

O ativismo judicial no processo penal e a imparcialidade do juiz

Autor: Artur César de Souza

Juiz Federal

Publicado na Edição 17 - 25.04.2007

Resumo: Um aspecto importante a ser destacado diante do princípio da imparcialidade é a questão dos poderes instrutórios do juiz no âmbito do processo penal. É muito comum pôr-se em dúvida doutrinariamente a atuação ex officio do magistrado quando diante da produção probatória, afirmando-se que tal atividade põe em risco a imparcialidade judicial e a própria natureza do sistema acusatório. Contudo, a nova perspectiva do processo civil reclama maior atuação do juiz em prol de uma atividade que tenha por objetivo um processo justo e equo. A mesma linha de pensamento deve ser desenvolvida no âmbito do processo penal. A fim de se estabelecer uma posição quanto a essa questão, passa-se a seguir a uma análise detalhada em relação a alguns aspectos que envolvam o binômio poder instrutório/imparcialidade.

Palavras-chaves: Ativismo judicial. Self restraint. Poderes instrutórios. Sistema acusatório. Imparcialidade.

Sumário: Introdução. 1. Uma análise da questão sob a égide do sistema acusatório. 2. Os princípios informadores do processo penal e civil como critério diferenciador da atividade probatória ex officio. 3. O princípio acusatório e o objeto do processo. 4. O ativismo judicial probatório e a paridade de armas. 5. A produção probatória ex officio no direito comparado. 6. A atividade probatória ex officio e o princípio in dubio pro reo. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

É muito comum na doutrina e na jurisprudência indagar-se sobre a atividade exercida pelo juiz no âmbito da instrução do processo penal, principalmente quanto à sua atuação no que diz respeito à produção probatória ex officio.

Postula-se, ainda hoje, a figura de um juiz neutro, equidistante das partes e sem qualquer possibilidade de atuação probatória no processo penal.

Sustenta-se que uma atuação mais incisiva do magistrado na relação jurídica processual penal poderá causar mácula ao princípio da imparcialidade do juiz, bem como ao sistema acusatório que rege o processo penal dos países intitulados democráticos.



O ativismo judicial é ainda contestado em face da perspectiva self restraint dos mais conservadores.

Este trabalho tem por objetivo sustentar que a atividade probatória do juiz, desde que respeitados alguns critérios, não fere o princípio da imparcialidade, muito menos causa prejuízo ao sistema acusatório que rege o processo penal brasileiro.

Para tanto, adotar-se-á o método dedutivo crítico, com ênfase no direito comparado, sempre tendo como fio condutor a maior desenvoltura do magistrado no âmbito da relação jurídica processual penal.

1. Uma análise da questão sob a égide do sistema acusatório

O método dialético desenvolvido no processo e a condução do órgão jurisdicional a uma posição suprapartes fizeram com que certo setor da doutrina considerasse o juiz mero espectador mudo, inerte, nada além de um observador do confronto entre os litigantes, os quais seriam os verdadeiros donos e únicos dominus litis,

“(...) debido a la vigencia de los principios dispositivos y de aportación de parte, en el proceso civil, y al principio acusatório en el proceso penal”.(1)

Em relação ao processo civil, desde a vigência das Ordenações do Reino de Portugal, a legislação processual, em princípio, deixou-se influenciar pelo figurino francês do Juiz sem expressão, mais ou menos inerte, silencioso, passivo. É, na verdade, “a bizarra figura do Juiz fantoche ou Juiz manequim”.

O processo em que o juiz se mostra um mero “fantoche” está nitidamente demarcado pelo princípio individualista nascido da Revolução Francesa.

No que diz respeito ao processo penal, a questão inverte-se.

Inicialmente, no processo penal, a postura do órgão jurisdicional era mais dinâmica, pois o processo apresentava um caráter nitidamente inquisitório.(2)

Posteriormente, esse modo de atuação passou a sofrer restrição, exigindo-se como forma de garantir a imparcialidade judicial a passividade do julgador (está-se diante do sistema acusatório).(3) Esse princípio é mais evidente na questão da produção probatória, pois o juiz, ao exercer de ofício a iniciativa probatória, poderia estar

sujeito a prejudgamentos em relação à matéria que lhe fora trazida à decisão.(4)

No processo penal acusatório “puro” de origem anglo-saxã, as partes são as únicas capacitadas a aportar as provas, “partisan fact-gathering”, ao processo. E isso decorre porque o processo, como instrumento técnico que é, somente se concebe de forma unitária, “(...) bajo una misma filosofia liberal antiintervencionista con distintos fundamentos gnoseológicos y sociológicos”.(5)

O processo do tipo acusatório, segundo Gian Domenico Pisapia, é historicamente ligado ao sistema do giuria popolare, que emite um veredicto, de regra imotivado, enquanto ao juiz é reservado exclusivamente o dever de determinar a pena com base na afirmação de culpabilidade operada pelo júri.(6)

Em face desse novo remodelamento do processo penal, em torno do princípio acusatório, o órgão jurisdicional viria a ocupar uma posição distinta das partes, de neutralidade, o que lhe permitiria apreciar a questão sem se deixar conduzir por paixões, sem desigualar ou desequilibrar a posição dos sujeitos da relação jurídica, alcançando um resultado mais justo e segundo os ditames dos direitos fundamentais do acusado.

Introduz-se, dessa maneira, uma alteração importante no panorama probatório do processo penal, na medida em que desaparece a figura do órgão jurisdicional como sujeito ativo da instrução do processo. Ao mesmo tempo, reclama-se a participação do Ministério Público como parte da relação jurídica processual penal, desvinculado e separado do poder executivo, permitindo-lhe assumir muitas das funções que o órgão jurisdicional teve que abandonar para se instalar numa posição interpartes da relação.

Essa nova perspectiva do processo penal, regida pelo princípio acusatório, fez com que, por exemplo, a jurisprudência e a doutrina passassem a enaltecer o aludido sistema, consagrando-o de forma quase absoluta, afirmando que não haveria mais possibilidade de se discutir eventual participação do órgão jurisdicional na questão da produção probatória. Realçou-se a formulação de um binômio: princípio acusatório = quietude probatória do órgão jurisdicional.(7)

Mas essa postura doutrinária e jurisprudencial que visa identificar o princípio acusatório à quietude probatória do órgão jurisdicional não está imune a críticas, pois: “(...)mientras que por un lado se reclama mayor actividad probatória judicial en el orden civil, por el outro se abogaba por la quietud del órgano jurisdicional en el orden penal”.(8)

Evidentemente que a referência a esse paradoxo não tem por finalidade a postulação de uma teoria geral dos poderes do órgão jurisdicional em matéria probatória.

Em que pese não se sustente uma teoria igualitária no quadro probatório para ambos os ramos processuais, observa-se com certa reserva o pensamento que proclama um tratamento indiscutivelmente diferenciado quanto à iniciativa probatória ex officio do juiz no âmbito dos processos civil e penal. A moderna concepção de processo (seja ele civil ou penal) que o concebe como um instrumento do poder desenvolvido através de uma relação jurídica em contraditório, reclama um maior intercâmbio na condução probatória entre os sujeitos processuais, seja no processo civil, seja no processo penal.(9)

Na atualidade, e desde que superada a concepção de oficialidade em todos os sistemas civilizados, pode-se afirmar que não existe um modelo adversarial puro, nem mesmo o processo norte-americano ou qualquer outro de origem anglo-saxã entendem o processo como processo de partes com caráter absoluto, senão de que o predomínio adversarial dependerá da fase processual.(10) É necessária a libertação do clamor histórico da época da República romana, fonte inspiradora do modelo acusatório, através do processo das "questiones", ley Calpurnia, 149 a.C., e das leis Acilia ou Sempronia, 123 ou 112 a. C., em que se estabeleceu que para certos delitos públicos sua persecução pelo Estado poderia estar condicionada à iniciativa de um cidadão privado como acusador.(11)

Não se pode continuar simplesmente apegado acriticamente ao passado, pois sequer para os herdeiros do Império Romano há servido o princípio acusatório "puro" de inspiração.

Aliás, conforme já teve oportunidade de afirmar Gian Domenico Pisapia, "(...) in nessun paese oggi è più accolto né il sistema accusatorio puro né quello inquisitório".(12)

Portanto, fragilizada encontra-se a justificação da inércia probatória do juiz no processo penal consubstanciada no sistema acusatório.

Conceber a impossibilidade de se atribuir atividade probatória ao órgão jurisdicional como manifestação do princípio acusatório, anota Joan Pico i Junoy, é somente o resultado de uma evolução jurisprudencial pouco reflexiva, que, tendo por intenção reforçar ao máximo as garantias de imparcialidade, não observou que o processo é um instrumento que possuem os juízes e os tribunais para levar a bom termo sua função jurisdicional (artigo 117 da Constituição espanhola), pelo que é totalmente inadequado não atribuir ao julgador as faculdades necessárias que lhe permitam cumprir justa e

eficazmente a função jurisdicional, sem menosprezar, é evidente, algum direito processual das partes.(13)

Na verdade, a maior ou menor participação do órgão jurisdicional no campo probatório decorre de cada situação fática, e segundo a necessidade de consagrar concretamente determinados valores fundamentais que servem de garantia ao processo penal.(14)

2. Os princípios informadores dos processos penal e civil como critério diferenciador da atividade probatória *ex officio*

Não sendo o sistema acusatório, por si só, fundamento para justificar a inércia probatória do juiz no processo penal, seria talvez a natureza dos princípios que regem cada processo (civil ou penal) a razão suficiente para se postular um tratamento diferenciado em cada ordem processual?

Até pouco tempo, o pensamento tradicional moldava a ordem processual civil com base na figura de um juiz passivo e inerte no âmbito da instrução probatória com fundamento no denominado princípio dispositivo(15) e do que seria seu corolário lógico: "aportación da parte" ou "contribuição da parte".

Para Enrico Tullio Liebman (defensor do princípio da "contribuição da parte" como exigência para salvaguardar a imparcialidade no processo civil), não se pode duvidar que a imparcialidade do juiz fica comprometida quando deva julgar com base em prova eleita e buscada por ele mesmo e por sua iniciativa desenvolvida no processo.(16)

No processo penal, ao contrário, num primeiro momento e com base no princípio da oficialidade, o juiz deveria mostrar-se mais ativo na realização dos atos probatórios para alcançar a verdade. (17)

Ocorre que, tanto no processo civil como no processo penal, esse panorama vem sofrendo profundas modificações, conforme já se teve oportunidade de realçar.

Na ordem processual civil, a doutrina vem sustentando como justificação teórica para ampliação da atividade probatória do órgão jurisdicional a existência de uma crise na construção das "Máximas" alemãs, origem da elaboração do "princípio dispositivo".

A doutrina alemã, no início do século XX, já vinha consagrando a diferenciação entre "princípio dispositivo em sentido estrito" e o princípio de "contribuição da parte" ou "aportación de parte". Com base nessa distinção, o princípio dispositivo permaneceria preservando à disposição da parte o início do processo, assim como a

possibilidade de encerrá-lo mediante a renúncia, transação e desistência, tendo a parte domínio sobre o próprio objeto do processo. Contrário sensu, o princípio da “contribuição da parte” não teria caráter necessário, seria contingente. O fato de que somente as partes poderiam aportar ao material fático e aos meios de prova conferidos pelo sistema jurídico seria uma opção do legislador que não teria porque subsistir, ao menos de forma plena. Tal postura é uma tentativa de se desligar a atividade probatória do princípio dispositivo. O princípio dispositivo deveria ser mantido apenas em relação ao momento em que o litígio possa ser invocado pela petição da parte, e como delimitador da decisão sobre a matéria litigiosa inserida dentro dos limites da demanda. Porém, uma vez que as partes determinaram o alcance do litígio, deve ficar a cargo do juiz realizar o que for necessário para o esclarecimento do assunto; não se pode deixá-lo reduzido aos fatos e meios de provas apresentados pelas partes. (18)

Em face dessa concepção doutrinária alemã, em que se realiza uma efetiva diferenciação entre o princípio dispositivo e o princípio da participação da parte, é que atualmente se postula uma ampliação dos poderes instrutórios do juiz no processo civil.

No processo penal, conforme já se asseverou, a corrente dominante advoga uma maior atuação do “princípio acusatório”, cuja consequência mais evidente é a passividade probatória do órgão jurisdicional.

Parece, assim, que o processo civil e o processo penal resultam de jogos(19) distintos de princípios que imperam em cada um deles, baseados por sua vez nos diferentes interesses que se pretende tutelar, percorrendo caminhos diversos, senão, por vezes, opostos.

Em face dessa incongruência doutrinária, não teve dúvida em afirmar De La Oliva Santos:

“Adviértase, por último, que el procesalista se encuentra ante una situación muy próxima a la de tener una doble personalidad. Por un lado se viene sosteniendo que deben aumentarse los poderes del Juez civil, terminando con el Juez espectador, hasta reconocerle la posibilidad de que ordene pruebas de oficio, y, al mismo tiempo y por otro lado, se dice que hay que limitar los poderes del Juez penal, hasta el extremo de que no pueda ordenar pruebas de oficio, con lo que se le convierte en Juez pasivo. Estamos incurriendo en el absurdo de afirmar y negar una misma cosa, con lo que podemos estar muy próximos a la esquizofrenia.”(20)

E essa “dupla personalidade” torna-se muito mais evidente quando se sustenta a inércia do órgão jurisdicional no processo penal, não só

em razão do princípio acusatório “absoluto”, mas, principalmente, pelo fato de que eventual atividade probatória ex officio macularia a imparcialidade do juiz, como se a imparcialidade judicial pudesse ontologicamente ser coisa distinta no âmbito do processo civil e do processo penal. (21)

Somente diante de uma “esquizofrenia”, nos termos de De La Oliva Santos, é que se pode sustentar que a atividade probatória ex officio do órgão jurisdicional no processo civil não causa qualquer dano ao direito fundamental de um juiz imparcial, e, ao mesmo tempo, mudar o discurso diante do processo penal. Em outras palavras:

“(..) la consideración de si el órgano jurisdiccional pierde su imparcialidad cuando practica actividad probatoria es válida en todos los procesos jurisdiccionales, sin que puedan crearse compartimentos estancos basados en principios antagónicos.”(22)

Aliás, se o princípio ou direito fundamental da imparcialidade fosse motivo suficiente para impedir alguma instituição de realizar atividade processual probatória, a maioria dos atos instrutórios praticados pelo Ministério Público no processo penal seriam inválidos, pois, modernamente, não se concebe a existência de um órgão do Ministério Público que não seja imparcial.

Em relação ao Ministério Público seria correto afirmar:

“(...) que es una parte imparcial y determinada por la legalidad, pero en cambio se admite que un mismo Fiscal participe en la instrucción (y en algunos países incluso la realiza el mismo) y luego acuse en el juicio oral, para el cual, si el intervenir en la instrucción afectara a la imparcialidad, habría dejado de ser parte imparcial (...) no podrá negar-se que si el haber participado en la instrucción afecta a la imparcialidad, también debería de afectar a la del Ministerio Público.”(23)

É bem verdade que, para parte da doutrina, o que se exige do Ministério Público é a denominada imparcialidade subjetiva, afirmando-se que a imparcialidade objetiva se restringiria apenas à atividade jurisdicional. Em razão disso, a atividade instrutória desenvolvida pelo Parquet na relação jurídica processual penal não faz com que ele perca a imparcialidade subjetiva.

Contudo, conforme já tivera oportunidade de afirmar o próprio Joan Pico I Junoy, além de ser criticável a distinção entre imparcialidade subjetiva e objetiva, é possível observar que todas as causas concernentes à imparcialidade objetiva, de certa maneira, afetam a denominada imparcialidade subjetiva.

Não é suficiente, assim, constatar o fato de que o juiz sentenciador realizou atos de natureza instrutória, senão que é preciso demonstrar, mesmo que indiciariamente, que aludida atividade, concretamente, possibilitou provocar em seu ânimo prejuízos que efetivamente comprometeram sua imparcialidade.

Diante disso, o recurso à imparcialidade do juiz como mecanismo de proibição de atividade probatória ex officio do juiz deve apresentar tratativa unívoca tanto no processo penal como no processo civil, não se concebendo diferenciações abstratas e inconsistentes.(24)

Na verdade, não há princípios autônomos ou distintos que justifiquem tratativa diferenciada em relação à iniciativa probatória em cada âmbito processual, razão pela qual, se se postula maior ampliação dos poderes instrutórios no processo civil, o mesmo deverá acontecer em relação ao processo penal, e vice-versa.

3. O princípio acusatório e o objeto do processo

Ainda quanto à questão da atividade probatória ex officio do juiz, observa-se que há um erro jurídico elementar na posição doutrinária e jurisprudencial que reclama um tratamento diferenciado no processo civil e no processo penal quanto à iniciativa probatória do juiz. Esse erro consubstancia-se no fato:

“(...) de no distinguir entre objeto del proceso y proceso mismo: si bien respecto del primero el juzgador no puede tener iniciativa; con referencia al proceso debe atribuírsele, con ciertos límites, la posibilidad de actuar ex officio, pues sólo así el proceso se convierte en un instrumento idóneo para alcanzar la efectiva y real tutela, por parte del Estado, de los intereses en conflicto.(25)

O juiz não deve realizar atividades probatórias que tenham por finalidade alterar o objeto do processo delimitado pelo princípio acusatório, pois, caso contrário, estaria fazendo às vezes de um juiz inquisitor e, conseqüentemente, ferindo o princípio da imparcialidade.

A questão, na verdade, não é de se justificar a inércia do julgador no princípio acusatório, mas estabelecer o âmbito de aplicação desse princípio quanto à iniciativa ex officio do órgão jurisdicional.

Nesse aspecto, conforme afirma José Antonio D. Cabiale, pode-se formular contornos precisos em relação ao princípio acusatório:

“(...) el principio acusatorio exige que todos los hechos que sirvan para la identificación del objeto del proceso sean introducidos y mantenidos hasta el trámite de las calificaciones definitivas, por una persona distinta al órgano jurisdiccional.”(26)

O princípio acusatório incide, portanto, no âmbito dos fatos articulados pela peça inicial da persecução penal, impedindo que o órgão jurisdicional introduza no âmbito da relação jurídica processual penal outros fatos que não aqueles delimitados pela acusação; o princípio acusatório, *nemo iudex sine actore*, pode ser interpretado como “nenhum fato (que identifica o objeto) sem acusador”.(27)

Por outro lado, em que pese o juiz não tenha disponibilidade sobre o objeto do processo, o qual foi delimitado pelo conteúdo fático trazido pela parte “acusatória”, o mesmo não ocorre em relação ao resultado da atividade jurisdicional, sempre dependente das provas apresentadas e colhidas na relação jurídica processual.

Tendo em vista que a atividade jurisdicional visa a um processo justo e equânime, justifica-se que o órgão jurisdicional possa realizar as diligências necessárias no sentido de concretizar e alcançar a efetiva tutela jurisdicional, sem que se possa falar em mácula ao princípio acusatório ou ao princípio da imparcialidade do juiz.

Há, portanto, que se distinguir entre provas e fatos (“*probata*” et “*allegata*”), pois constituem realidades distintas. Enquanto o elemento fático identifica a “causa de pedir” e, assim, somente é essencial no momento de se delimitar o objeto do processo, a prova de sua constituição é inerente ao desenvolvimento da relação jurídica processual e está intimamente ligada ao resultado último da atividade jurisdicional.(28)

Além do mais, qualquer atividade prejudicial à imparcialidade do juiz durante o desenvolvimento de sua atividade probatória *ex officio*, será suficiente que o juiz instrutor, assim como na Espanha, não realize o julgamento.

4. O ativismo judicial probatório e a paridade de armas

Estando a atividade jurisdicional vinculada ao direito público, justifica-se um maior ativismo probatório do juiz no processo. Esse argumento que foi muito utilizado para ampliar os poderes instrutórios do juiz no processo civil,(29) com maior razão serve de suporte para o processo penal.

Se o exercício do poder jurisdicional prende-se à tutela do direito de liberdade em face do *jus puniendi* estatal, tudo o que possa contribuir para a realização dessa finalidade deve ser, em princípio, bem recebido e aprimorado.

A busca incessante por um processo justo e equo não convive com o postulado de inércia ou apatia de qualquer sujeito da relação jurídica processual.

O juiz, muitas vezes, na incansável perseguição a um processo justo e equo, depara-se com o total desequilíbrio das partes na relação jurídica processual, o que poderá causar sérios prejuízos ao princípio da igualdade de armas.

É dever do órgão jurisdicional zelar pela igualdade de armas.

A existência de uma desigualdade de armas entre os sujeitos da relação jurídica processual e a exigência de inércia do órgão jurisdicional são posturas incongruentes que não se adequam ao caráter público do poder jurisdicional.(30)

A perspectiva apresentada neste trabalho de maior ativismo judicial no âmbito do processo penal tem justamente por objetivo preservar o embate modernamente civilizado de uma autêntica “paridade de armas”, razão pela qual: “(...) onde se perceba, nesse embate, um injustificado desequilíbrio da balança a favor de uma das partes, não se pode esperar justiça da sentença, quer pelo fato em si mesmo injusto, quer pela ilação de que não se chega ao conhecimento da verdade diante de duas versões ou afirmações contrárias se a uma e outra parte não se confere igual chance de dizer e demonstrar o que alega.”(31)

Sob a perspectiva da igualdade de armas, Vittorio Denti define a posição do juiz como resultado de uma dupla concepção garantista, que visa a salvaguardar dois princípios fundamentais, liberdade e igualdade. Essa dupla concepção seria: a) vetor-garantístico – baseado na defesa do princípio dispositivo em um sentido processual, isto é, como garantia de neutralidade e imparcialidade do juiz; b) “neogarantístico”, que procura a efetiva igualdade das partes.(32)

A efetiva igualdade das partes reclama, também, a efetividade do contraditório, pois:

“(...) Effettività del contraddittorio non significa, peraltro, soltanto dibattito delle questioni tra le parti, ma concreto esercizio del diritto di difesa ai fini della formazione del convincimento del giudice, e, quindi, garanzia che la difesa non sia lacunosa o insufficiente. I poteri istruttori d’ufficio si collocano così in un quadro più ampio, che abbraccia tutte le iniziative volte a rendere effettiva la difesa, in diritto e in fatto (...).”(33)

É necessário, portanto, estabelecer-se mecanismo que possa compensar essa desigualdade congênita e permita a todos que participarão da relação processual atuarem em igualdade de armas.

A partir do momento em que se postula a existência de um processo justo e equo, legitima-se maior atuação do órgão jurisdicional tanto no processo civil como no processo penal, uma vez que eventual atividade probatória *ex officio* não tem o condão, por si só, de ferir o direito fundamental ao juiz imparcial.

Recorde-se que o exercício probatório realizado pelo órgão jurisdicional tanto pode reforçar a tese da acusação, como, pelo contrário, favorecer ao acusado. “Entre otras cosas porque esa actividad puede versar tanto sobre los hechos que dan lugar a la responsabilidad criminal como sobre los hechos que la excluyen”.(34)

Além do mais, assim como nenhuma das partes da relação jurídica processual penal tem absoluta certeza sobre o resultado do meio de prova a ser realizado, muito menos o órgão jurisdicional possui essa certeza, “(...) por lo que ni siquiera la decisión de acordar la práctica de prueba sobre un hecho implica una predeterminación del resultado”.(35)

Mas qual seria a razão desse ativismo exercido pelo órgão jurisdicional e que o conduz à realização de ofício de alguns meios de prova visando à paridade de armas? A resposta está consubstanciada na:

“(...) busca tan sólo determinar la verdad o no del hecho para poder dictar la sentencia más justa, en cuanto se acomode lo mejor posible a la realidad. Esta es la diferencia fundamental entre la práctica de la prueba por parte del órgano jurisdiccional y la de la parte.”(36)

Não se pode negar, evidentemente, que sempre haverá um componente ideológico na escolha de uma posição a favor ou contra da participação do juiz na atividade probatória.(37) Porém, mais importante que esse componente ideológico, é estabelecer a justa medida dessa participação.

5. A produção probatória *ex officio* no direito comparado

A Lei portuguesa n. 43, de 26 de setembro 1986 (Lei de Autorização Legislativa em Matéria de Processo Penal), que autorizou ao Governo Português aprovar um novo Código de Processo Penal e revogar a legislação vigente sobre essa matéria (art. 1º), prescreveu a observância do princípio da investigação judicial como medida de participação do juiz na atividade instrutória do processo penal. Esse

princípio foi assim formulado no artigo 2º, alínea 4, da Lei autorizativa:

“1 - O Código a elaborar ao abrigo da presente lei observará os princípios constitucionais e as normas constantes de instrumentos internacionais relativos aos direitos da pessoa humana e ao processo penal a que Portugal se encontra vinculado.

2 - A autorização referida no artigo anterior tem o seguinte sentido de expressão:

(...)

4 – Estabelecimento da máxima acusatoriedade do processo penal, temperada com o princípio da investigação judicial.” (grifo nosso)

O princípio da investigação judicial,(38) recomendado pela Lei autorizativa, foi efetivamente consagrado no Capítulo III – Da produção da Prova – artigo 340º (Princípios gerais) do Código de Processo Penal Português, com as seguintes características: O Tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessária à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. Se o tribunal considerar necessário a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da acta.

Muito embora o modelo processual penal português tenha carácter nitidamente acusatório, não há qualquer incompatibilidade de que venha a ser temperado pelo denominado princípio da investigação judicial, também conhecido pelo nome de princípio da verdade material.(39) Trata-se, portanto, de uma estrutura acusatória integrada pelo princípio da investigação judicial.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português legitima o princípio da investigação judicial, estabelecendo para o seu exercício alguns requisitos, a saber:

“1) O princípio da investigação oficiosa no processo penal tem os seus limites previstos na lei e está condicionado, desde logo, pelo princípio da necessidade, uma vez que só os meios de prova cujo conhecimento se afigure necessário para habilitar o julgador a uma decisão condenatória ou absolutória devem ser produzidos por determinação do tribunal na fase do julgamento, oficiosamente ou a requerimento dos sujeitos processuais.(40)

2) Resulta dos princípios da verdade material e da investigação, contidos, respectivamente, nos n.s. 1 e 2 do art. 340º do CPP, que o tribunal tem o poder-dever de investigar o facto sujeito a julgamento e construir por si mesmo os suportes da sua decisão,

independentemente das contribuições dadas para tal efeito pelas partes em litígio. Daqui resulta que o tribunal deve, oficiosamente ou a requerimento das partes, ordenar a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure essencial à descoberta da verdade e à boa decisão da causa, não estando, obviamente, circunscrito aos meios de prova constantes da acusação, da contestação ou da pronúncia (...).”(41)

O princípio da investigação judicial significa, em última análise, que recai sobre o juiz o ônus de investigar e determinar oficiosamente o fato e a autoria submetidos à apreciação judicial. Ele impede

“(...) que recaia sobre as partes qualquer ônus de afirmar, contradizer e impugnar, e impõe ao tribunal que se socorra não apenas dos meios de prova apresentados pelos sujeitos processuais, mas que recorra oficiosamente a outros meios cujo conhecimento se afigure necessário à descoberta da verdade e boa decisão da causa.”(42)

Segundo afirmam Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, o princípio da investigação criminal do direito português recai sobre o órgão jurisdicional a quem se confere o dever de investigar e esclarecer, se necessário oficiosamente, o fato submetido ao julgamento, retirando-se das partes – Ministério Público e defesa – qualquer ônus da prova.(43)

No processo penal alemão, por sua vez, o Juiz está investido na obrigação de apurar a verdade material, razão pela qual, já na fase intermediária do procedimento, pode dispor de atuações probatórias para o melhor descobrimento dos fatos.

Para Ernst Beling, a investigação da verdade material, enquanto critério que vai marcar as diferenças entre as atividades probatórias penal e civil, denota-se pelas seguintes características:

- a) não existe a obrigação das partes em provar os fatos;
- b) que a conformidade dos fatos alegados pelas partes não exime o juiz de sua comprovação;
- c) não existe a figura do ônus da prova formal, assim o juiz pode utilizar os meios que estime conveniente;
- d) o juiz é quem dirige a prática da prova; e
- e) o juiz tem toda liberdade para investigar a verdade, ainda que existam proibições probatórias.(44)

A verdade material como finalidade do processo penal alemão implica a possibilidade de o juiz alemão estender o conteúdo probatório para além daquele que fora delimitado pelas partes. Por isso, "(...) el Juez no es en el proceso penal alemán, por consiguiente, un árbitro neutral, sino que procura él mismo activamente la investigación de la verdad de oficio".(45)

O poder instrutório do juiz também é previsto no processo penal francês, que manteve o juízo de instrução do Código de 1808 (Código de Processo Penal).

O artigo 729 da LECrim. reconhece a possibilidade de o juiz realizar provas em caráter complementar, in verbis:

"(...)":

1. Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

2. Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación."

Ao comentar o artigo 729 da LECrim., José Antonio Diaz Cabiale afirma não haver dúvida de que o processo penal espanhol rege-se pelo princípio da aportación de parte; porém, em caráter excepcional, permite-se a atividade probatória do órgão jurisdicional para comprovar algum fato que as partes lhe tenham submetido à consideração, seja por falta de prova essencial, seja porque as provas realizadas no processo por iniciativa das partes não foram suficientes para eliminar a dúvida do órgão jurisdicional sobre algum fato relevante. Na verdade, o artigo 729 da LECrim. somente se pode compreender de duas maneiras: ou se consagra a investigação de ofício, e com isso se coloca em relevo uma incongruência e falta de sistematização do legislador, ou simplesmente se considera como uma exceção ao princípio da aportación de parte. A conclusão parece evidente, o processo penal espanhol se rege pelo princípio da "aportación da parte" no juízo oral, e a atividade jurisdicional probatória somente pode ser entendida como sendo de aspecto excepcional, isto é, quando seja "absolutamente necessária" sua realização e, fundamentalmente, de forma subsidiária ou complementar.(46)

Em que pesem os termos estabelecidos pela LECrim espanhola não sejam suficientemente claros a tal respeito, a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol vem reiteradamente afirmando que

a finalidade do processo penal consiste em alcançar a verdade material, razão pela qual se justifica a produção probatória judicial ex officio. (47)

O próprio Tribunal Constitucional espanhol, em algumas decisões, tem reconhecido que, em determinadas situações concretas, a iniciativa probatória ex officio judicis não configura quebra da imparcialidade judicial. A decisão proferida na STC 188/2000, de julho (RTC 2000, 188 - caso: Suspensión de pagos de Las Casas de Bendinat), ressaltou:

“El problema se sitúa en la iniciativa del juzgador para realizar actuaciones de impulso probatorio, tal como aparece recogido en el art. 729.2 LECrim. A juicio del TC, no cabe descartar ‘la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria ‘ex officio judicis’ prevista en el art. 729.2 LECrim, que pudiera llevar a desconocer las exigencias insitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado (sic) los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto’ . Y eso es lo que el TC lleva a cabo en el F. 3 de la citada sentencia: ‘Pues bien, cuando – como aquí es el caso – se adopta una iniciativa probatoria ‘ex officio judicis’, no de forma inopinada y sorpresiva, ni como parte de un plan preconcebido por el juzgador, sino como propuesta asumida por las partes acusadoras y en virtud de una decisión razonablemente fundada a partir de la emergencia en el acto del juicio de una fuente adicional de prueba de la que, en buena lógica, cabía esperar una cierta corroboración de los hechos enjuiciados con el objetivo, no de condenar o de exculpar, sino de alcanzar un grado preciso de convicción para adoptar una decisión resolutoria del conflicto, ninguna quiebra de la imparcialidad judicial cabe imputarle al juzgador y ninguna vulneración del principio acusatorio puede entenderse producida.”(48)

Em conclusão e com base nessa rápida exposição de direito comparado, pode-se afirmar que na Europa continental, desde o Século XIX, a possibilidade de o juiz ou Tribunal praticar atividade probatória de ofício é uma realidade e uma constante tradição, “(...) pues en la mayoría de los ordenamientos europeos, la verdad material, se mantiene como una de las finalidades del mismo, incluso en las reformas más recientes (...).(49)

Ao contrário, no modelo desenhado pelo common law não se consagra a verdade material como um dos fins do processo.

Boa parte da doutrina, com base no postulado anglo-saxão, vem sustentando que não é a verdade absoluta ou empírica que deve ser alcançada no processo penal, mas um desiderato em que a equação propugnada seja por uma verdade livre ou imune de manipulação ou influência por parte da acusação ou da defesa; que essa verdade, segundo Fernando Gonçalves e Manuel João Alves, com base na doutrina de Jorge de Figueiredo Dias, não seja “[...] absoluta ou ontológica, há-de ser antes de tudo uma verdade judicial e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço, mas processualmente válida”. (50)

Aliás, um dos fatores que priva a verdade processual da certeza da verdade predicável das proposições experimentais singulares refere-se ao caráter não impessoal do juiz. Este, “(...) por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos”. (51)

O sistema common law evidentemente tem uma preocupação de salvaguardar os direitos do réu que estão em jogo, razão pela qual apresenta uma tendência inata de aumentar o caráter acusatório de um modelo processual penal, tomando-se como padrão o modelo desenhado pelos países anglo-saxões.

Essa noção de verdade contingencial faz com que a finalidade do processo não seja identificada com a procura da verdade em sentido objetivo ou empírico. A verdade pode ser alcançada ou não através do processo, porém isso é uma questão em si absolutamente secundária, pois, acima de tudo, o que se propugna é por um resultado objetivamente racional. Realça-se a concepção isonômica do direito probatório e a prova como argumento, “(...) esto es entendiéndola de forma argumentativa y basada en lo probable, como concepto que sustituye a lo verdadero o cierto”. (52)

O modelo adversarial da atividade probatória que consagra em caráter absoluto e irrestrito o princípio da aportación de parte se baseia impreterivelmente na superação do conceito de verdade objetiva, mediante sua substituição pela prova dialética ou prova como “argumentação”, que é o pressuposto gnosiológico essencial para fundamentar dita concepção. (53)

Pode-se dizer que o modelo inquisitório se conforma de maneira que a finalidade única do processo seja a busca da verdade objetiva, e o acusatório puro faz desaparecer como meta principal aludida finalidade; já o modelo acusatório misto trata de realizar um difícil equilíbrio entre os direitos fundamentais do réu e a busca da verdade. (54)

O juiz, em face da veracidade dos enunciados relativos aos fatos da causa, não mais se expressa em termos absolutos de verdadeiro/falso. Apresentam-se, então, asserções sobre os fatos ou “narrações” dos fatos, mais ou menos atendíveis segundo o suporte probatório apresentado por uma das partes.(55)

A referência neste trabalho ao modelo desenhado pelo common law não teve por finalidade justificar eventual restrição à atividade probatória do juiz no processo penal, uma vez que ao se retirar da finalidade do processo penal a busca por uma verdade material absoluta e indiscutível, redirecionando-a para um resultado baseado na probabilidade, não significa que a iniciativa probatória por parte do órgão jurisdicional deva ser eliminada ou mesmo limitada.

Ao contrário, na busca de um resultado justo, mesmo baseado em probabilidades, legitima-se, mais do que nunca, essa atividade ex officio do juiz.

Na Europa, o processo penal italiano está desenhado de forma a abandonar a tradição continental, para assumir o modelo anglo-saxão, razão pela qual deixou de considerar a verdade real como finalidade do processo penal; contudo, mesmo diante dessa opção de modelo processual, o Código de Processo Penal italiano, em seu artigo 507, mantém a atuação extraordinária do órgão jurisdicional em matéria probatória.

Paolo Tonini, ao estudar a prova no processo penal italiano, leciona que o juiz não pode permanecer inerte quando a inatividade ou a hiperatividade de uma das partes colocar em risco a possibilidade de se atingir o objetivo visado pelo processo penal. O objetivo que se propugna na relação jurídica processual penal (res iudicanda) e o poder de iniciativa probatória devem ser correlatos. Assim, se o objeto da relação jurídica processual é de caráter indisponível, como o é no processo penal, a iniciativa probatória compete em alguma medida ao juiz: “(...) o papel atribuído ao juiz na fase de debates não é o de árbitro de uma discussão em que exclusivamente as partes fornecem os materiais para a decisão”.(56)

O ordenamento jurídico brasileiro seguindo as diretrizes da Europa continental permite expressamente a atuação ex officio do juiz no campo da produção probatória, conforme se percebe pela normatização estabelecida nos artigos 156, 181, parágrafo único, 209, § 1º, 234, 242, 497, inciso XI, 502 e 538 do Código de Processo Penal.(57)

Segundo a Exposição de Motivos do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), da lavra do Ministro Francisco Campos: “O projeto abandonou radicalmente o sistema

chamado certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer, a final, antes de proferir a sentença”.

Na realidade, o próprio direito positivado brasileiro admite a atividade ou iniciativa de ofício por parte do juiz.

Ainda que se admitindo a atividade probatória ex officio do juiz, seja ela principal ou subsidiária, o certo é que essa iniciativa não pode ser meramente discricionária ou aleatória, havendo necessidade de serem estabelecidas algumas condições para o seu exercício.

Segundo Joan Pico i Junoy,(58) três são os requisitos necessários para iniciativa probatória do juiz:

a) Em primeiro lugar, a prova praticada pelo juiz deve limitar-se aos fatos discutidos no processo, como decorrência de sua vinculação ao objeto delimitado pelo princípio acusatório. A atividade probatória não poderá incidir sobre outros fatos que não aqueles circunscritos na denúncia ou na queixa-crime, pois, de outro modo, haveria modificação indevida do objeto do processo. Tendo em vista que os fatos puníveis devem permanecer imutáveis a partir da propositura da denúncia ou da queixa, não poderá o juiz determinar provas que incidam sobre fatos novos, mesmo que essenciais, posto que a peça inicial acusatória vincula o juiz, impedindo-lhe de se desviar dos termos que ela vem formulada ou apreciar fatos ou circunstâncias que não tenham sido objeto de consideração na mesma peça acusatória, nem sobre os quais, portanto, o acusado não tenha tido oportunidade de se defender;

b) em segundo lugar, é necessário que conste dos autos as fontes de prova sobre as quais terá lugar a posterior atividade probatória. Somente assim se evita que o juiz, atuando de modo inquisitivo, perca sua objetividade. Desta maneira, em relação à prova testemunhal, reclama-se a presença de um terceiro que possa ter ciência sobre algum dado processualmente relevante, e que sua identidade tenha sido revelada durante a instrução. No que concerne à prova documental, há necessidade de referência de documento citado por alguma das partes ou por alguma testemunha. Diante da prova pericial, há necessidade de um parecer técnico sobre algum fato relacionado ao processo e que demande conhecimentos especializados; e

c) finalmente, em terceiro lugar, o último e mais importante requisito reclama que o desenvolvimento da prova praticada por iniciativa do juízo seja escrupulosamente realizado em observância ao contraditório e à ampla defesa que todo litigante possui na realização de qualquer meio probatório.(59)

Com base nesse requisito, a prova realizada por iniciativa judicial comporta a possibilidade de que qualquer das partes produza prova contrária, isto é, aquela que lhes permita contradizer os resultados da prova realizada por iniciativa do juiz.

6. A atividade probatória *ex officio* e o princípio *in dubio pro reo*

A última questão a ser desenvolvida em relação à produção probatória *ex officio* diz respeito ao princípio *in dubio pro reo* como corolário do princípio da inocência.(60)

Segundo entende parte da doutrina, o juiz estaria impedido de realizar a produção probatória de ofício, uma vez que, existindo dúvida sobre a existência ou não dos fatos articulados na peça acusatória, a única solução permitida ao julgador seria aplicar o princípio *in dubio pro reo*, proferindo decisão absolutória em favor do acusado, e não eventual produção de prova *ex officio*.

Contudo, observa-se que essa posição doutrinária incide em erro de avaliação quanto ao momento em que se deve utilizar o corolário do princípio da inocência.

Na verdade, o princípio *in dubio pro reo* tem por objetivo fundamentar uma decisão absolutória quando, após a avaliação de todos os meios de prova produzidos em juízo, permanecer uma dúvida razoável no que diz respeito à responsabilidade penal do acusado.

A atividade probatória *ex officio*, por sua vez, desenvolve-se em momento anterior àquele no qual se pode aplicar o princípio *in dubio pro reo*, razão pela qual, durante a fase instrutória, não há falar em dúvida objetiva.

Evidentemente que, se, após a realização das provas necessárias, seja a requerimento do Ministério Público, seja da defesa, seja mesmo por iniciativa do órgão jurisdicional, persistir dúvida objetiva quanto à responsabilidade penal do acusado, a absolvição é de rigor, pois o autor da ação penal não provou os fatos articulados na peça acusatória.

Assim, o princípio *in dubio pro reo* representa um critério de decisão quando o autor da ação penal não cumpre com seu dever (ônus da prova) de provar os fatos articulados na denúncia ou na queixa-crime.

Outrossim, existem vozes doutrinárias que afirmam que no direito processual penal não há seguramente o denominado ônus da prova formal, que confere às partes o dever de provar os fatos alegados através dos meios de prova necessários. Alguns aceitam a existência do ônus da prova material em processo penal, razão pela qual, se o Tribunal, mesmo que através de sua iniciativa ex officio, não conseguir obter a certeza dos fatos indicados na denúncia, permanecendo em dúvida, deverá decidir em desfavor da acusação, absolvendo o réu por falta de prova.(61)

Jorge Figueiredo Dias, ao contestar a figura do Ministério Público acusador, faz severas críticas à afirmação de que, havendo dúvida probatória, deverá o Tribunal decidir em desfavor da acusação.

Para o referido doutrinador português:

“(...) Não parece, porém, que, para lograr a sua correcta compreensão jurídica, seja necessário ou sequer aconselhável (bem pelo contrário) construir um ‘ônus da prova’ em processo penal, que recairia por inteiro sobre a acusação. Tal representaria sempre, pelo menos, uma arbitrária transposição para o processo penal de categorias dogmáticas de processo civil que naquele não devem encontrar guarida. Pois não é exacto que uma absolvição por falta de prova constitua, em processo penal, uma decisão desfavorável à acusação, quando esta seja, como é normalmente, acusação pública (representada em princípio pelo MP). Não é função do MP, com efeito, sustentar ‘a todo o custo’ a acusação contra o argüido, mas sim auxiliar o juiz na descoberta da verdade material; não recai sobre aquele, digamos assim, um ‘dever de acusação’, mas antes um ‘dever de objectividade’: ele não é parte, pelo menos no sentido de que não possui um interesse necessariamente contraposto ao do argüido. E por isso é que, mais do que equívoco, acaba por ser errôneo falar de ônus da prova material a cargo do MP. A absolvição por falta de prova, em todos os casos de persistência de dúvida no espírito do tribunal, não é consequência de qualquer ônus da prova, mas sim da intervenção do princípio in dubio pro reo.(62)

Na verdade, o princípio in dubio pro reo tem por finalidade aduzir que o non liquet na questão da prova deve “[...] ser valorado a favor do argüido, não apenas em relação aos elementos constitutivos do tipo do crime, mas também quanto aos tipos justificadores”.(63)

Mesmo para aqueles que aceitam a existência de um ônus de provar no processo penal, tal circunstância não interfere na iniciativa probatória ex officio realizada pelo órgão jurisdicional.(64)

Aliás, conforme bem lembrado por Nilo Bairros de Brum:

“Nos sistemas processuais como o nosso, que admitem a produção de provas pelo próprio julgador, é possível perceber a atividade valorativa do juiz até mesmo em razão das provas que ele produzir, já que a necessidade de produção de novas provas decorre do fato de ter o juiz julgado insuficientes as provas produzidas pelas partes.”(65)

O princípio da presunção de inocência não é um obstáculo para a iniciativa probatória do juiz; (66) ao contrário, significa, isso sim, que, nas hipóteses em que depois de realizadas todas as medidas necessárias e legítimas para se apurar os fatos inseridos no âmbito da relação processual penal (pro reo ou pro societatis), inclusive ex officio, não for possível chegar a uma conclusão definitiva, deve prevalecer a presunção de inocência e seu corolário in dubio pro reo como regra de julgamento.(67)

Portanto, deve-se observar com certa reserva a afirmação de que a atividade probatória ex officio representaria a usurpação por parte do órgão jurisdicional da atividade do Ministério Público. Na realidade, quando o juiz assim age, como consequência natural do princípio da imparcialidade, desconhece o resultado que possa advir da prova realizada ex officio. Aliás: a nova prova obtida poderá revelar tanto a absoluta impertinência da acusação como a demonstração, por exemplo, de não ter sido o réu o autor da infração penal, como indicar a sua responsabilidade penal, podendo, ainda, transmutar a hesitação em um verdadeiro estado de dúvida.(68)

Conclusão

Não obstante os argumentos apresentados pela doutrina que apóia a visão ainda tradicionalista do self restraint quanto ao exercício da atividade probatória do juiz no âmbito do processo penal, o certo é que o ativismo judicial não representa qualquer risco ao sistema acusatório e ao princípio da imparcialidade do juiz.

Modernamente não há, nem mesmo no ordenamento jurídico anglo-saxão, um sistema acusatório puro. A interligação entre a atuação das partes e do juiz é o resultado de uma atividade jurídica que tem por objetivo final um processo justo e equo.

Outrossim, barreiras externas ao processo penal, como, por exemplo, a pobreza, recomenda maior atuação do magistrado no exercício de seus poderes instrutórios. A desigualdade existente entre a parte que está amparada pela assistência judiciária gratuita e aquela que paga pelo exercício de sua defesa justifica um maior ativismo judicial.

Igualmente não se observa qualquer mácula ao princípio da imparcialidade do juiz (se é que existe efetivamente algum ser

humano totalmente imparcial), uma vez que o exercício dos poderes instrutórios voltados à produção probatória não decorre de uma postura tendenciosa e vinculada aos interesses de uma determinada parte que compõe a relação jurídica processual, mas, sim, ao objetivo último da atividade jurisdicional, que é a busca de um processo justo e equo.

Contudo, essa maior atuação do juiz no campo instrutório do processo penal reclama alguns requisitos elementares, sem os quais corre-se o risco de eventual abuso de poder.

As recomendações de Joan Pico i Junoy são suficientes para que o ativismo judicial seja de conformidade com os postulados dos princípios constitucionais que fundamentam um Estado Democrático de Direito:

a) Em primeiro lugar, a prova praticada pelo juiz deve limitar-se aos fatos discutidos no processo, como decorrência de sua vinculação ao objeto delimitado pelo princípio acusatório. A atividade probatória não poderá incidir sobre outros fatos que não aqueles circunscritos na denúncia ou na queixa-crime, pois, de outro modo, haveria modificação indevida do objeto do processo. Tendo em vista que os fatos puníveis devem permanecer imutáveis a partir da propositura da denúncia ou da queixa, não poderá o juiz determinar provas que incidam sobre fatos novos, mesmo que essenciais, posto que a peça inicial acusatória vincula o juiz, impedindo-lhe de se desviar dos termos que ela vem formulada ou apreciar fatos ou circunstâncias que não tenham sido objeto de consideração na mesma peça acusatória, nem sobre os quais, portanto, o acusado não tenha tido oportunidade de se defender;

b) em segundo lugar, é necessário que conste dos autos as fontes de prova sobre as quais terá lugar a posterior atividade probatória. Somente assim se evita que o juiz, atuando de modo inquisitivo, perca sua objetividade. Desta maneira, em relação à prova testemunhal, reclama-se a presença de um terceiro que possa ter ciência sobre algum dado processualmente relevante, e que sua identidade tenha sido revelada durante a instrução. No que concerne à prova documental, há necessidade de referência de documento citado por alguma das partes ou por alguma testemunha. Diante da prova pericial, há necessidade de um parecer técnico sobre algum fato relacionado ao processo e que demande conhecimentos especializados; e

c) finalmente, em terceiro lugar, o último e mais importante requisito reclama que o desenvolvimento da prova praticada por iniciativa do juízo seja escrupulosamente realizado em observância ao

contraditório e à ampla defesa que todo litigante possui na realização de qualquer meio probatório.

Bibliografia

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

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d.

BELING, Ernst. Derecho procesal penal. Cordoba: Imprenta de la Universidad, 1943.

BRUM, Nilo Bairros. Requisitos retóricos da sentença penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

CABIALE, José Antonio Díaz. Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez. Granada: Editorial Comares, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. Proceso, ideologias, sociedad. Trad. Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974.

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

DENTI, Vittorio: Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. In Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Ano XXXVIII, n. 3, (726-739), setembro-1984.

DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 67, jul./set 1992.

FAZZALARI, Eio. La imparzialità del giudice. In Rivista di Diritto Processuale, Padova: Edizioni Cedam, n. 2, (p.193-203), 1972, p. 201 e 202).

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão – teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zome, Fauzi Hassan Choukr, Jurez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito processual penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. Os tribunais, as polícias e o cidadão – o processo penal prático. 2.ed. revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2002.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. Código de processo penal – anotado e comentado – legislação complementar. 13.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual – de acordo com a constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Ed. Forense Universitária, 1990.

ILLUMINATI, Giulio. La presunzione d'innocenza dell'imputato. Bologna: Galeati di Imola, 1979.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Fondamento del principio dispositivo. In Rivista di diritto processuale, Padova, CEDAM – Casa Editrice Dott. Anontio Milani, Volume XV, Ano 1960.

ORTIZ, Maria Isabel Valldecabres. Imparcialidad del juez y médios de comunicación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PICÓ I JUNOY, Joan. La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación. Barcelona: J. M. Bosch, 1998.

PISAPIA, Gian Domenico. Copenio di procedura penal. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Giugno 1997, Anno LI, n. 2, (315-328).

TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

Notas

1. PICÓ I JUNOY, Joan. La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación. Barcelona: J. M. Bosch, 1998, p. 104.

É importante assinalar que em razão da diferenciação entre ilícito civil e ilícito penal, reclama-se, também, distinção entre princípio dispositivo e acusatório, uma vez que o primeiro se fundamenta na titularidade privada do interesse em jogo, enquanto o segundo, em uma realidade absolutamente distinta.

2. "Il processo inquisitorio è essenzialmente scritto e segreto e vi manca qualsiasi contraddittorio, che non sarebbe neppur concepibile data la mancata contrapposizione delle parti fondamentali (accusa e difesa). (PISAPIA, Gian Domenico. Copenio di procedura penal. Padova: CEDAM – Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1975, p. 19)

3. Por modelo acusatório deve entender-se um processo de partes, ou, como assinala José Antonio Díaz Cabiale, um modelo "adversarial", de adversários que se enfrentam, que lutam ou combatem entre um árbitro passivo que acabe por dar a razão à parte mais hábil. (CABIALE, José Antonio Díaz. Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez. Granada: Editorial Comares, 1996, p. XXI. e 191)

4. "Aunque cuando analizamos la imparcialidad hacemos referencia a la doctrina, baste como ejemplo en este momento la argumentación de CARRERAS, J. 'Facultades materiales de dirección', en Estudios de derecho procesal, con Fenech, Barcelona, 1962, p.263, para negar la posibilidad de aumentar los poderes materiales del Juez, que resultaría una 'aventura muy peligrosa, que llegara a atentar con el bien supremo de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales', p. 264. El mismo GUASP, Jaime. Juez y hechos en el proceso civil, Barcelona, 1943, p.49 y ss., consciente del peso de esta opinión la critica fuertemente, y precisamente alude como ejemplo al proceso penal. Y en el mismo sentido GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E.: La socialización del proceso. Constitución, Derecho y Proceso, en Estudios en memoria de Herce y Duque, Zaragoza, 1983, p.428 a 432, aclara que el Juez se convertiría en un 'asistente social', perdiendo la imparcialidad, si abandonara su carácter de ajenidad respecto al proceso". (Idem. Ibidem.,p. 72)

Em razão dessa tendência doutrinária, não é de se estranhar uma inclinação de recente jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol, no sentido de preconizar que a iniciativa probatória ex officio iudicis prevista no artigo 729.2 LECrim comporta infração ao princípio acusatório, comprometendo a imprescindível imparcialidade judicial, razão pela qual se põe em dúvida a constitucionalidade da aludida norma. (Sentença do Tribunal Supremo de 23 de setembro de 1995, FJ 2º (Repertório de Jurisprudência Aranzadi, n. 6756)).

5. Idem. Ibidem.,p. 223.

6. PISAPIA, G. D., Loc. Cit.

7. CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 196 e 197.

8. Idem. Ibidem., p. 199.

9. "Segundo a concepção tradicional, o princípio do contraditório exprimia estaticamente, em correspondência com a igualdade formal das partes, a exigência de equilíbrio das forças, traduzindo-se na necessidade de lhes garantir a possibilidade de desenvolverem plenamente a defesa de suas próprias razões. Mas a concepção menos individualista e mais dinâmica do contraditório postula a necessidade de eqüidistância do juiz ser adequadamente temperada, mercê da atribuição ao magistrado de poderes mais amplos, a fim de estimular a efetiva participação das partes no contraditório e, conseqüentemente, sua colaboração no justo processo". (GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências do direito processual – de acordo com a Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Ed. Forense Universitária Ltda, 1990. p. 7).

10. "En la actualidad, y desde que se supera la concepción de oficialidad en todos os sistemas civilizados, puede decirse que no existe un modelo adversarial puro, precisamente por esa circunstancia, ni siquiera el proceso norteamericano o cualquier otro de corte anglosajón entiende al proceso penal como un proceso de partes con carácter absoluto, sino que el predominio de la configuración adversarial dependerá según de qué fase del proceso se trate". (CABIALE. J. A. D., Op. Cit., p. 217).

11. Idem. Ibidem., p. 204.

12. PISAPIA, G. D., Op. Cit. Loc. Cit..

13. PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit. Loc. Cit.

14. "Pretendemos evitar en definitiva una situación que nos parece altamente peligrosa, vistos los problemas que ha suscitado en el orden civil: el justificar las exigencias del sistema en base simplemente al juego de principios o modelos procesales abstractos. No parece que la intervención mayor o menos del órgano jurisdiccional en sede probatoria pueda o deba resolverse tan solo con el expediente del juego del principio acusatorio. Es cierto que puede existir una idealización de un modelo procesal que configure la intervención del Juez en un sentido u otro. Pero lo que verdaderamente tiene importancia para el desarrollo de la ciencia procesal es la configuración de un sistema de acuerdo con exigencias concretas, es decir construyendo un modelo que permita preservar los valores que la sociedad en cada momento determinado haya decidido consagrar como derechos fundamentales". (CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 197 e 198)

15. O princípio dispositivo se reflete em três brocados que lhe dão unidade tanto em sua natureza como em suas origem: "ne procedat

iudex ex officio", "ne eat iudex ultra vel extra petitum partium" e "iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium".

Cappelletti assinala como características do princípio dispositivo: "a) poder monopolístico de la parte de iniciar el proceso (...); b) pleno poder de las partes de disponer negocialmente del objeto del proceso (...); c) vínculo del Juez a las demandas de las partes (...); d) vínculo, además, del Juez a las alegaciones (allegata) de las partes, sea respecto a los hechos constitutivos, o sea también, a modo de máxima, respecto a los hechos impeditivos o extintivos (...); e) vínculo del Juez a los probata a partibus (...); f) poder monopolísticos de las partes de proponer las impugnaciones y de determinar sus límites y objeto". (CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologías, sociedad*. Trad. Sentis Melendo y Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1974. p. 99)

16. "(...) e non potendosi dubitare che l'imparzialità del giudice rischia di rimaner compromessa quando egli debba giudicare di una prova da lui stesso prescelta e cercata e per sua iniziativa acquisita al processo. Anche per questa parte del suo compito poteri attivi 'non potrebbero essere conferiti direttamente al giudice senza snaturarne la funzione, basata sulla necessaria distintizione psicologica tra l'agire e il giudicare (...)". (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. In *Rivista di diritto processuale*, Padova, CEDAM – Casa Editrice Dott. Anontio Milani, Volume XV, Ano 1960, p. 561)

17. "A verdade processual não assenta numa idéia de certeza científica comprovada, mas sim numa idéia de probabilidade. Na expressão de Germano Marques da Silva, 'ela não é senão o resultado probatório processualmente válido, isto é, a convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como pressuposto da decisão, obtida por meios processualmente válidos". (GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *Os tribunais, as polícias e o cidadão – o processo penal prático*. 2. ed. revista e actualizada. Coimbra: Almedida, 2002. p.139)

18. CABIALE, J. A. D., *Op. Cit.*, p. 11.

19. "Este recurso literario al ejemplo deportivo no debe interpretarse torcidamente, pues nada mas lejos de la concepción que aquí se mantiene sobre el proceso penal que la de un juego entre partes. El proceso penal no es, ni en Estados Unidos, ni en país alguno en que exista monopolio del Estado en el ejercicio del ius puniendi, un proceso privado entre partes que disponen libremente su objeto. La tan denostada referencia al ejemplo deportivo se emplea en este contexto con una pretensión bien distinta, esto es, para reforzar la imagen de que el proceso jurisdiccional (...) es en esencia, un debate equitativo y contradictorio entre partes". (ORTIZ, Maria Isabel

Valldecabres. Imparcialidad del juez y médios de comunicación. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 54)

20. Apud CABIALE, J. A. D., Op. Cit., Loc. Cit.

21. "(...) no es lógico aplicar uno al proceso civil, a la par que se decide por el opuesto en el proceso penal, pues, como se ha indicado certeramente, ello puede provocar la 'esquizofrenia' procesal. En definitiva, si se opta por un modelo que permite la investigación de oficio es impensable tratar de argumentar que el juez pierde la imparcialidad al practicar actividad probatoria, porque los postulados teóricos en que se basa, la búsqueda de la verdad a través de una participación directa del juez en la práctica de la prueba, son absolutamente contrarios a esa idea". (Idem. Ibidem., Loc. Cit.)

22. Idem. Ibidem., p. XXIV.

23. PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 89.

24. "Por ello nos parece evidente que cuando se plantea la imparcialidad del órgano jurisdiccional y la práctica de la prueba, no cabe hacer compartimentos estancos para cada uno de los procesos, y decir que lo que tiene validez para el proceso civil en esta materia no tiene aplicación para el proceso penal, contencioso administrativo o laboral. Si la afirmación según la cual el órgano jurisdiccional cuando practica pruebas toma partido respecto de una de las partes, pierde la imparcialidad, es cierta, debe serlo para todos los órganos jurisdiccionales sin distinción". (CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 402)

25. PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., Loc. Cit.

26. CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 362.

27. Idem. Ibidem. Loc. Cit.

28. Idem. Ibidem., p. XIX.

29. "(...). O processo é o instrumento mediante o qual se exerce uma função pública, havendo predominante interesse do Estado em seu desenvolvimento. Assim, não pode o juiz ser reduzido a mero espectador do debate travado pelas partes". (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d. p. 95)

30. "En el mismo sentido, justifica la posibilidad de actuación probatoria de oficio en la búsqueda de la verdad material Maza Martín, J. M., 'Posibilidades y límites de la actuación de oficio de Jueces y Tribunales durante el plenario' ,Cuadernos de Derecho

Judicial, núm. XXVIII, 1995, pág. 83. Sus palabras son suficientemente expresivas de una determinada ideología acerca del proceso penal: ' El fundamento que en nuestro ordenamiento encuentra esta atribución a quien ha de juzgar de ciertas facultades de influencia directa en la producción del resultado probatorio, tanto de cargo como de descargo, a iniciativa propia, es evidente. La norma procesal básica, nuestra por tantas causas venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal, es clara y reiterada en indicar la búsqueda de la verdad material como fin principal de procedimiento (principio de 'oficialidad'), por lo que nada tiene de extraño que, ante la obtención de esa finalidad principal, no repare en atribuir competencias al Tribunal que, a juicio del legislador, conduzcan a dicho fin'. En la misma línea Saavedra Ruiz, J., 'La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los arts. 729 y 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal', Cuadernos de Derecho Judicial, núm. X, 1994, pág. 37-38, considera desmesuradamente ampliado el contenido de la imparcialidad objetiva cuando se exige la pasividad probatoria del Juez en el acto del juicio oral. Las razones de tal concepción vuelven a poner de relieve una concepción sustancialista del Derecho penal: ' (...) el Juez no puede ser un destinatario pasivo del juicio por lo valores que hay en juego, porque no es posible tampoco fragmentar el principio de tutela judicial (acusado-víctima) y porque la búsqueda de la verdad material es una exigencia en sí misma de todo el proceso penal, siendo todo ello compatible con las garantías del acusado'''.(ORTIZ, M. I. V., Op. Cit., p. 167).

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

32. DENTI, Vittorio: *Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*. In *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Ano XXXVIII, n. 3, (726-739), p. 729, settembre-1984.

33. *Idem*. *Ibidem.*, p. 732.

34. CABIALE, J. A. D., *Op. Cit.*, p. 456.

35. *Idem*. *Ibidem.*, *Loc. Cit.*

36. "Así, cuando se habla de imparcialidad del órgano jurisdiccional y atribución de facultades probatorias al mismo, lo que se está discutiendo en realidad es si el proceso pertenece exclusivamente a las partes o por el contrario el órgano jurisdiccional debe participar en él". (*Idem*. *Ibidem.*, p. 457 e 458)

37. DENTI, V., *Op. Cit.*, p. 726.

38. “O princípio da investigação constitui elemento integrante da estrutura basicamente acusatória do processo penal. (...) A sua característica essencial está na autonomia do juiz ou do tribunal para apurar os fatos, acima e além da vontade das partes”. (DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, n. 67 , jul./set., p. 79)

39. “Mas este princípio tem limites:

Os meios de prova admissíveis são aqueles cujo conhecimento se afigure necessário para a descoberta da verdade e boa decisão da causa (n. 1). É o afloramento do princípio da necessidade.

Os meios de prova permitidos são aqueles que forem legalmente admitidos (n. 3 e princípio da legalidade, consagrado no art. 125º).

Os meios de prova a produzir deverão ser adequados ao objeto da prova – princípio da adequação, aflorado no n. 3.

Os meios de prova não-de ser de obtenção possível – princípio da obtenibilidade, consagrado no n. 4, al. b).” (GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. Código de processo penal – anotado e comentado – legislação complementar. 13.ed. Coimbra: Almedina, 2002. p.666).

40. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1º de julho de 1993, Proc. n. 43022/3ª.

41. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de dezembro de 1996, in Boletim do Ministério da Justiça, n. 462, p. 286.

42. GONÇALVES, F.; ALVES, M. J. Op. Cit., p.138 e 139.

43. “Tanto mais que o Ministério Público encontra-se vinculado a critérios de estrita objetividade (o que demonstra que ele não é parte no processo penal. Ele estará apenas interessado no resultado do processo, enquanto tal resultado corresponder à realização da Justiça e do Direito) (...)”. (Idem, ibidem, p. 140)

44. “En particular, el tribunal debe buscar de oficio todos los posibles puntos de vista a favor del imputado (la llamada defensa material del imputado, infra § 30). Este principio resulta del propio carácter de toda causa penal, que es una ‘causa pública’. “(BELING, Ernst. Derecho procesal penal. Cordoba: Imprenta de la Universidad, 1943. p. 79)

45. CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 329.

46. Idem. Ibidem. p. 323 e 324.

47. “Nesse sentido a SSTC 62 de 10 de maio de 1985: ‘(...) estando sujeito também el proceso penal al principio de búsqueda de la verdad material (...)’”. (Idem. Ibidem., p. 337)

48. ASENSIO, Rafael Jiménez. Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 215.

49. CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 331.

50. GONÇALVES, F.; ALVES, M. J., Op. Cit., p. 139.

51. FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão – teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zome, Fauzi Hassan Choukr, Jurez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 46.

52. CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 250 e 251.

53. Idem. Ibidem., p. 325.

54. “La característica del modelo acusatorio mixto, por tanto, es el equilibrio entre los dos valores indicados, sin que la verdad desaparezca como finalidad del proceso, lo que justifica en última instancia la intervención del órgano jurisdiccional en materia probatoria”. (Idem. Ibidem., p. 327)

55. TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, Giugno 1997, Anno LI, n. 2, (315-328), p.323.

56. TONINI, Paolo. A prova no processo penal italiano. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.97.

57. “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”.

“Art. 181. No caso de inobservância de formalidades, ou no caso de omissões, obscuridades ou contradições, a autoridade judiciária mandará suprir a formalidade complementar ou esclarecer o laudo.

Parágrafo único. A autoridade poderá também ordenar que se proceda a novo exame, por outros peritos, se julgar conveniente.”

“Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”.

“§ 1º. Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

“Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.”

“Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes”

“Art. 497. São atribuições do presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente conferidas neste Código:

(...) XI – ordenar de ofício, ou a requerimento das partes ou de qualquer jurado, as diligências destinadas a sanar qualquer nulidade, ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade”.

“Art. 502: Findos aqueles prazos, serão os autos imediatamente conclusos, para sentença, ao juiz, que, dentro em 5 (cinco) dias, poderá ordenar diligências para sanar qualquer nulidade ou suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade”.

“Art. 538: Após o tríduo para a defesa, os autos serão conclusos ao juiz, que, depois de sanadas as nulidades, mandará proceder às diligências indispensáveis ao esclarecimento da verdade, quer tenham sido requeridas, quer não, e marcará para um dos 8 (oito) dias seguintes a audiência de julgamento, cientificados o Ministério Público, o réu e seu defensor”.

58. PICÓ I JUNOY, J., Op. Cit., p. 106 e 107.

59. “Non si può escludere, invece che nel nostro assetto costituzionale, e de iure condendo, al giudice possano essere largiti maggiori poteri di iniziativa nello svolgimento del processo (...), potrà essere allargato il margine di disponibilità della prova ex officio; ma con due precisi limiti: da un canto, tenendo sempre ferma la tipizzazione legale dei mezzi di prova – quanto si voglia rammodernata – senza la quale si rischia di vulnerare la parità fra i cittadini, somministrando loro, per questo lato, processi diversi; dall’altro, assicurando ai contendenti la garanzia del contraddittorio, sia in termini di nuove allegazioni e prove a petto della prova disposta ex officio, sia in termini di pieno controllo nell’assunzione della prova”. (FAZZALARI, Eio. La imparzialità del giudice. In Rivista di Diritto Processuale, Padova: Edizioni Cedam, n. 2, (p.193-203), 1972, p. 201 e 202)

60. "O princípio, na formulação latina utilizada, foi cunhado por Stübel; mas ele constitui um produto generalizado dos 'processos reformados' do séc. XIX, sendo conhecido em muitos países sob o nome de 'presunção de inocência do arguido até a condenação'. Foi sob esta forma que ele surgiu no art. 9º da 'Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão', e é sob ela que se contém no art. 11, 1 da 'Declaração Universal' da ONU (...)." (FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Direito processual penal. Primeiro Volume. Coimbra: Coimbra Editora, Lda., 1974, p. 213 e 214)

61. Idem. Ibidem. p. 212.

62. Idem. Ibidem., p. 212 e 213.

63. "Nas lúcidas palavras de José Souto de Moura, 'Parte importante do fundamento da decisão reside na matéria de facto dada por provada, ou seja, nas provas. Na 'não-prova' não se pode cimentar o que quer que seja. Nem a absolvição nem a condenação. Mas porque o juiz não pode terminar o julgamento com um non liquet tem que optar por uma coisa ou por outra. Porque é que vai optar pela absolvição? Porque as consequências da 'não-prova' devem ser sofridas por quem tinha a obrigação de fazer a prova.'" (GONÇALVES, F.; ALVES, M. J., Op. Cit., p. 140)

64. "Não se pretende apregoar, obviamente, a inexistência de um ônus probatório no processo penal. Decorre este também do princípio da presunção da inocência. Todavia, no campo processual penal, um fator a mais é acrescido a esta equação: a necessidade do melhor acerto fático possível. Ou seja, o ônus probatório da acusação não é, por si só, incompatível com o reconhecimento de um 'poder-dever' instrutório do juiz (...)" (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 149 e 150)

65. BRUM, Nilo Bairros. Requisitos retóricos da sentença penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.52.

66. "È stato da tempo posto in luce, per altro verso, che l'attribuzione di poteri inquisitori al giudice non è incompatibile di per sé con l'onere della prova (...)" (ILLUMINATI, Giulio. La presunzione d'innocenza dell'imputato. Bologna: Galeati di Imola, 1979. p.103)

67. Evidentemente que essa maneira de pensar não é unânime. Para José Antonio Díaz Cabiale: "(...) es imposible pensar en un supuesto en el que la actividad de las partes deba ser completada por el Juez, precisamente porque el funcionamiento de la presunción de inocencia responde a cualquiera de las dudas que al órgano jurisdiccional se le pudieran plantear acerca de la existencia de algún hecho: si la

culpabilidad o la circunstancia agravante no está suficientemente probada el Juez no tiene que suplir actividad probatoria alguna, sino aplicar la regla enunciada y declarar la inocencia o la inexistencia de la circunstancia agravante. No cabe pensar por otra parte en la insuficiencia de prueba de la inocencia porque ello equivale a hablar de la insuficiencia de prueba de la culpabilidad y se resolvería de la forma indicada". (CABIALE, J. A. D., Op. Cit., p. 311)

68. ZILLI, M. A. C., Op. Cit., p. 151.