

Podere*s* Instrutórios de Juiz

DENISE DE MATTOS MARTINEZ GERACI

Promotora de Justiça, Professora de Direito Penal e mestranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá no Rio de Janeiro.

JOEL TOVIL

Procurador de Justiça e mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá no Rio de Janeiro.

Vigora em nosso processo penal, embora, com exceções (algumas razoáveis, outras não), o chamado **princípio acusatório**, cuja característica principal reside na divisão de poderes entre o órgão oficial encarregado da persecução penal, de um lado, e de outro o acusado que resiste à demanda, exercendo o direito de defesa. Intermediando ambos, posiciona-se o juiz, que deve exercer o poder de julgar com imparcialidade.

Ficou para trás, assim, o famigerado sistema inquisitório puro, em que se concentravam os poderes processuais de acusação, impulso, instrução e julgamento em uma só pessoa, normalmente referida como "inquisidor", e que dificilmente poderia julgar com total imparcialidade, tendo em vista o evidente vínculo psicológico que o liga ao resultado das investigações por ele encetadas.

Como bem observa Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em recente escrito¹,

O mais importante (...) ao sistema acusatório (...), é que da maneira como foi estruturado não deixa muito espaço para que o juiz desenvolva aquilo que Cordero, com razão, chamou de "quadro mental paranóico", em face de não ser por excelência, o gestor da prova pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a "sua" versão,

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "O Papel do novo Juiz no Processo Penal", in **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 3-56.

isto é, o sistema legitima a **possibilidade de crença no imaginário**, ao qual toma como verdadeiro.²

Geraldo Prado, em sua conhecida dissertação sobre o tema³, sustenta que a nova Constituição Federal editada em 1988 elegeu o princípio acusatório sendo com ela inconciliáveis, destarte, todas as disposições que contra ele atentem como, v.g. as regras dos arts. 10 e 28 do Código de Processo Penal, que prevêm hipóteses de intervenção do juiz na fase pré-processual, isto é, antes da deflagração da ação penal.⁴

Seria então compatível com o sistema adotado pelo Constituição a disposição inserta na parte final do art. 156 do Código de Processo Penal, segundo a qual **“o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”?**

Em outras palavras, os poderes que a legislação infraconstitucional conferiu ao juiz em relação à colheita da prova são harmonizáveis com o modelo processual acusatório?

A resposta não é nada simples, e está acesa a polêmica a tal respeito.

Os antigos manuais de Processo Penal sempre ensinaram que “a verdade real, aquela dos fatos da forma em que ocorreram, supera a verdade que as partes colocam e deve ser buscada pelo juiz, independentemente da iniciativa da parte”.⁵

Esta a orientação foi consagrada no vigente Código de Processo Penal, tanto que sua exposição de motivos consigna que, com a edição daquele diploma,

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 indagação desta, não estará sujeito a preclusões. Enquanto não estiver averigua-

² Ob. cit. p. 32, grifos do autor.

³ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.

⁴ Ob. cit., p. 153.

⁵ Consulte-se, por todos, GRECO FILHO. **Manual de Processo Penal**, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 192.

da 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*.

Outro não é o entendimento, inclusive recente, dos tribunais superiores:

O Processo penal, ao contrário do civil, não transige com a busca da verdade real. O juiz pode determinar a reprodução de provas e colher as que sejam úteis à instrução (STJ - RHC 1330-RJ, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, RT 683/361).

Competindo ao Judiciário a tutela dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, não há como imaginar-se ser-lhe vedado agir, direta ou indiretamente, em busca da verdade material mediante o desempenho das tarefas de investigação criminal, até porque estas não constituem monopólio do exercício das atividades de polícia judiciária (STF, ADI nº 1517/MC-UF, Pleno, Rel. Min. Maurício Correia, DJ de 22.11.2002, pg. 55, Ement. vol. 2092-1/107).

O ilustre professor carioca Geraldo Prado assim não pensa. Apoiado na lição de Gomes Filho, sustenta enfaticamente que o modelo processual adversarial vigente nos países anglo-saxônicos - “*adversary system*” - é o melhor para a efetivação do direito à prova, porque “fundamenta-se em uma estrutura processual preocupada em evitar injustificadas e errôneas privações de direitos e em garantir a participação e o diálogo dos interessados no processo de decisão”.⁶

De conseguinte, conclui que **“entre os poderes do juiz (...), segundo o princípio acusatório, não se deve encontrar aquele pertinente à investigação judicial”**, vez que tal poder compromete a imparcialidade do magistrado.

Com efeito, argumenta que,

Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador. Desconfiado da culpa do acusado, investe o juiz na direção da introdução de meios de prova que sequer foram considerados pelo órgão de acusação ao qual,

⁶ Ob. cit. pg. 128.

nestas circunstâncias, acaba por substituir. Mais do que isso, o mesmo tipo de comprometimento psicológico, objeto das reservas quanto ao poder do juiz de iniciar o processo, aqui igualmente se verificará, na medida em que o juiz se fundamentará, normalmente, nos elementos de prova que ele mesmo incorporou ao feito, por considerar importantes para o deslinde da questão, o que afastará da desejável posição de seguro distanciamento das partes e de seus interesses contrapostos, posição esta apta a permitir a melhor ponderação e conclusão.⁷

Tais razões, inteiramente procedentes, são as mesmas que animaram o legislador a proibir que o juiz possa exercer a jurisdição em processo em que ele próprio “houver servido como testemunha” (cf. art. 252, II do C.P.P). É evidente o motivo do impedimento pois, com ser humano que é, tendo assistido ao fato *sub iudice*, o magistrado fica irremediavelmente vinculado ao seu próprio ângulo de percepção do ocorrido, o que quase sempre afeta a sua independência.

Como explica Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, com a contundência que lhe é peculiar,

A lógica deformada do sistema (inquisitório) (...) privilegia o mecanismo “natural” do pensamento da civilização ocidental (e aí seu grande valor estratégico e, talvez, o motivo de sua manutenção até hoje) ou seja, a lógica dedutiva, que deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão pela qual pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão. Estamos diante daquilo que Cordeiro, com genialidade, chamou de “primato dell’ipotesi sui fatti”: o ponto central do sistema e sem o qual não é possível compreendê-la na essência. Por isso que partindo da premissa falsa, não poucas vezes assentada em um lugar comum (do gato preto induz-se bruxaria; do funcionário da empresa o autor do seqüestro; do mordomo o homicida, e assim por diante) chega-se a uma conclusão também falsa, transmutada em verdade construída.⁸

Essa linha de pensamento, nitidamente influenciada pelos apologistas do sistema processual anglo-saxão, dito adversarial, pode

⁷ Ob. cit. p. 129.

⁸ Ob. cit. p. 25, grifos do autor.

conduzir a exageros, havendo até mesmo quem sustente que, no plano ideal, o julgador (ou julgadores), só deveria(m) entrar em contato com a demanda na data do julgamento, ignorando assim tudo o que dela conste, inclusive o nome do acusado, pois somente assim se poderiam evitar a influência dos preconceitos e demais fatores, inclusive inconscientes, que poderiam contaminar o espírito do juiz.⁹

Outros juristas, como Barbosa Moreira e Marcos Alexandre Coelho Zilli, este autor de obra inteiramente dedicada ao tema, intitulada **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**, pensam de maneira diametralmente oposta.

Barbosa Moreira, com ironia, dirigindo-se “a quem porventura se escandalize com a idéia de que algum dos litigantes venha a tirar proveito do resultado de uma diligência instrutória ordenada pelo juiz, sem requerimento da parte, enxergando na atitude daquele imperdoável quebra do dever de ser imparcial”, aduz:

Se tivermos que tachar de imparcial o Juiz que ordena a realização de uma prova somente porque seu resultado seja capaz de beneficiar um dos litigantes, logicamente sua eventual abstenção mereceria a mesma crítica, já que a falta da prova causaria benefício para o outro litigante. Dilema insolúvel para o pobre juiz, preso à desconfortável alternativa de ser, em qualquer hipótese, parcial a favor de um ou parcial a favor de outro.¹⁰

Marcos Alexandre Coelho Zilli, por seu turno, depois de demonstrar que a iniciativa instrutória do julgador não é incompatível com o sistema acusatório nem com o sistema adversarial, e, ainda, que o ônus probatório que recai sobre a acusação também não é incompatível com o reconhecimento de um poder-dever instrutório do juiz, conclui:

Não há mais espaço para qualquer alegação de que, assim atuando, estaria o julgador entrelaçando as mãos com o órgão acusador. Na verdade e, como conseqüência natural da imparcialidade, quando o juiz assim age, por óbvio, desconhece o possível resultado que possa advir. Aliás, a nova prova obtida poderá

⁹ Cf. MAIER, Julio. "El C.P.P. modelo y las nuevas tendencias del proceso penal", in **Revista de Processo** n° 85, p. 252-255.

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Notas sobre Alguns Aspectos do Processo (Civil e Penal) nos Países Anglo-Saxônicos", in **Revista Forense**, vol. 344.

*revelar tanto a absoluta impertinência da acusação com a demonstração, por exemplo, de não ter o réu sido o autor da infração penal, como indicar a sua responsabilidade penal, podendo, ainda, transmudar a hesitação em um verdadeiro estado de dúvida.*¹¹

Tal opinião foi expressamente endossada pelo Prof. Antonio Magalhães Gomes Filho que, prefaciando o livro citado no parágrafo anterior, afirmou que **“a participação mais ativa do juiz na colheita de provas pode - e deve - ser preservada num modelo processual acusatório, desde que limitada e orientada pelas garantias do devido processo legal”**.¹²

Evidentemente, esses poderes instrutórios deferidos ao magistrado não de ser exercidos **com extrema parcimônia**, já que a atuação em matéria de prova do juiz não é principal e sim secundária, competindo a iniciativa de produção de provas primordialmente às partes.

Nesse passo, é de ser reavaliado o método *presidencial* preconizado pelo Código para a oitiva de testemunhas, pois não é compatível com o sistema acusatório que ao juiz caiba a primazia da oitiva das pessoas arroladas pelas partes, que somente ao final, e por intermédio do magistrado, podem formular reperguntas (art. 212 do CPP), ainda estas passíveis de indeferimento.

Melhor atende à garantia constitucional do contraditório a técnica anglo-americana do **cross examination** - aliás adotada pelo próprio CPP brasileiro como exceção, nos julgamentos pelo Júri¹³ - na qual a testemunha é inquirida diretamente pelas partes, sem a interferência do juiz, que detém apenas do poder de polícia da audiência.

E quais as vantagens desse novo sistema?

Para Antonio Magalhães Gomes Filho,

*Na técnica do **cross examination** evidenciam-se as vantagens do contraditório na coleta do material probatório, uma vez que após o exame direto, abre-se à parte contrária, em relação*

¹¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**, 2ª ed. São Paulo, RT, 2003, p. 151.

¹² Ob. cit., p. 11.

¹³ Art. 467 do Código de Processo Penal.

à qual a testemunha é presumidamente hostil, um amplo quadro de investigação; no exame cruzado, é possível fazer-se uma reinquirição a respeito dos fatos já abordados no primeiro exame **cross examination** como também formular questões que tragam à luz elementos para a verificação da credibilidade do próprio depoente ou de qualquer outra testemunha (**cross examination as to credit**).¹⁴

Marcos Coelho Alexandre Zilli anota que, *Nesses termos, a formatação "adversarial" traz inegáveis benefícios justamente por abrir espaço para que a exploração da prova seja efetuada, inicialmente, pelo sujeito parcial responsável pela introdução daquela fonte no processo. Conhecedor, a princípio e em tese, daquilo que será exposto pela testemunha, nada mais natural que o sujeito parcial explore a fonte, obtendo assim as provas que lhe pareçam necessárias e suficiente para reforço de sua(s) tese(s).*¹⁵

Cumprе ressaltar, porém, que **ao Juiz não se deve reservar, aqui, o papel de mero fiscal do ato processual**: ao final da *cross examination* pode e deve inquirir a testemunha sobre as questões que ainda considere pertinentes. Evitam-se com isso, como adverte Zilli, *"inevitáveis hipertrofias de qualquer um dos sujeitos processuais"*.¹⁶

Tal sistema de instrução testemunhal, já adotado em Portugal¹⁷ e na Itália¹⁸, não deve demorar a ingressar no ordenamento jurídico brasileiro, pois se aprovada a reforma do Código de Processo Penal (ante-

¹⁴ Ob. cit., p. 152/153.

¹⁵ Ob. cit., p. 189/190.

¹⁶ Ob. cit., p. 190.

¹⁷ O Código de Processo Penal português, em seu art. 348, dispõe que, na audiência "seguidamente a testemunha é inquirida por quem a indicou, sendo depois sujeita a contra interrogatório. Quando neste forem suscitadas questões não levantadas no interrogatório directo, quem tiver indicado a testemunha pode reinquiri-la sobre aquelas questões, podendo seguir-se novo contra-interrogatório com o mesmo âmbito" (§ 4º). Os julgadores também podem fazer reperguntas: "os juízes e os jurados podem, a qualquer momento, formular à testemunha as perguntas que entenderem necessárias para esclarecimento do depoimento prestado e para boa decisão da causa" (§ 5º).

¹⁸ O Código de Processo Penal italiano de 1988 instituiu o "esame diretto e controesame dei testimoni", determinando em seu art. 498 que "le domande sono rivolte direttamente dal pubblico ministero o dal difensore che ha chiesto l'esame del testimone". Ao juiz, são deferidos poderes integrativos suplementares, a teor do art. 506 do "Codici": "Il presidente anche su richiesta di altro componente del collegio può rivolgere domande a testimoni, ai periti e ai tecnici, alle persone indicate dall'articolo 210 ed alle parti già esaminate, solo dopo l'esame e il controesame".

projeto nº 4.205/2001) que tramita no Congresso Nacional, ficará assim redigido o art. 212 do CPP:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Por outro lado, o que não nos parece possível, por absolutamente incompatível com um processo penal democrático, é **a atribuição de poderes persecutórios ao juiz antes de deflagrada a ação penal**, como v.g., a requisição de inquérito policial, a fixação de prazo para conclusão de procedimentos investigatórios à Polícia e, mesmo, o controle da obrigatoriedade do exercício da ação penal.

A propósito, lamenta-se que a Lei nº 9.034/95, em seu art. 3º, tenha criado a figura do juiz investigador, que **pessoalmente** e antes da instauração do processo, deve colher dados, documentos e outras informações em locais predeterminados pela Polícia.

Adotamos, aqui, a contundente opinião de Luiz Flávio Gomes, para quem,

o legislador, a pretexto de resguardar o sigilo probatório (sigilo este decorrente da tutela da privacidade das pessoas) acabou criando - dizemos isso com a devida vênia - uma monstruosidade, qual seja, a do juiz inquisidor (...). A lei, ao atribuir ao juiz a tarefa de colher provas fora do processo, quebrou o princípio da imparcialidade e, assim, violou o devido processo legal previsto no art. 5º, LIV. Também por isso é inconstitucional. A radical mudança da posição constitucional do juiz brasileiro, não fosse derivada de uma disposição inconstitucional e, portanto, inválida, configuraria, como afirmamos, um clamoroso retrocesso. Seria um caminhar na contramão da história. A tendência moderna não é transformar o juiz em protagonista principal da colheita de provas. Exatamente o oposto vem ocorrendo. O juizado de instrução napoleônico está em descrédito e em decadência.¹⁹

¹⁹ GOMES, Luiz Flávio; CEVINI, Raúl. **Crime organizado. Enfoques criminológico, jurídico (Lei nº 9.034/95) e político criminal**, São Paulo, RT, 1995, p. 103-1114.

Nesse sentido, vale registrar a recente decisão do Plenário da Suprema Corte que, julgando ADI intentada pela Exmo. Sr. Procurador-Geral da República (nº 1517), em 12.2.2004, por maioria de votos, **declarou a inconstitucionalidade do dispositivo em comento** afastando-o definitivamente do ordenamento jurídico brasileiro.

À guisa de conclusão, podemos afirmar que, depois da Carta de 1988, ao juiz não podem mais ser atribuídos poderes inquisitórios na fase pré-processual, e os que forem exercidos *ex officio* durante o processo, hão de sê-lo com comedimento e eqüidistância, podendo a lei vir a limitar tal atividade, a exemplo do que já se faz no direito italiano²⁰.

Entre correr o risco de obter um primeiro veredicto parcial e o sacrifício da verdade *possível*, preferimos o primeiro, até porque eventuais erros do julgador sempre poderão ser corrigidos na segunda instância, onde oficiam magistrados que não participaram da instrução criminal nem da colheita da prova. Demais disso, parece certo que a segunda opção aqui referida - sacrifício da verdade *possível* - também resultaria num julgamento parcial e, pior do que isso, injusto ...

A propósito, não há indícios de que, num futuro próximo, a regra do art. 156, segunda parte, do atual Código de Processo Penal venha a ser excluída do ordenamento jurídico brasileiro. Ao revés, ela foi expressamente mantida tanto no antigo anteprojeto de reforma daquele diploma elaborado pelo Prof. Frederico Marques²¹, quanto no texto recentemente redigido pela comissão presidida pela Prof^a. Ada Pellegrini Grinover. É o que prevê o anteprojeto de Lei nº 4.205/2001, que tramita no Congresso Nacional.

Releva notar, por último, que o código-modelo de processo penal para a América Latina, que já inspirou o direito positivo interno de países como o Uruguai e Costa Rica, determina aos julgadores "*el deber de procurar por sí la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos*", ressaltando porém que tal atividade só pode ser exercitada "*durante el juicio*", e em determinadas circunstâncias e condições (art. 147, 1^a e 2^a partes, respectivamente).◆

²⁰ A propósito, assim dispõe o art. 190-2 do **Codice de Procedura Penale italiano**: "*la legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio.*"