias inferiores devem, como regra, aplicar a lei tal como interpretada pelas cortes superiores (vide arts. 103-A da CF e arts. 543-A e 543-C, do CPC/1973) –, a novel regra é de interpretação da lei, não de valoração da prova (que continua sendo livre). Evidentemente, a livre valoração da prova pelo juiz só é possível e recomendável através do exercício do contraditório cooperativo, em que as partes, através do cumprimento do adequado ônus argumentativo, influenciem na formação da convicção do órgão julgador. Mas além de mais uma vez estarmos diante de uma novidade requeitada do CPC/2015 (o contraditório cooperativo já existe no CPC/1973), isso não afeta a liberdade que os juízes continuarão a ter de valorar a prova motivadamente. Além da autonomia na valoração motivada da prova (persuasão racional), mesmo em matéria de interpretação do Direito há espaço para a liberdade de convicção. O art. 489, § 1º, VI, do CPC/2015, ao indicar, a contrario sensu, que o juiz pode deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, desde que demonstre, através de fundamentação idônea, a existência de distinção no caso em julgamento (*distinguishing*) ou a superação do entendimento (*overruling*), prova isso. O que houve, portanto, foi apenas o advento de uma disciplina mais clara do método de trabalho do juiz, não a extinção da persuasão racional da prova.

Nesse sentido, Didier explica que o Código de Processo Civil adota o sistema do livre convencimento motivado e que o Código inovou ao prever, no artigo

371, 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. Ele afirma ser este um corolário do contraditório, pois somente se admite a valoração da prova que tenha sido produzida e que conste nos autos do processo. E não é qualquer motivação de seu convencimento e, por isso, a lei não utiliza mais a expressão “livremente” do livre convencimento motivado, pois há limitações à valoração da prova pelo juiz. Além de se admitir somente provas produzidas sob o crivo do contraditório, a motivação do juiz deve ser racional, devendo atender as regras de validade da argumentação e do raciocínio jurídico. A motivação também deve ser controlável, isto é, clara e pública.³³¹

O Código Processual Civil admite a utilização de prova emprestada, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, nos termos do artigo 372, desde que observado o contraditório em favor das partes.

4.5 A imparcialidade e os poderes instrutórios: um paralelo entre o processo penal e o processo civil

A Constituição Federal de 1988 deve ser observada em todos os casos e, mesmo no Código de Processo Penal, com vários resquícios inquisitoriais, suas normas devem ser interpretadas e aplicadas de acordo com a Constituição. O Código de Processo Civil, por ser mais novo e moderno, prega em seus primeiros artigos a devida observância à Constituição Federal.

Como observa o Ministro Rogério Schietti Cruz, o Código de Processo Civil de 2015, fruto de seu tempo, contribui decisivamente para a elevação da qualidade de prestação em todos os ramos da justiça, não só no processo civil, à custa de uma necessária mudança de comportamento dos profissionais do direito, em especial dos magistrados, que são os mais afetados pelos institutos e novas regras previstas nesse Código.³³²

³³¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. v. 2. p. 102-104.

³³² CRUZ, Rogério Schietti. *Dever de motivação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil e reflexos na jurisdição criminal*. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coordenadores). *Processo penal – coleção repercussões do Novo CPC*, v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 354.

Em uma comparação do Código de Processo Civil de 2015 com o Código de Processo Penal de 1941, Américo Bedê Junior afirma que

O CPC avançou muito com uma principiologia mais adequada aos reclamos do novo milênio. O nosso CPP é uma verdadeira colcha de retalhos. Já passou da hora de surgir um novo CPP, mas, enquanto isso não acontece, cabe aos intérpretes atualizarem o sentido dos textos, recorrendo ao CPC e à principiologia de nossa disciplina. É certo que a elaboração de regras específicas garantiriam maior previsibilidade e evitariam alegações de nulidades, mas, de qualquer modo, é preciso atualizar um Código feito durante a Segunda Guerra Mundial para os reclamos de uma sociedade democrática e pretensamente respeitadora da dignidade da pessoa humana.³³³

O princípio da imparcialidade é aplicado tanto no processo penal quanto no processo civil. O juiz, ao julgar uma causa, deve não somente ser imparcial, mas também parecer ser aos olhos do público imparcial. Deve buscar, em seu julgamento, chegar o mais próximo possível da verdade real, seja no processo penal ou no processo civil.

Importante previsão do Código de Processo Civil que deve ser observada constantemente no processo penal é o contraditório, conforme estabelece o artigo 7º ao prever que compete ao juiz zelar pelo efetivo contraditório, em consonância com a Constituição Federal.

A garantia do contraditório é fator de legitimação da atividade jurisdicional, pois permite que os destinatários do ato final possam participar da sua elaboração, com seus argumentos e provas capazes de efetivamente influir no convencimento judicial. A garantia do contraditório não se aplica apenas na atividade probatória, mas também às questões de direito que devem ser debatidas pelas partes, mesmo que se trate de matérias cognoscíveis de ofício pelo juiz.³³⁴

Em relação aos poderes instrutórios, o Código de Processo Penal é mais rígido que o Código de Processo Civil, pelo menos em sua interpretação literal. O

³³³ BEDÊ JUNIOR, Américo. *Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coordenadores). *Processo penal – coleção repercussões do Novo CPC*, v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 276.

³³⁴ BADARÓ, Gustavo. *Correlação entre acusação e sentença: releitura da emendatio libelli à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil*. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coordenadores). *Processo penal – coleção repercussões do Novo CPC*, v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 378.

processo penal prevê a iniciativa probatória do juiz, antes do início do processo, quando se tratar de provas antecipadas e, no curso do processo, a produção de provas para dirimir ponto relevante. Ou seja, a lei processual penal limita os poderes instrutórios a essas hipóteses.

Já o Código de Processo Civil é mais amplo, em sua interpretação literal pode-se dizer que o juiz tem amplos poderes instrutórios no processo civil, pois a lei estabelece que o juiz pode de ofício determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Não obstante essa redação, a melhor interpretação é a de que o juiz não pode substituir as partes e seus poderes instrutórios devem ser subsidiários, complementares, para os casos em que resta alguma dúvida e o juiz vislumbra a possibilidade de uma diligência saná-la.

O Código de Processo Civil, ao trazer em suas normas fundamentais, os princípios da isonomia, da primazia da decisão de mérito, da duração razoável do processo, da boa-fé das partes, da cooperação, do contraditório e da paridade de armas entre as partes vem comprovar que o juiz não deve ser mais um mero espectador da vontade das partes no processo, porém ele também não pode substituí-las, principalmente no tange à acusação no processo penal. Sendo o juiz responsável pela condução do processo, ele deve ter o cuidado de evitar o desvirtuamento de condutas processuais e atuar para que esses princípios sejam aplicados correta e integralmente.³³⁵

Ainda em relação aos princípios dispostos na lei processual civil, o princípio da cooperação entre as partes é um princípio difícil de ser visualizado aplicado ao processo penal. Análise interessante sobre o tema propõe que, no processo penal, o Ministério Público e o juiz têm o dever de agir de forma cooperativa. Em relação ao acusado, tendo em vista ser ele o destinatário da persecução penal e das garantias processuais, principalmente a da não autoincriminação, lhe permitem não agir em colaboração, pois pode causar prejuízo a sua defesa. A cooperação da defesa é uma faculdade processual e, se utilizada para formação do convencimento do juiz deve influenciar na dosimetria da pena como atenuante inominada.³³⁶

³³⁵ FISHER, Douglas. *Sobre a compatibilização da ampla defesa, do nemo tenetur se detegere, da boa-fé objetiva, do devido processo legal (penal) em prazo razoável e da cooperação*. In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coordenadores). *Processo penal – coleção repercussões do Novo CPC*, v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 56.

³³⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. *A construção de um processo penal cooperativo e a instalação do contraditório como direito de influência – aplicabilidade dos arts. 6º a 10 do novo Código de Processo Civil*. In CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coordenadores). *Processo penal – coleção repercussões do Novo CPC*, v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 75-76.

O processo civil, ao prever que as decisões proferidas pelo juiz devem ser fundamentadas, devendo apreciar as provas constantes dos autos, independentemente de quem a produziu e indicar as razões do seu convencimento, é mais avançado que o processo penal. Afinal, a sentença do processo civil será fundamentada de acordo com as provas legais do processo.

No processo penal, como já foi visto, o juiz forma sua convicção livremente na prova produzida no processo perante contraditório, mas também pode se utilizar de elementos de informação colhidos durante a investigação, apesar de a lei proibir que a decisão se fundamente exclusivamente nos elementos informativos.

A decisão do juiz criminal, principalmente condenatória, em virtude dos direitos do acusado que estão em jogo, deveria ser fundamentada exclusivamente em provas judiciais, produzidas em juízo perante o contraditório e ampla defesa das partes, mesmo que a prova tenha sido requerida de ofício pelo juiz, pois, mesmo assim, as partes têm a oportunidade de se manifestar sobre ela.

Assim, conclui-se ser necessário que se elabore um novo Código de Processo Penal, assim como foi no processo civil, para que haja efetiva observância do sistema acusatório e dos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição da República. Como se vê, por ser um Código muito antigo e com vários resquícios inquisitoriais, a lei processual penal que vige atualmente, mesmo com várias reformas e modificações, não atende plenamente às disposições constitucionais, pois em sua essência continua com o viés inquisitório da época de sua elaboração.

CONCLUSÕES

Após todo o estudo exposto na presente dissertação, o primeiro ponto a se destacar é que não existe sistema penal puro. Não existe sistema acusatório puro que siga à risca todas as características impostas a esse sistema. Foram examinados os exemplos do Chile e de Portugal, que são ótimos exemplos de países que adotam o sistema acusatório no processo penal e protegem a imparcialidade do juiz e, mesmo assim, eles têm previsões legais acerca dos poderes instrutórios do juiz, ainda que sejam poucas e em casos excepcionais.

Ser adepto do sistema acusatório significa que a essência das normas segue esse sistema. Mas não significa que não terá fatores que historicamente podem estar relacionados ao sistema inquisitório. O que é necessário analisar é se na prática, diante de todo o contexto histórico e das normas que compõem o ordenamento jurídico, o sistema adotado será predominantemente acusatório.

O princípio da imparcialidade é sim um vetor essencial da caracterização do sistema acusatório e deve ser perseguido em qualquer processo, não só no processo penal. A Constituição da República de 1988 peca ao não prever esse princípio expressamente, apesar de ser inquestionável que a imparcialidade é um princípio implícito na Constituição brasileira.

As normas da Constituição e da legislação infraconstitucional não garantem com toda a certeza que todo juiz atuará no processo imparcialmente. Entretanto, é certo que essas normas são extremamente necessárias para garantir o mínimo de imparcialidade e para assegurar às partes a possibilidade de afastar do julgamento da lide um juiz imparcial ou recorrer de uma decisão em que se constata que o juiz decidiu de modo parcial.

O Código de Processo Civil de 2015 traz importantes normas que devem ser aplicadas ao processo penal com o fim de garantir a imparcialidade do juiz, como foi exposto nessa dissertação: o princípio da não surpresa, o zelo do juiz pela observância do contraditório e a necessidade de motivação das decisões com a análise dos argumentos e provas trazidos pelas partes ao processo.

Entretanto, ao analisar as controvérsias que surgem acerca da interpretação do novo Código, o Superior Tribunal de Justiça tem relativizado,

infelizmente, as normas que garantem a motivação das decisões, vetor importante para análise da imparcialidade ou não do juiz ao proferir a sentença penal:

Não existe óbice a que o julgador, ao proferir sua decisão, acolha os argumentos de uma das partes ou de outras decisões proferidas nos autos, adotando fundamentação que lhe pareceu adequada. O que importa em nulidade é a absoluta ausência de fundamentação. A adoção dos fundamentos da sentença de 1ª instância ou das alegações de uma das partes como razões de decidir, embora não seja uma prática recomendável, não traduz, por si só, afronta ao art. 93, IX, da CF/88. A reprodução dos fundamentos declinados pelas partes ou pelo órgão do Ministério Público ou mesmo de outras decisões proferidas nos autos da demanda (ex: sentença de 1ª instância) atende ao art. 93, IX, da CF/88. A motivação por meio da qual se faz remissão ou referência às alegações de uma das partes, a precedente ou a decisão anterior nos autos do mesmo processo é chamada pela doutrina e jurisprudência de motivação ou fundamentação *per relationem* ou *aliunde*. Também é denominada de motivação referenciada, por referência ou por remissão. STJ. Corte Especial. EREsp 1021851-SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgados em 28/6/2012. STJ. 2ª Turma. EDcl no AgRg no AREsp 94.942-MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 5/2/2013 (Info 517). O art. 489, § 1º do CPC/2015 previu uma série de exigências para a fundamentação das decisões judiciais. Diante disso, alguns autores sustentaram que, a partir da entrada em vigor desse novo diploma, teria sido proibida a motivação *per relationem*. Essa não foi, contudo, a conclusão adotada pelo STJ. Para o Tribunal, mesmo com o novo CPC, continua sendo possível esta técnica de motivação: (...) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem assim a do Supremo Tribunal Federal, admitem a motivação *per relationem*, pela qual se utiliza a transcrição de trechos dos fundamentos já utilizados no âmbito do processo. Assim, descaracterizada a alegada omissão e/ou ausência de fundamentação, tem-se de rigor o afastamento da suposta violação do art. 489 do CPC/2015, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (...) STJ. 2ª Turma. AgInt no AREsp 1440047/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 11/06/2019.³³⁷

³³⁷ CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Princípio da fundamentação (art. 11) e validade da fundamentação per relationem*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

Apesar do posicionamento da jurisprudência relativizando as normas processuais, elas são muito válidas quando aplicadas ao processo penal para garantia do contraditório e da imparcialidade do juiz. As normas processuais civis citadas darão oportunidade de as partes se manifestarem no processo acerca de todos os fatos, inclusive fatos cognoscíveis de ofício pelo juiz, para evitar que seja proferida uma sentença com um elemento surpresa que as partes não tiveram a mínima oportunidade de se manifestar a respeito ou de ter prévio conhecimento do fato que pode acarretar em uma decisão desfavorável a elas.

No processo penal está em jogo a liberdade de um indivíduo. Portanto, ele deve ter todas as oportunidades possíveis de se manifestar, desde que não seja claramente para protelar e bagunçar o processo. O direito penal é a *ultima ratio*, portanto, o processo penal deve ter maior cuidado possível para assegurar a observância dos deveres e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

Também no tocante ao princípio da imparcialidade, muito se afirma sobre o juiz das garantias ser um instituto apto a dar mais uma segurança da parte de que será julgada por um juiz imparcial, que não teve acesso às investigações e, portanto, não ficou contaminado com os indícios constantes no inquérito policial.

Parece que é um instituto realmente benéfico ao processo penal acusatório. Entretanto, pode ter um viés negativo à imparcialidade: esse juiz pode ficar íntimo da autoridade policial com quem terá contato constante e direto em razão de suas funções, ainda mais em comarcas pequenas em que atuarão sempre os mesmos policiais e os mesmos juízes.

A reforma de 2019 que introduziu o juiz das garantias no Código de Processo Penal talvez tenha sido um pouco apressada, pois o instituto deverá ser implementado nos tribunais logo após sua *vacatio legis* de um mês. Ou seja, no final de janeiro de 2020 já estará vigente em todo o país o juiz das garantias, caso nenhuma liminar das ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra ele seja deferida.

Talvez o melhor teria sido ter sido feito um estudo prévio acerca de todo o trabalho que deverá ser realizado pelos tribunais para implementação do juiz das garantias e, ao promulgar a reforma, ter dado um prazo para que os tribunais se adaptem e introduzam essa figura de maneira organizada.

Muitas reformas são feitas no Código de Processo Penal, mas uma coisa é certa: o atual Código tem um viés inquisitório e, sistematicamente, suas normas ficam desconexas, pois misturam-se normas antigas com resquícios inquisitórios e normas novas com viés acusatório de acordo com a Constituição.

Em relação aos poderes instrutórios, entende-se no mesmo sentido que a professora Ada Pellegrini: o modelo acusatório de processo penal não interfere com os poderes instrutórios do juiz, pois suas características são bem diversas. A separação nítida das funções de acusar, defender e julgar não demandam um juiz inerte e passivo.³³⁸

Apesar de parte doutrina entender que os poderes instrutórios do juiz ferem o sistema acusatório, essa não é uma afirmação correta. Os poderes instrutórios amplos, sem limites, em que o juiz age como parte e com interesses pessoais fere sim o sistema acusatório. No entanto, os poderes instrutórios com limites e complementares, destinados a esclarecer dúvidas relevantes no processo não ferem o modelo acusatório.

Ademais, os poderes instrutórios de ofício pelo juiz jamais devem ser possíveis na fase investigatória. O juiz só tem esses poderes na fase processual. Também se entende não ser possível que o juiz converta a prisão em flagrante em prisão preventiva de ofício, sem requerimento do Ministério Público.

Assim, quando o juiz for se utilizar de seus poderes instrutórios, o correto é que essa decisão seja bem fundamentada para que seja objetivo e óbvio o motivo de determinação da produção da prova e que fato ela visa esclarecer. Ademais, sempre deve ser garantido o contraditório às partes e elas devem sim participar da produção da prova e opinar sobre os resultados obtidos, em observância ao devido processo legal e ampla defesa.

³³⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Forense, v. 347, jul-set. 1999. p. 21.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José Raul Gavião de (coord.); FERNANDES, Antonio Scarance (coord.); MORAES, Mauricio Zanoide de (coord.). *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (coordenadores). *O projeto do novo código de processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2012

AMENDOEIRA JR., SIDNEI. *Poderes do juiz e tutela jurisdicional: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção de tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva*. São Paulo: Atlas, 2016.

ARAS, Vladimir. *O art. 385 do CPP e o juiz inquisidor*. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/05/25/o-art-385-do-cpp-e-o-juiz-inquisidor/>. Acesso em: 15/12/2019.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume I [livro eletrônico]: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *A garantia do juiz natural no processo penal: delimitação do conteúdo e análise em face das regras constitucionais e legais de determinação e modificação de competência no direito processual penal brasileiro*. Tese apresentada para obtenção do título de livre-docência em direito processual penal, defendida na Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença: releitura da emendatio libelli à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil*. Disponível em:

<http://www.badaroadvogados.com.br/download.php?f=5d91bae3a0a7c6640f59c68982282c32>. Acesso em: 01/12/2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito a um julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias*. Disponível em <http://www.badaroadvogados.com.br/?p331>. Acesso em 19/06/2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos recursos penais*. 2 ed. em e-book baseada na 2 ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. 2. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BELLO, Ney. *Juiz das garantias: um avanço necessário!* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/ney-bello-juiz-garantias-avanco-necessario>. Acesso em: 05/01/2020.

BERALDO, Luis Fernando Silveira. *Limites aos poderes instrutórios do juiz criminal*. Dissertação de Mestrado defendida na Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Rogério Lauria Tucci, São Paulo, 2006.

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 09/05/2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 01/11/2019.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 09/05/2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>. Acesso em 02/12/2019.

BRASIL. Convenção americana sobre direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 10/05/2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09/05/2018.

BRASIL. Exposição de motivos do Código de Processo Penal. In: *Vade mecum Juspodivm*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. *Processo penal brasileiro*. 3. edição. São Paulo: Atlas, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (coordenadores). *Processo penal – coleção repercussões do Novo CPC*, v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016.

CARVALHO FILHO, Antonio; SAMPAIO JUNIOR, Herval (organizadores). *Os juízes e o novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017.

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

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Incidente de insanidade mental. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/494ba9ff03bdad881378a6fd4092a6c7>>. Acesso em: 19/11/2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Juiz pode de ofício, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/04fcc65450efcccdc9869442c3e36310>>. Acesso em: 16/11/2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Princípio da fundamentação (art. 11) e validade da fundamentação per relationem*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/73e0f7487b8e5297182c5a711d20bf26>>. Acesso em: 13/01/2020.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Se é requerida a prisão temporária, o juiz poderá entender que é o caso de conceder prisão preventiva*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/78289d91e9c4adcf4e97d6b3d4df6ae0>>. Acesso em: 16/11/2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Se o acusado se recusa a participar do incidente, não pode ser obrigado a fazer o exame*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/7b670d553471ad0fd7491c75bad587ff>>. Acesso em: 19/11/2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Súmula 453-STF*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

<<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/731ae30af8750c2d28720ea3c1f8c2b1>>. Acesso em: 03/12/2019.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; Grinover, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 23. edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; Grinover, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Tribunal europeu dos direitos do homem, de 04 de novembro de 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 15/06/2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 15/06/2018.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 2. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 3. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Novo código de processo civil comentado*. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

FABRETTI, Humberto. *Prisão preventiva de ofício na Lei Maria da Penha: posição contrária*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/prisao-preventiva-de-oficio-na-lei-maria-da-penha-posicao-contraria/18146>. Acesso em: 16/11/2019.

FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Os procedimentos no Código projetado*. Boletim IBCCRIM, ano 18, edição especial, agosto de 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Valeria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica multidisciplinar (inclui lei de feminicídio)*. São Paulo: Atlas, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*. [e-book] São Paulo: Forense, 2015.

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

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. Videoconferência: uma necessidade premente. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121932764/videoconferencia-uma-necessidade-premente>. Acesso em: 20/11/2019.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Breves anotações sobre a temática das provas no Projeto do Código de Processo Penal (Projeto nº 156/2009 do Senado Federal)*. Revista do Advogado, v. 113, p. 34-52, setembro de 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

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

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal – anotado e comentado – legislação complementar*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito processual penal esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório*. Revista Forense, v. 347, jul-set. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As nulidades no processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal brasileiro*. 6. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

JESUS, Damásio de. *Código de processo penal anotado*. 23. edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

KHALED JUNIOR, SALAH HASSAN. *A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

LEITÃO JUNIOR, Carlos Alberto Pereira. *O juiz das garantias e a reforma do processo penal: homenagem ao princípio da imparcialidade*. Dissertação de Mestrado defendida na Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor José Raul Gavião de Almeida, São Paulo, 2016.

LENNON, María Inés Horvitz; MASLE, Julián López. *Derecho procesal penal chinelo: tomo I*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de processo penal comentado*. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. *Entenda o impacto do juiz das garantias no processo penal*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/limite-penal-entenda-impacto-juiz-garantias-processo-penal>. Acesso em: 04/01/2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 3. edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. *Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição?* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>. Acesso em: 20/12/2019.

LOUREIRO, Antonio Tovo. *Nulidades e limitação do poder de punir: análise de discurso de acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

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

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 3. ed. em e-book baseada na 3. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 18. edição. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Mauricio Zanoide de. *Quem tem medo do “juiz das garantias”?* Boletim IBCCRIM, ano 18, edição especial, agosto de 2010.

MOUGENOT, Edilson. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (coordenadora). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenadores). *Comentários ao código de processo civil*. 1 ed. em e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – volume único*. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo código de processo civil – lei 13.105/2015*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado* 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Processo penal e execução penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. São Paulo: Método, 2019.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. *A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. edição. São Paulo: Atlas, 2013.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

PACELLI, Eugênio; FISHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Iniciativa probatória de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Pode o juiz condenar sem que haja pedido de condenação?* Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/pode-o-juiz-condenar-sem-que-haja-pedido-de-condenacao/>. Acesso em: 15/12/2019.

RASCOVSKI, Luiz (coordenador). *Temas relevantes de direito penal e processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE JUNIOR, Miguel. *O juiz das garantias*. Revista do Advogado, v. 113, p. 101-111, setembro de 2011.

RIBEIRO, Marcelo. *Processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

RUIZ FILHO, Antonio. *Observações sobre o novo processo penal*. Revista do Advogado, v. 113, p. 101-111, setembro de 2011.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

SOUZA, Artur César. *O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz*. Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre, n. 17, abr, 2007. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Artur_Souza.htm. Acesso em: 14/05/2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Juiz das garantias: do neoconstitucionalismo ao neo-inconstitucionalismo*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-02/senso-incomum-juiz-garantias-chegamos-neo-inconstitucionalismo>. Acesso em: 05/01/2020.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal, 4º volume*. 31 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2002.

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