

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**UM (NOVO) OLHAR À INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO
JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

PAULA FLORES SCHMITT

**SANTA MARIA, RS, BRASIL
2015**

UM (NOVO) OLHAR À INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

PAULA FLORES SCHMITT

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à disciplina de Monografia II, do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito.**

Orientador: Prof^a. Ma. Letícia Thomasi Jahnke

**SANTA MARIA, RS, BRASIL
2015**

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova o Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação

**UM (NOVO) OLHAR À INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

elaborado por
Paula Flores Schmitt

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

**Profa. Ma. Leticia Thomasi Jahnke
(Presidente/Orientador)**

**Prof. Me. Ulysses Fonseca Louzada
(UFSM)**

**Prof. Me. Iásin Schäffer Stahlhöfer
(Professor - ULBRA)**

Santa Maria, 30 de novembro de 2015.

RESUMO

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Universidade Federal de Santa Maria

UM (NOVO) OLHAR À INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Autora: Paula Flores Schmitt

Orientadora: Leticia Thomasi Jahnke

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 30 de novembro, de 2015.

O presente trabalho objetivou analisar se a alteração na redação do artigo 212, do Código de Processo Penal, promovida pela Lei nº 11.690/08, importou na redução dos poderes instrutórios do magistrado durante a inquirição de testemunhas, ou se, ao contrário, manteve-se a iniciativa instrutória judicial na condução do processo penal brasileiro. Para essa finalidade, a análise realizou-se mediante pesquisa doutrinária e jurisprudencial e a abordagem foi baseada no método dialético. Os métodos de procedimento utilizados nesta pesquisa são o comparativo e o monográfico. Isso porque é relevante apontar a justificativa de cada posicionamento sobre o tema divergente, haja vista as diferentes interpretações concedidas ao artigo 212 do Código, bem como verificar estudo de caso relacionado à jurisprudência. O trabalho foi dividido em dois capítulos, sendo que, no primeiro, os pontos abarcam os principais argumentos que embasam as discussões sobre o tema. No segundo capítulo, após a abordagem das características da prova testemunhal, as interpretações sobre a nova redação do artigo 212, do Código de Processo Penal, foram relacionadas com base na doutrina e na jurisprudência, situando-se, ainda, as suas conseqüentes implicações na produção da prova oral. Ao final, foi possível constatar que há uma corrente que define que o juiz deve se manter inerte no momento da colheita da prova oral e, por outro viés, há o posicionamento daqueles que defendem a possibilidade da iniciativa probatória do juiz no processo penal, no momento da inquirição de testemunhas.

Palavras-chave: Processo Penal. Iniciativa Probatória. Inquirição de Testemunhas.

ABSTRACT
Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

**A (NEW) APPROACH TO THE JUDGE ROLE DURING
WITNESSES EXAMINATION IN BRAZILIAN CRIMINAL
PROCEDURES**

Author: Paula Flores Schmitt

Adviser: Leticia Thomasi Jahnke

Date and Place of the Defense: Santa Maria, November 30, 2015.

This study aimed to examine if the change in the wording of Article 212 of the Criminal Procedure Code, introduced by Law No. 11,690 / 08, imported in reducing instructive magistrate's powers during the inquisition of witnesses, or whether, on the contrary, remained preserved judicial instructory initiative in conducting the Brazilian criminal proceedings. For this purpose, the analysis was carried out by doctrinal and jurisprudential research and the approach was based on the dialectical method. The procedure methods used in this research are the comparative and monographic. The reason for this is the relevance to point out the justification of each position on the divergent issue, given the different interpretations of Article 212 from the Code and verify case study related to the jurisprudence. The work was divided into two chapters, while in the first, there are the main arguments underlying the discussions on the subject. In the second chapter, behind a study of the main characteristics of testimonial evidence, tried to relate the interpretations arising under the laws, the doctrine and jurisprudence to the new wording of Article 212 of the Criminal Procedure Code and its consequent implications for production oral test. In the end, it was established that there is a current that sets the judge must remain inert at the time of the oral test harvest and, on the other hand, there is the position of those who support the possibility of judge's probative initiative in criminal proceedings at the time of examination of witnesses.

Keywords: Criminal Proceedings. Probative Initiative. Examination of Witnesses.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	08
1.1 Os sistemas processuais penais e a respectiva posição do juiz.....	08
1.2 O princípio da verdade real.....	15
1.3 A iniciativa instrutória do julgador no processo penal brasileiro.....	22
2. POSIÇÃO DO MAGISTRADO NA INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS.....	32
2.1 A prova testemunhal.....	32
2.2 A ordem dos questionamentos no procedimento de inquirição de testemunhas.....	39
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	54

INTRODUÇÃO

Com a alteração na redação do artigo 212, do Código de Processo Penal, realizada pela Lei nº 11.690, em 09 de junho de 2008, surgiram diversas discussões acadêmicas, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre relevante questão processual penal: como seria a nova interpretação do citado artigo do Código de Processo Penal, principalmente quanto ao seu parágrafo único.

Diante da nova redação do citado dispositivo, buscou-se uma nova forma de conduzir as inquirições das testemunhas arroladas nos processos. Nesse sentido, analisando-se brevemente a redação atual do artigo, surge a hipótese de interpretação de que a redação limitou a possibilidade de o magistrado atuar na fase probatória.

Com efeito, analisando-se pela ótica de parte da doutrina e jurisprudência, a nova modalidade, no que diz respeito à inquirição de testemunhas, restringiu o sistema presidencialista no âmbito do processo penal brasileiro. Isso porque a redação atual do artigo dispõe que as perguntas serão formuladas pelas próprias partes, diretamente às testemunhas. Todavia, quanto ao papel do juiz, surgiram acaloradas discussões.

Por um lado, a adoção do posicionamento daqueles que interpretam que a alteração do artigo culminou com a redução e/ou extinção dos poderes instrutórios do julgador. Do outro lado, a tese daqueles que defendem a manutenção da possibilidade do magistrado colher provas, no caso, a oral, nos moldes do diploma processual vigente. Este último posicionamento define que a nova redação do artigo 212, do Código de Processo Penal, em nada impediu que o juiz iniciasse os questionamentos.

A fim de uma abordagem mais profunda sobre o tema, necessária uma breve análise sobre os três sistemas processuais penais mais estudados no âmbito do Direito Processual Penal, bem como do princípio da busca da verdade real. Isso em razão de que o tema abordado no trabalho possui íntima relação com tais matérias, de maneira que um estudo apenas sobre a posição do magistrado na colheita da prova oral seria insuficiente.

Ainda, imprescindível analisar, também, os argumentos utilizados por cada posicionamento trazido no trabalho, sejam permissivos ou restritivos à atuação do juiz.

Nesse âmbito, importa comparar a posição do magistrado e respectivas consequências, seja na posição de juiz ativo, não figurando como mero espectador do processo, com a possibilidade de impulsioná-lo de ofício e instruindo-o, ou seja na figura passiva, como mero espectador de cada caso. Isso porque, releva dizer, o magistrado é o alvo máximo da prova, uma vez que possui o poder de decisão.

A partir da análise que será realizada no presente trabalho, poder-se-á verificar, a depender da corrente defendida, se a atuação do juiz poderá provocar nulidades ao processo, o que merece ser aprofundado.

Além disso, é cediço que, no processo penal brasileiro, o juiz (historicamente) não é mero espectador, possuindo participação ativa na sua condução. Nesse ponto, é bem verdade que os princípios e garantias constitucionais devem ser respeitados, entretanto, não significa que deve o juiz algemar-se no momento da colheita de provas, especificamente, na inquirição das testemunhas.

Por esses motivos instigantes é válido o estudo sobre o tema. As acaloradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais despertam o interesse sobre o assunto pelos renomados formadores de opiniões. Isso tudo faz com que o tema apresente relevância jurídica, atualmente.

1. OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O juiz é o direito tornado homem. Na vida prática, só desse homem posso esperar a proteção prometida pela lei sob uma forma abstrata. Só se esse homem souber pronunciar a meu favor a palavra justiça, poderei certificar-me que o direito não é uma promessa vã.
Piero Calamandrei.

1.1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E A RESPECTIVA POSIÇÃO DO JUIZ

Nesse espaço é necessário expor as principais características dos sistemas processuais penais. Com isso, far-se-á uma análise do aspecto jurídico de cada um deles.

Em uma abordagem preliminar acerca da temática, Norberto Bobbio define o vocábulo sistema como “um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”, destacando que, para que se possa falar em ordem, é necessário que as frações que a constituem não estejam somente em coerência com o todo, mas também em um relacionamento coerente entre si¹.

Assim, sistema é o modo de como as regras e normas se posicionam e se relacionam dentro do ordenamento jurídico, estabelecido de acordo com a política de cada Estado, para, assim, se aplicar o direito.

Tal vinculação decorre do fato de o processo penal ser o reflexo das relações entre Estado e indivíduo, bem como da posição assumida por este dentro da comunidade social. Nesse ponto, no nosso ordenamento jurídico são encontrados três tipos de sistemas processuais penais, quais sejam: acusatório, inquisitivo e misto².

Dessa forma, o Estado atua baseado em um conjunto de regras, fazendo corporificar, através do processo, sua identidade estrutural. Ou seja, é através do processo que o Estado faz valer suas normas.

O sistema acusatório, particularmente, possui como peculiaridade a função distinta de cada parte do processo, atribuindo a de acusar exclusivamente ao Ministério Público ou ao querelante e a de decidir ao julgador, que deve apenas observar o processo, não podendo atuar no sentido de instruí-lo.

¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. Brasília: UNB, 1996. p. 71.

² AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 09.

Diante da absoluta distinção entre acusar, defender e julgar, no que tange a produção de provas, cabe, única e exclusivamente, às partes, não podendo o juiz agir nesse sentido. Dentro disso, é defendido que as partes encontram-se em posição igualitária, uma vez que lhes é garantido o devido processo legal e a isonomia processual.³

Assim, há posicionamento de que, à luz do garantismo (sistema acusatório puro), o juiz é sujeito passivo rigidamente afastado das partes, pois, assim, tem-se um julgamento paritário, desenvolvendo-se o contraditório entre aqueles que possuem o ônus da prova – acusação e defesa. Por outro lado, defende-se que, no caso do juiz buscar provas no processo penal, se estaria diante do sistema inquisitivo.

Como fato preponderante, portanto, do sistema acusatório, tem-se que o gestor da prova é pessoa diversa do julgador, havendo a nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender.

Dessa forma, no sistema acusatório, o magistrado deixa de reunir em suas mãos as três funções, manifestando-se, apenas, quando devidamente provocado, garantindo-se, para parte da doutrina, a imparcialidade do julgador, última razão do processo acusatório⁴.

Diz-se que, também, com o sistema acusatório evitam-se possibilidades de abuso estatal, no caso de o juiz buscar provas apenas para fundamentar sua decisão inicial. Diante disso, tem-se como principal crítica ao sistema em apreço, a de que o juiz deve-se contentar com as provas trazidas aos autos, deixando na mão dos litigantes (somente) a produção probatória, que pode ser insuficiente e assim basear sua decisão em provas incompletas⁵.

Outrossim, importante salientar que há posição doutrinária que refere que o presente sistema desmembra-se, ainda, entre acusatório puro e não puro, sendo este último fundamentado no princípio da busca da verdade real, com a possibilidade da busca de provas, *ex officio*, pelo julgador⁶.

³ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 09.

⁴ PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 42.

⁵ RODRIGUES, Martina Pimentel. **Os Sistemas Processuais Penais**. Jusnavigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26262/os-sistemas-processuais-penais>>. Acesso em: 07 out. 2015.

⁶ NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Sistemas Processuais Penais**. Direitonet. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6193/Sistemas-Processuais-Penais>>. Acesso em: 03 out. 2015.

Ainda, nas palavras de Eugenio Pacelli, o sistema acusatório, além de atribuir papéis diferentes a cada órgão, estabelece que o processo somente tenha início com a acusação, outra característica que o diferencia dos demais sistemas.

Ademais, o autor cita que há discussão sobre qual o sistema processual penal que é adotado pelo Brasil, identificando que, em que pese entenda que vija, atualmente, o sistema acusatório, a existência da dificuldade de se comprovar isso se dá pelo fato do Código de Processo Penal conter algumas normas inquisitoriais. Com isso, algumas mudanças foram feitas no texto originário do ordenamento jurídico, a fim de adequar as regras ao sistema acusatório. Contudo, não se pode negar que, quanto ao ônus da prova, há uma liberdade conferida ao juiz na busca de provas, legitimada pelo princípio da busca da verdade real.

Nesse aspecto, o autor salienta a possibilidade de o juiz substituir a atividade do Ministério Público, o que pode acarretar prejuízos ao princípio da isonomia entre as partes. Dessa forma, afirma que o juiz deve buscar provas apenas no sentido de esclarecer questões ou pontos controvertidos no material já trazido pelas partes.⁷

Extremamente diferente do sistema acusatório é o sistema inquisitivo, vez que as peculiaridades deste são totalmente opostas às peculiaridades daquele. Como exemplo, sendo o juiz mero espectador no sistema já analisado, no inquisitivo ele detém amplos poderes.

Assim, no âmbito do sistema inquisitivo, advindo da época dos regimes ditatoriais, a figura do juiz, além de se manter na posição de julgador, também possui competência para acusar. O próprio Código de Processo Penal, originariamente, possuía regras desse sistema, pois permitia ao juiz a iniciativa acusatória⁸. Para Paulo Rangel, os poderes do processo penal estavam todos nas mãos do Estado, como refere na seguinte passagem:

Surgiu nos regimes monárquicos e se aperfeiçoou durante o direito canônico, passando a ser adotado em quase todas as legislações europeias dos séculos XVI, XVII e XVIII. Surgiu com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares, já que eram estes que iniciavam a persecução penal no acusatório privado anterior. O cerne de tal sistema era a reivindicação que o Estado fazia para si do poder de reprimir a prática dos delitos, não sendo mais admissível que tal repressão fosse encomendada ou delegada aos

⁷ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15. ed, São Paulo: Atlas, 2012, p. 09-10.

⁸ MARQUES JUNIOR, Carlos André. **A produção de provas pelo juiz na persecução penal**. Jusbrasil. Disponível em: <<http://carlosamju.jusbrasil.com.br/artigos/112295603/a-producao-de-provas-pelo-juiz-na-persecucao-penal>>. Acesso em: 28 set. 2015

particulares.⁹

Além disso, tendo em vista que a confissão era a “rainha” das provas, a tortura era legitimada como prática eficaz na resolução dos casos. Não só, na época da vigência desse sistema, os processos eram absolutamente sigilosos, não existindo contraditório e ampla defesa. Fernando Capez assim define o sistema inquisitivo:

É sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e reúne na mesma pessoa as funções de acusar, defender e julgar. O réu é visto nesse sistema como mero objeto da persecução, motivo pelo qual práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão.¹⁰

Com isso, parte da doutrina define o sistema brasileiro como o misto, uma vez que o ordenamento jurídico apresenta regras advindas do sistema inquisitivo, bem como do sistema acusatório.

Nessa linha, não há necessidade, portanto, de um órgão especial iniciar o processo, uma vez que pode o juiz iniciá-lo *ex officio*. No mesmo passo, pode determinar a produção de provas por si só. Ainda, o acusado, no decorrer do processo, não possui garantias, o que dá margem aos excessos processuais, sendo esse o motivo da possibilidade de o juiz decidir pelo sigilo do processo por ato discricionário seu e à margem de fundamentação adequada.

Assim, verifica-se a nítida desigualdade entre as partes, até porque a defesa do acusado é bastante restrita, vez que não tem oportunidade de manifestar-se após a acusação, a fim de refutar provas e argumentos trazidos pela acusação. Outro fato importante a ser mencionado é que não há presunção de inocência no sistema inquisitivo, circunstância que facilita a decretação da prisão provisória do réu no curso da ação penal, de forma que, na maioria dos casos, o réu permanece preso durante o processo¹¹.

Ainda, tem-se que a figura do réu como um objeto do processo penal e não como um indivíduo possuidor de direitos, bem como a culpa é presumida, até que se

⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p 44.

¹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed, Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 767.

¹¹ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 10.

prove o contrário¹². Por tais motivos, trata-se do sistema mais criticado pela doutrina, vez que o julgador possui todos os poderes em suas mãos. Além disso, inconcebível que não haja o devido processo legal e o direito ao contraditório.

Quanto ao sistema processual penal misto, a peculiaridade principal é a de que esse sistema reúne características tanto do sistema acusatório, quanto do sistema inquisitivo, uma vez que, na fase inicial do processo, não é concedido ao réu todos os direitos e garantias que lhe é concedido durante o decorrer do processo.

Para Paulo Rangel, apenas na segunda fase os poderes da persecução penal passam a ser do Ministério Público, antes disso, na fase preliminar, o julgador detém o poder:

Com fortes influências do sistema acusatório privado de Roma e do posterior sistema inquisitivo, desenvolvido a partir do Direito canônico e da formação dos Estados nacionais sob o regime da monarquia absolutista, no sistema processual penal misto, a persecução penal seguiu nas mãos do Estado-juiz em fase preliminar, passando o início da persecução penal para as mãos do Ministério Público, responsável pela acusação¹³.

A crítica existente quanto a esse sistema é a de que, como na fase do inquérito policial a prova é colhida de forma inquisitiva, quando trazida ao processo resta eivada dos vícios advindos da fase preliminar, de forma mascarada. Assim, a segunda fase seria apenas uma justificativa a fim de corroborar o inquérito policial constante nos autos¹⁴. Nesse sentido, defende-se que se trata o presente sistema de um sistema redundante e insuficiente.

Em outra visão, o sistema processual penal misto é visto como um modelo intermediário entre o acusatório e o inquisitivo. Isso porque, na mesma situação em que são observadas as garantias constitucionais, como a presunção de inocência, ampla defesa e contraditório, também há a presença de resquícios do sistema inquisitivo, como a produção de prova de ofício pelo magistrado e algumas restrições à publicidade que podem ser impostas ao processo¹⁵.

A partir disso, verifica-se que há bastante divergência na doutrina quanto a própria classificação do sistema misto. De um lado, doutrinadores afirmam que não

¹² NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Sistemas Processuais Penais**. DireitoNet. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6193/Sistemas-Processuais-Penais>>. Acesso em: 03 out. 2015.

¹³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 46.

¹⁴ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**. 9. ed, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133

¹⁵ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 10.

se pode confirmar a existência desse sistema, vez que não é puro em sua totalidade, e, do outro lado, há quem diga que se trata de um sistema intermediário entre o acusatório e o inquisitivo.

Quanto ao sistema processual penal adotado pelo Brasil, de um lado há quem refere que não é possível definir o sistema processual penal misto como sendo o modelo adotado no nosso país, isso tendo em vista que, por não se considerar o inquérito policial como sendo parte do processo, suas características restam afastadas, o que implica na impossibilidade de se adotar as características de um modelo inquisitivo, se excluindo, por consequência, o misto.

Outro motivo que também justifica a impossibilidade de se adotar o sistema misto é porque o julgador não participa da fase de investigação. Assim é o posicionamento de Eugenio Pacelli:

Portanto, limitada a iniciativa probatória do juiz brasileiro ao esclarecimento de dúvidas surgidas a partir de provas produzidas pelas partes no processo - e não na fase de investigação - e ressalvada a possibilidade de produção ex officio daquela (prova) para o esclarecimento de prova já produzida (exceção feita à matéria defensiva, para a qual não deve haver limitação à atuação do juiz), pode-se qualificar o processo penal brasileiro como um modelo de natureza acusatória, tanto em relação às funções de investigação quanto às funções de acusação, e, por fim, quanto àquelas de julgamento¹⁶.

Seguindo essa linha, a doutrina e a jurisprudência majoritária compactuam que o sistema adotado no Brasil é o acusatório. Porém, não se pode negar que há quem se posiciona em sentido contrário, definindo o sistema no país como sendo o misto.

Para quem segue o primeiro entendimento (acusatório), o modelo está claro na própria Constituição Federal, pois nela está consagrada a obrigação das decisões motivadas, a garantia da isonomia processual, do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência.

Por outro lado, quem leva em consideração o segundo entendimento (misto), refere que, em que pese a Constituição prever todas essas garantias, o direito brasileiro não afastou alguns resquícios do sistema inquisitivo na legislação infraconstitucional, como, por exemplo, a faculdade de o juiz produzir prova de ofício, como dispõe o artigo 156, do Código de Processo Penal¹⁷.

¹⁶ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de Processo Penal. 15. ed, São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

¹⁷ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 12-13.

Nesse âmbito, vale ressaltar a doutrina de Guilherme de Souza Nucci, que também considera o sistema brasileiro como sendo o misto (inquisitivo-acusatório, inquisitivo garantista ou acusatório mitigado), fundamentando seu entendimento não no processo bifásico, mas em um senso de realidade:

O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto. Registremos desde logo que há dois enfoques: o constitucional e o processual. Em outras palavras, se fossemos seguir, exclusivamente, o disposto na Constituição Federal, poderíamos até dizer que nosso sistema é o acusatório (no texto constitucional encontramos os princípios que regem o sistema acusatório). Ocorre que nosso processo penal (procedimentos, recursos, provas etc.) é regido por Código específico, que data de 1941, elaborado em nítida ótica inquisitiva (encontramos no CPP muitos princípios regentes do sistema inquisitivo [...])¹⁸.

Há, ainda, quem refere que, apesar de se afirmar que o sistema vigente no Brasil é o acusatório, admite-se que o mesmo não é puro em sua existência, em razão da presença do inquérito policial, onde permanece o padrão inquisitivo em que o indiciado é tratado como objeto da investigação, de forma que não se pode negar de que isso faça parte do tramite processual¹⁹.

Não só, é sustentado que, em razão do hibridismo que existe hoje, com a vigência de um Código de Processo Penal e da Constituição Federal com algumas visões diferentes, a aplicação somente desta última seria fugir da realidade, pois as regras estabelecidas no Código de Processo Penal não podem ser ignoradas como se não existissem. Dessa forma, a junção da Constituição Federal e do Código de Processo Penal evidenciam o sistema misto²⁰.

Nessa linha, tem-se que, aqueles que defendem a vigência do sistema acusatório baseiam-se unicamente pelos princípios consagrados na Constituição Federal. Além do mais, ao defender o acusatório como o sistema definitivo do país, é omitir que o juiz brasileiro produz prova de ofício e negar que o inquérito policial faça parte do trâmite processual.²¹

De forma contrária, há posição de que, com todo esse conflito entre os sistemas processuais e nossa Lei Maior, é normal que haja diversas correntes

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

¹⁹ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p 56.

²⁰ NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. **Processo Penal Brasileiro: Sistema acusatório ou inquisitivo garantista?**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2690>. Acesso em: 14 out. 2015.

²¹ *Idem*.

doutrinárias, contudo, o que prevalece, sendo considerada como a corrente majoritária, é a de que o Brasil deve adotar sistema acusatório, pois esta seria a corrente a ser seguida pela Constituição.

Diante do conflito existente em relação à definição do sistema adotado no país, vale destacar o que foi referido por Norberto Bobbio: “nenhum ordenamento jurídico é perfeito: entre o ideal de justiça e a realidade do direito há sempre um vazio, mais ou menos grande, dependendo dos regimes”. Além disso, o autor refere que há harmonia entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, isso pelo fato do reconhecimento da imperfeição do direito, porque não há nenhum ordenamento totalmente justo²².

Pelo já exposto nota-se que, além das diversas discussões na doutrina sobre a definição de cada sistema processual penal, encontram-se, do mesmo modo, diversas posições sobre qual o sistema adotado no nosso país. Ademais, tendo em vista que os autores sustentam com maestria suas posições, adotando, para tanto, relevantes argumentos, não existe, ainda, uma posição definitiva sobre o tema.

1.2 O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

Trata-se, a verdade real, de uma intenção processual na busca da realidade fática existente no mundo e não apenas nos autos. Desse modo, o processo teria como função demonstrar ao magistrado o quadro fático detalhado e completo.

Ainda, é importante ressaltar que, além da verdade real, discute-se, no âmbito do direito, a verdade formal, porém, há quem diga que julgar um processo somente com base na verdade formal seria o mesmo que decidir com base em provas cegas, que não levam à justiça nem à pacificação social buscada pelas partes, quando estas procuram por uma solução dada pelo Estado.

Nesse sentido, deve o condutor do feito (juiz), no momento da produção da prova, colocar em prática todo o poder e meios garantidos pelo Estado Democrático de Direito para a subsunção do direito que mais se aproxime da realidade fática existente nos casos que chegam aos cuidados do judiciário²³. O princípio da verdade real também é conhecido como princípio da verdade material ou da verdade

²² BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru, SP: Edipro, 2001, p. 49.

²³ SOUZA, Carlos Murilo Laredo. **O processo não é um jogo**. JusNavigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25889/o-processo-nao-e-um-jogo>>. Acesso em: 19 set. 2015.

substancial, tal princípio quer dizer que, no direito processual penal devem ser adotadas medidas cabíveis para que se descubra como, realmente, ocorreram os fatos.

Para Marco Antonio de Barros “a verdade é fruto da inteligência humana”²⁴. Na ótica do doutrinador, verdade e falsidade são, antes de tudo, propriedades de juízos, de modo que não existiria nenhuma verdade ou falsidade se não houvesse mentes. Portanto, a verdade seria atributo de um juízo, e não de uma prova. Nesse contexto, o juízo que serve de base à verdade revelaria o próprio horizonte da verdade jurídica, que tem a justiça como fundamento.

Não se ignora o fato de que é bastante difícil chegar à verdade plena, em razão das normas constitucionais. Há quem diga, inclusive, que a verdade real é inatingível, contudo, como se trata de uma meta do processo penal, o juiz deve impulsionar o processo com o objetivo de aproximar-se da plena verdade, com a apuração dos fatos até o possível, para que, ao final, profira uma sentença com elementos concretos e não com meras ficções ou presunções.

É definido que em diversos dispositivos do Código de Processo Penal há a concretização do princípio, como, por exemplo, os artigos 156, 197, 201, 209, 234, 242, 404 e 566, todos do diploma processual. Nessa linha, o código permite que o juiz determine de ofício as diligências que entender necessárias para esclarecer os fatos que foram imputados ao réu.

Sobre esse tema, é necessário o devido cuidado para que, na busca da verdade real, não sejam violados direitos e garantias estabelecidos na legislação, de forma que a efetivação do princípio deve ser limitada. Nesse sentido, essa verdade só será reputada válida no processo quando observar parâmetros de legalidade. Sobre essa questão, esclarecedora é a lição de Marco Antônio de Barros:

Cada pessoa pensa, reflete, tira suas próprias conclusões sobre o meio externo e gera a verdade de tal modo que julga ser a real. Mas, a verdade só é considerada válida no processo quando construída sobre uma base sólida de legalidade. Isto significa que a verdade deve ser moldada sob critérios de um juízo racional, previamente balizado pelo ordenamento jurídico. Sem dúvida, o conhecimento é subjetivo, porém, sua composição submete-se ao preenchimento de requisitos próprios do devido processo legal. Desse modo, é o elemento objetivo que convalida a substância do conhecimento. Em alguns casos logra-se êxito na reconstituição da verdade, tal como sucede na montagem de um quebra-cabeça. Noutros, a

²⁴ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

tanto não se chega, e quando a composição é incompleta prevalece a dúvida, senão o falso que é o oposto da verdade. Daí a razão de ser do brocardo romano: *veritas est indivisa ET quod non est plene verum non est semiplene verum sed plene falsum* (a verdade é indivisa e o que não é plenamente verdadeiro não é semiplenamente verdadeiro, mas plenamente falso)²⁵.

Seguindo o sentido, ainda, de que a busca da verdade deve ser limitada, tem-se os seguintes exemplos de exceções ao princípio da verdade real, como a proibição de provas obtidas por meios ilícitos, o descabimento da revisão criminal contra sentença absolutória transitada em julgado, mesmo que haja, nesse caso, novas provas contra o réu, o artigo 207, do Código de Processo Penal, entre outros²⁶.

Segundo Marco Antônio de Barros “não se pode falar em efetiva produção da justiça sem que se descortine a verdade. Esta é elemento essencial da justiça. Ambas complementam-se e formam um todo inseparável”. E vai mais além, ao referir que Direito e verdade “integram-se na medida em que o primeiro estabelece as regras ou as formas legais de verificação da infração penal, dentre as quais se encontram aquelas que visam esclarecer a segunda²⁷”.

Há que se atentar, todavia, que não se pode confundir a descoberta da verdade com o fim do processo. Nessa esteira, ressalta Marco Antonio de Barros que:

A busca da verdade não significa o fim do processo e não se pode concluir que o juiz só deva decidir quando a tiver encontrado. Segundo a visão doutrinária moderna, o processo é um instrumento que se destina a assegurar a efetividade do Direito. E esse Direito não pode ser confundido com o direito subjetivo da parte, visto que, no curso do procedimento criminal, o juiz faz incidir as normas jurídicas que pouco ou nada têm a ver com direitos subjetivos. Por força disto se admite que a finalidade do processo tem sido identificada sob uma nova ótica: dizer que o Processo Penal tem por única finalidade e aplicação do Direito Penal, já não satisfaz aos processualistas que sustentam a transformação do processo de simples instrumento da Justiça em garantia da liberdade. Por isso a conclusão feita no sentido de que a descoberta da verdade é meio e não fim do processo²⁸.

Se a descoberta da verdade não é o fim do processo, não há dúvidas, por outro lado, que o seu objetivo supremo é a efetivação da justiça. Nessa mesma linha

²⁵ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

²⁶ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 18-19.

²⁷ BARROS, Marco Antônio de. **A Busca da Verdade no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

²⁸ *Idem*, p. 32.

de raciocínio, reconhecendo a verdade como instrumento fundamental que motiva um pronunciamento judicial, necessário se faz a análise do caminho percorrido pelo juiz, na construção dessa verdade processual, conduzido critérios utilizados, representados pelas provas.

Dessa forma, processo penal almeja que diante de um evento danoso realizado por um indivíduo, necessário se faz a apuração fática e sua correspondência jurídica para a incidência de uma pena imposta pelo Estado. Sendo assim, não se pode negar que a verdade constitui um dos fundamentos do processo.

Assim, no campo do direito processual, destaca-se o vínculo umbilical que liga a reconstituição histórica dos fatos ao dever estatal de redarguir com a prestação jurisdicional justa e adequada às provas dos autos²⁹.

Cediço transcrever, sobre a verdade, as palavras de Nucci, que demonstram que o juiz deve buscar a verdade que mais se aproxime do que aconteceu, uma vez que, no processo, estão em jogo os direitos fundamentais do ser humano:

Aparentemente, trata-se de um paradoxo dizer que pode haver uma verdade mais próxima da realidade e outra menos. Entretanto, como vimos, o próprio conceito de verdade é relativo, de forma que é impossível falar em verdade absoluta ou ontológica, mormente no processo, julgado e conduzido pro homines, perfeitamente falíveis em suas análises e cujos instrumentos de busca do que realmente aconteceu podem ser insuficientes. Ainda assim, falar em verdade real implica provocar no espírito do juiz um sentimento de busca, de inconformidade com o que lhe é apresentado pelas partes, enfim, um impulso contrário à passividade. Afinal, estando em jogo de direitos fundamentais de homem, tais como liberdade, vida, integridade física e psicológica e até mesmo honra, que podem ser seriamente afetados por uma condenação criminal, deve o juiz sair em busca da verdade material, aquela que mais se aproxima do que realmente aconteceu³⁰.

Mas o que é, realmente, buscar a verdade material? Rogério Lauria Tucci explica, em síntese, que é encontrar elementos necessários para a formação da convicção do magistrado sobre o processo, como segue:

Trata-se, com efeito, de atividade concernente ao poder instrutório do magistrado, imprescindível à formação de sua convicção, de que, inequivocamente, se faz instrumento; e à qual se agrega, em múltiplas e

²⁹ LOPES, Hálisson Rodrigo. **A verdade dimensionada nos sistemas processuais penais**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9699&revista_caderno=22>. Acesso em: 15 out. 2015.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 111.

variadas circunstâncias, aquela resultante do poder acautelatório, por ele desempenhado para garantir o desfecho do processo criminal³¹.

Dessa forma, o princípio da verdade real significa que o magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, quando não está contente com o que lhe foi apresentado, como é o exemplo dos artigos 209, *caput*, e 156, ambos do Código de Processo Penal, que dispõem:

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes³².

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante³³.

Destarte, a busca pela prova torna-se a efetivação da justiça, em cujo contexto inclui-se a intervenção do juiz durante a instrução do processo, a fim de garantir a paz social. Aliás, tal posição não se dá apenas no âmbito do processo penal, mas sim em todos os ramos do processo.

Um exemplo na aplicação deste princípio é o fato de o juiz determinar a produção de provas mesmo quando se trata de réu confesso. Isso baseado no cuidado de não colocar um inocente em cárcere privado, visto que sempre estão em jogo os interesses indisponíveis³⁴.

Ainda, a doutrina defende que ainda que não se busque uma verdade absoluta no processo, alguma verdade há que ser perseguida, e ela deve ser segura o bastante para sustentar uma decisão judicial, ou seja, apesar de não se ter uma verdade absoluta do caso concreto, mas apenas uma verdade aproximada dos fatos, o juiz precisa, de certa forma, ir em busca da verdade real para fundamentar sua decisão. Na linha do posicionamento adotado pela corrente que repudia a figura do juiz espectador, está Marco Antonio de Barros, que cita:

³¹ TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.66.

³² BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 10 set. 2015.

³³ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 10 set. 2015.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 113-115.

Mesmo num processo sustentando por uma visão garantista, não se pode declarar incompatíveis entre si a manutenção da imparcialidade e a participação ativa do juiz na instrução do processo. Com efeito, os “poderes do juiz” são manifestações do poder estatal que se confere ao julgador, com evidente característica de “poder-dever”, incumbindo ao magistrado zelar pelo fiel cumprimento. Aliás, esse poder-dever está nitidamente sublinhado na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, quando ali se faz o alerta no sentido de que o juiz deixa de ser um espectador inerte da produção de provas, sendo permitida a sua intervenção na atividade processual para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade³⁵.

Do mesmo entendimento compartilha Fernando Capez, o qual afirma ser dever do magistrado superar a desidiosa iniciativa das partes na colheita do material probatório, esgotando-se todas as possibilidades para alcançar a verdade real dos fatos como fundamento da sentença³⁶.

O princípio em comento também é discutido na esfera jurisprudencial, e, nesse caso, vale salientar a seguinte ementa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. 1. Preliminar, de nulidade por violação ao disposto no art. 212 do CPP. No exercício da atividade jurisdicional, somente o Juiz preside o processo, não havendo se falar em compartilhamento dessa função com as partes e seus representantes, máxime por se tratar do exercício de ato de soberania do Estado. Autoridade máxima do Juiz na presidência do processo, cabendo a ele o dever de buscar a verdade real e, por via de consequência, formular às testemunhas todas as perguntas que julgar pertinentes ao esclarecimento dos fatos, de modo a permitir a justa composição do conflito, dando a cada um o que é seu. [...] PRELIMINARES REJEITADAS. APELAÇÃO DEFENSIVA IMPROVIDA, UNANIME. APELAÇÃO MINISTERIAL PROVIDA, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70064917321, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Julgado em 30/07/2015)³⁷.

³⁵ BARROS, Marco Antonio de. **A busca da verdade no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010, p. 163.

³⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão que negou provimento ao recurso defensivo**. Apelação crime nº 70064917321. Segunda Câmara Criminal. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. 30 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70064917321%26num_processo%3D70064917321%26codEmenta%3D6432270+verdade+real++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70064917321&comarca=Comarca%20de%20Novo%20Hamburgo&dtJulg=30/07/2015&relator=Victor%20Luiz%20Barcellos%20Lima&aba=juris>. Acesso em: 17 set. 2015.

No decorrer do acórdão da ementa supracitada restou salientado que o julgador, como destinatário final da prova, tem sob a sua responsabilidade o dever legal e funcional de deferir a prova que entender pertinente ao deslinde do feito, bem como de indeferir aquela escancaradamente impertinente à solução da lide, para, ao final, no exercício de ato de soberania do Estado (a jurisdição), compor a lide de modo justo, dando a cada um o que é seu. Isso tudo alinhado ao princípio em comento, que justifica a atuação do juiz na solução do feito.

Pertinente destacar, nesse âmbito, a seguinte passagem da autora Ada Pellegrini Grinover, que se posiciona pela liberdade do juiz na busca da solução do conflito, com base na verdade ética, processual e constitucionalmente válida:

O princípio da verdade real, que foi o mito de um processo penal voltado para a liberdade absoluta do juiz e para a utilização de poderes ilimitados na busca da prova, significa hoje simplesmente a tendência a uma certeza próxima da verdade judicial: uma verdade subtraída à exclusiva influência das partes pelos poderes instrutórios do juiz e uma verdade ética, processual e constitucionalmente válida. Isso para os dois tipos de processo, penal e não penal. E ainda, agora exclusivamente para o processo penal tradicional, indica uma verdade a ser pesquisada mesmo quando os fatos forem incontroversos, com a finalidade de o juiz aplicar a norma de direito material aos fatos realmente ocorridos, para poder pacificar com justiça³⁸.

Diferentemente do que pode acontecer em outros ramos do Direito, nos quais o Estado se satisfaz com os fatos trazidos nos autos pelas partes, no processo penal o Estado não pode se satisfazer com a realidade formal dos fatos, mas deve buscar que o *ius puniendi* seja concretizado com a maior eficácia possível, de forma que deve haver uma verdadeira busca pela realidade dos fatos³⁹.

Sendo, portanto, a averiguação do caso a função do processo penal, não há como se negar que o trâmite processual deve caminhar no sentido para que se descubra como ocorreu o fato. E isso só é possível com a busca da verdade, a fim de se chegar a uma maior aproximação da realidade.

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** Ibccrim. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/busca/?tipo=&titulo=A+iniciativa+instrut%F3ria+do+juiz+no+processo+penal+acusat%F3rio+&autor=ada&conteudo=>>>. Acesso em: 18 out. 2015.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da verdade real.** Jusbrasil. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>>. Acesso em: 17 out. 2015.

1.3 A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JULGADOR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O tema da busca da verdade real e a breve análise sobre os sistemas processuais penais possuem estrita ligação com os poderes instrutórios do juiz, pois é com base neles que se autoriza a realização das diligências necessárias para tentar descobrir como os fatos realmente se passaram, a fim de que o *ius puniendi* seja exercido com efetividade em relação àquele que praticou ou concorreu para a infração penal.

Nota-se que a iniciativa instrutória por parte do juiz é bastante discutida, atualmente, no âmbito do processo penal. Nesse contexto, há diversos debates que dizem respeito à limitação dos poderes do julgador no curso da ação penal.

Com isso, vale destacar que desempenha o magistrado, no processo penal, a função de aplicar o direito ao caso concreto, vez que detém o poder jurisdicional. Assim, deve fazer atuar a lei e compor os interesses do acusador e do acusado até a decisão final⁴⁰.

A observância das normas de direito material interessa à sociedade, principalmente no âmbito processual penal, por isso, o Estado deve zelar pelo seu cumprimento, pois só assim se alcançará a paz social, exatamente pela correta atuação das regras imprescindíveis à convivência das pessoas.

Essa é a função social do processo e, nesse ponto, não é possível imaginar um juiz inerte, passivo e refém das partes. Ademais, não pode o juiz ser visto como mero espectador dos duelos judiciais. Portanto, se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, com a finalidade de atingir paz social, o juiz deve desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, vez que somente assim a jurisdição atingirá seu escopo social.

Aliás, por estar em jogo a segurança da sociedade é que a adoção do princípio da verdade real no processo penal tem como escopo fomentar no juiz um sentido de busca, contrário à passividade.

Nesse painel, o papel do juiz deve ser ativo, com intuito de estimular o contraditório e de suprir as deficiências entre os litigantes. Para isso, não deve se satisfazer com a plena disponibilidade das partes em matéria de prova. Com isso,

⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 542.

bastante inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados.

Sendo o juiz a pessoa a quem a prova deve ser dirigida, não há ninguém melhor do que ele para decidir se as provas trazidas aos autos são suficientes para a decisão final, ou não. Dessa forma, é imprescindível que o magistrado diligencie a fim de alcançar o maior grau de probabilidade possível quanto ao fato, pois quanto maior sua iniciativa na atividade instrutória, mais perto da certeza ele chegará⁴¹.

Por outro lado, há quem se posiciona de que a iniciativa instrutória judicial apenas deve ser efetivada quando constatada a possibilidade de se comprovar a inocência do réu, esta a posição de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Provas não requeridas pela defesa poderão ser requeridas de ofício pelo juiz, quando vislumbrada a possibilidade de demonstração da inocência do réu. E não vemos aqui qualquer dificuldade: quando se fala na exigência de igualdade de armas, tem-se em vista a realização efetiva da igualdade, no plano material, e não meramente formal. A construção da igualdade material passa, necessariamente, como há muito ensinam os constitucionalistas, pelo tratamento distinto entre iguais e desiguais⁴².

Depreende-se, assim, que, para o citado autor, a atividade judicial probatória só seria admissível em benefício da defesa, sendo vedada qualquer iniciativa que pudesse substituir ou complementar a atuação do órgão acusador.

Sob outra perspectiva, a iniciativa probatória pelo juiz em nada prejudica a sua imparcialidade. Por exemplo, quando o juiz determina a inquirição de uma testemunha não requerida pelas partes, ou solicita esclarecimentos de um perito, ainda não reconhece o resultado que a prova trará ao processo, nem sabe qual das partes será favorecida com tal situação.

O contrário, a iniciativa probatória pelo próprio julgador assegura o verdadeiro equilíbrio e a apuração mais completa dos fatos. Isso porque, ao juiz não importa que vença o autor ou o réu, mas a ele interessa que saia vencedor aquele que tem razão. Ainda que não atinja a verdade completa, a atuação ativa do juiz lhe facilitará, inegavelmente, o encontro de uma parcela desta.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** Ibccrim. Disponível em:

<<http://www.ibccrim.org.br/busca/?tipo=&titulo=A+iniciativa+instrut%F3ria+do+juiz+no+processo+penal+acusat%F3rio+&autor=ada&conteudo=>>>. Acesso em: 18 out. 2015.

⁴² OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 290.

Cabe observar, também, que a atividade do juiz não é ilimitada. Nessa linha, existem três balizas à iniciativa probatória pelo juiz, quais sejam: a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação e os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas.

O contraditório porque é a necessidade de as partes participarem da colheita de provas. Com isso, a participação das partes e do juiz na atividade instrutória é condição de validade das provas e não podem ser consideradas aquelas que não forem produzidas com a concomitante presença do juiz e das partes. A melhor maneira, portanto, de preservar a imparcialidade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas - as produzidas pelas partes e as determinadas *ex officio* pelo juiz - ao contraditório.

Outrossim, a iniciativa instrutória pelo juízo deve sempre ser fundamentada, como outra decisão qualquer, até porque a carência ou a ausência de motivação acarretam a invalidade da prova.

Por último, baseada na regra moral que rege toda a atividade processual, a impossibilidade da utilização de provas ilegítimas ou ilícitas. Conseqüentemente, a certeza buscada em juízo, pelas partes ou pelo juiz, deve ser ética, constitucional e processualmente válida.

Assim, para Ada Pellegrini Grinover não há razão para se retirar do juiz a iniciativa instrutória, pois a disponibilidade do direito material não influi sobre o processo que, como instrumento da função estatal, tem invariavelmente natureza pública e função social. O papel ativo do juiz na produção da prova não afeta a liberdade das partes, que podem renunciar, transigir, desistir. Mas a solução processual está nas mãos do juiz, que não pode por isso ser obrigado a satisfazer-se com a atividade instrutória das partes.

Ademais, o modelo acusatório (sistema processual penal vigente no Brasil para a autora) do processo penal não interfere nos poderes instrutórios do juiz. Suas características fundamentais são bem diversas. A separação nítida das funções de acusar, defender e julgar não demanda um juiz inerte e passivo⁴³.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório.** Ibccrim. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/busca/?tipo=&titulo=A+iniciativa+instrut%F3ria+do+juiz+no+processo+penal+acusat%F3rio+&autor=ada&conteudo=>>>. Acesso em: 18 out. 2015.

De forma contrária é a posição de Aury Lopes Jr, que defende que qualquer atuação por parte do juiz demonstra uma natureza inquisitória, como na citação a seguir:

A imparcialidade do julgador decorre, não de uma virtude moral, mas de uma estrutura de atuação. Não é uma qualidade pessoal do juiz, mas uma qualidade do sistema acusatório. Por isso a importância de mantê-lo longe da iniciativa probatória, pois quando o juiz atua de ofício, funda uma estrutura inquisitória⁴⁴.

Tem-se que, no sistema acusatório defendido pelo autor, as funções de investigar, acusar e julgar são divididas entre órgãos diferentes para que o juiz seja imparcial ao julgar. Assim, a produção de provas por parte deste ofende diretamente o princípio da imparcialidade.

Tal posicionamento revela que o juiz, através de seus poderes, deve-se manter o mais distante possível do caso, para que consiga continuar adotando postura imparcial. A partir do momento em que o magistrado intervém no processo, por exemplo, mediante o poder de iniciativa probatória, o mesmo acaba por tomar parte no andamento processual, sendo sua decisão imparcial prejudicada.

Porém, para Frederico Valdez Pereira, não há como se afirmar uma imediata violação do direito ao juiz imparcial ante o reconhecimento de poderes de ofício em matéria de prova, isso porque não se deve encarar o processo estritamente como coisa de partes, mas que pode sim levar ao resultado justo (valor intrínseco ao ordenamento jurídico), ao menos antevendo interesses públicos mais abrangentes como finalidade do interesse público. Nesse contexto, não é qualquer contato do juiz com o processo que se viola o princípio da imparcialidade⁴⁵. No mesmo sentido é a opinião de José Roberto dos Santos Bedaque, a qual vale a pena repassar:

Não me parece haver risco para a imparcialidade se o juiz assim proceder, desde que não o faça por motivos outros, escusos, esses sim ilegítimos. Se a atividade instrutória oficial destina-se simplesmente à formação do convencimento do julgador, que a determina em razão de verificar a existência, nos autos, de meios aptos à apuração dos fatos controvertidos, a iniciativa não compromete a imparcialidade⁴⁶.

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 176.

⁴⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 112-113.

⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011, p. 24.

Diz-se, ainda, que, quando os juízes com características inquisitoriais iniciam a busca de provas, estariam ignorando a existência do princípio do *in dubio pro reo*, pois, ao invés de adotar a posição de que, na dúvida, deve-se absolver o denunciado, estaria o juiz buscando provas para condená-lo⁴⁷.

Para Lênio Streck, a figura do juiz ativo acarreta diversos “problemas”, como discricionariedades, arbitrariedades e inquisitorialidades. Para o autor a possibilidade de o juiz instruir o processo vai de encontro a toda a busca pela democracia já feita e à luta pelos direitos fundamentais. Seguindo essa linha de raciocínio, refere que o sistema acusatório adotado atualmente condiz com a aplicação igualitária do direito, sendo a porta de entrada da democracia. Ademais, finaliza que, estando o juiz inerte, garante-se que não há, no processo penal, algum dono da prova.

Não só, o autor criticou a decisão do Supremo Tribunal Federal que, em *habeas corpus*, definiu que a determinação da produção antecipada da prova estava ao alvedrio do juiz, que pode ordenar a sua realização se considerar existentes condições urgentes para que isso ocorra. Sobre a referida decisão, referiu o autor que o mínimo que se espera é que seja bem fundamentado e passado pelo crivo do contraditório e ampla defesa⁴⁸.

No que tange a alegação de que o juiz, ao instruir o processo, estaria contaminado pelo sistema processual penal inquisitivo, importante lembrar que o magistrado, ao determinar a produção de uma prova não requerida pelas partes, não conhece o resultado que a diligência trará ao processo, tampouco tem ciência sobre a parte que restará favorecida em razão da sua produção. Desse modo, não há espaço para alegações no sentido de que, assim agindo, estaria o julgador entrelaçando as mãos com o órgão acusador.

A fim de afastar os argumentos de que o juiz, ao buscar provas, estaria unicamente procurando elementos para chegar a uma sentença condenatória, Guilherme de Souza Nucci apresenta uma hipótese em que é importante a iniciativa instrutória do julgador para que haja, também, uma absolvição:

Imagine-se que o réu narre, em seu interrogatório, ter viajado no dia do crime para o exterior. Ainda que a defesa, por esquecimento ou falha, não

⁴⁷ BALDISSERA, Rafael dos Reis. **O juiz como garantidor do processo penal**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15114>. Acesso em: 23 out. 2015.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 44-48.

produza prova nesse sentido, é preciso que o magistrado, em busca da verdade real, determine a expedição de ofício para a companhia aérea a fim de verificar a veracidade do informado pela acusado. A solução desse ponto poderá beneficiar tanto a defesa, quanto a acusação, confirmando ou desmontando o álibi oferecido⁴⁹.

Ainda, quanto à parte da doutrina que se alinha com o pensamento da autora Ada Pellegrini, há posição no sentido de que, mesmo que vigente o sistema acusatório, diante da Constituição Federal de 1988, não se pode negar que é possível uma iniciativa instrutória por parte do juiz sem interferir na estrutura deste sistema. Nesse sentido, vale destacar a seguinte passagem:

[...] estruturalmente, um sistema processual penal de índole acusatória não é, e não será, incompatível com o reconhecimento e concessão de poderes instrutórios ao juiz, desde que este sujeito processual não concentre, além da função decisória, também a função acusatória⁵⁰.

Aliás, seguindo esse pensamento, é de se referir que, mesmo que se entenda pela vigência do sistema acusatório, não se pode afirmar que toda e qualquer iniciativa instrutória do magistrado estaria proibida.

A Constituição Federal nada impede, muito menos fica implícito que a iniciativa probatória do juiz não pode ser realizada no âmbito processual, muito pelo contrário, a adoção do sistema acusatório nos moldes constitucionais apenas deixa evidenciada a divisão de poderes no processo penal, de julgar, defender e acusar, mas não dizem respeito às funções atribuídas ao juiz de buscar a certeza dos fatos e contribuir para o devido processo legal.

Nessa linha ressalta-se que as provas são produzidas pelas partes, que ditam a marcha processual, mas não é só, pois tanto a marcha processual como a produção de provas são atribuições do juiz. Diante disso, o sistema acusatório e o sistema inquisitivo não se caracterizam pela gestão da prova, mas pela repartição das funções dos sujeitos processuais. Portanto, a adoção do modelo acusatório não inibiu os poderes instrutórios do juiz⁵¹.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 368.

⁵⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 71.

⁵¹ BALDISSERA, Rafael dos Reis. **O juiz como garantidor do processo penal**. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15114>. Acesso em: 23 out. 2015.

Há que se mencionar, inclusive, que cada vez mais se reconhece a titularidade dos poderes instrutórios por parte do julgador “advversarial” (acusatório), sem que a estrutura original desse sistema seja abalada.

Os doutrinadores contrários à iniciativa instrutória do julgador associam-na à tradição inquisitória, especialmente ao seu dogma de verdade absoluta, que autoriza o magistrado a ultrapassar as restrições formais que o diferenciam das partes e a atuar exaustivamente na instrução, razão pela qual os limites à atuação oficial são vistos como obstáculos incômodos que devem ser transpostos em nome do ideal de verdade (vontade de verdade)⁵².

Ainda, no que diz respeito à discussão de que o magistrado estaria, no caso de intervir na busca de provas, baseado pelo sistema inquisitório, tem-se que há uma diferença básica, pois, neste sistema a iniciativa do magistrado é ampla e, no sistema acusatório, restrita.

Além disso, importante ressaltar a importância da ordem jurídica, porque não se concebe uma sociedade desprovida de uma ordem que direcione suas ações, situadas em dois polos: ações adequadas e ações valoradas negativamente pelo senso comum. Diante disso, é natural que exista o surgimento de formas de controle de comportamentos.

Além de outros meios, a ordem social é assegurada pelo estabelecimento de normas que guiam os comportamentos para aqueles padrões considerados pelas circunstâncias históricas, políticas ou culturais. A ordem jurídica, assim, traduz e assegura a ordem social.

Nessa linha vale ressaltar que o Estado, como estrutura organizada de poder e ação, desempenha a função de garantir entre os homens uma convivência ordenada de forma harmoniosa e segura, com o objetivo de manter a paz e a segurança jurídica. Seguindo isso, o direito penal surge como via de punição que será realizada pelo Estado no momento em que as demais formas de controle social se tornam ineficazes.

Assim, o *ius puniendi* (poder-dever de punir) é colocado em prática quando, no plano material, ocorre um fato que preenche os requisitos de uma conduta delituosa, sendo que a reestruturação da paz pública deve ser efetuada por quem

⁵² ARMBORST, Aline Frare. **A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

recebeu a delegação de tal. Tal poder, todavia, é ilimitado, uma vez que não é autoexecutável. E é exatamente nessa situação que recai a importância do processo penal para que o Estado exercite, de maneira louvável, o seu poder-dever punitivo. Aliás, é nesse aspecto que resta assegurada a liberdade jurídica do acusado, uma vez que a sanção penal só lhe será aplicada após o regular andamento do processo. Dessa forma, exerce o juiz a função jurisdicional.

E mais, sendo imprescindível que o processo penal esteja estruturado de forma regular e justa, não poderia ser diferente quanto à iniciativa instrutória, a qual encontra regras limitadoras com a finalidade de concretizar o ideal o Estado Democrático de Direito.

Examinando-se a legislação, tem-se como fundamento na busca da prova por parte do legislador, de um modo geral, o disposto no artigo 156, do Código de Processo Penal. Nessa senda, o legislador buscou espaço para que o juiz buscasse maiores esclarecimentos por ele considerados necessários para dirimir dúvidas sobre pontos relevantes. É baseado na confiança e na imparcialidade do magistrado que se imprime respeito quanto à condução processual efetuada por ele. Mas, necessário referir que, em razão do caráter democrático do processo penal, principalmente porque vigente a Constituição Federal de 1988, cabe aos sujeitos processuais a iniciativa probatória, originalmente, devendo atuar o magistrado no sentido de complementar o que já foi trazido aos autos.

Não só, doutrinadores que defendem a iniciativa probatória do juiz alegam que somente fere sua imparcialidade se as provas produzidas *ex officio* recaírem sobre suas fontes, ou seja, o juiz estaria diretamente ligado a essas provas. Ademais, essa corrente doutrinária afirma que a produção *ex officio* de provas não compromete a imparcialidade do juiz, visto que não se tem uma ideia aproximada a respeito das provas a serem vistas nesse parâmetro⁵³.

Com efeito, o juiz está sempre em busca da verdade, mesmo que seja ela relativa na maioria dos casos, para que torne e fundamente sua decisão de condenação ou absolvição. Sendo assim, o juiz não pode, em hipótese alguma, se contentar apenas com o que lhe é apresentando, uma vez que é imprescindível, para formulação de sua convicção, a tentativa de todos os meios possíveis pela busca da veracidade dos fatos, sendo esta esclarecida na iniciativa probatória.

⁵³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105-124.

Outrossim, como já referido, para parte da doutrina o advento da Constituição Federal de 1988 excluiu qualquer hipótese de produção de provas de ofício pelo juiz porque implementou o sistema acusatório no Brasil, contudo, mesmo atualmente, diga-se, em 2008, a reforma no Código de Processo Penal não excluiu a possibilidade da iniciativa instrutória do julgador.

Do contrário, na Lei 11.690/2008 o legislador não só ratificou a possibilidade da produção de provas *ex officio*, como também permitiu sua produção antecipada, por iniciativa própria do magistrado, antes mesmo do ajuizamento da ação penal, ou seja, ainda na fase de investigação⁵⁴.

Não é demais salientar, novamente, que a produção probatória de ofício pelo juiz não viola o sistema acusatório (para o caso dos defensores deste sistema), pois não está o magistrado substituindo as partes no processo penal, mas tão somente ordenando diligências no intuito de saber a realidade dos fatos.

Seguindo esse caminho, há que se referir que não existe razão para que se interpretem as normas constitucionais apenas em favor do réu. Por que dizer que seria o juiz imparcial no caso de tomar providências a fim de solucionar dúvidas no âmbito acusatório, porém, não o seria caso a situação fosse de absolvição? Tal raciocínio pode violar o princípio da isonomia processual, que também está previsto na Lei Maior.

Se não bastasse isso, muito importante salientar que, em que pese a existência de garantias ao réu, não se pode negar as garantias em favor da sociedade, como o direito à vida, ao patrimônio, à segurança e à honra, sendo que estas, da mesma forma, devem ser respeitadas. Nesse contexto, a sociedade possui interesse na punição, exercida pelo Estado, dos criminosos que atentam à ordem social, isso nas situações em que se possa provar a existência de responsabilidade criminal⁵⁵.

Com efeito, a prova assume um papel importante na distribuição da justiça deverá ser produzida em sua plenitude, observando os limites definidos no ordenamento jurídico para que o juiz, no momento de sua decisão, esteja convicto de que irá proferir uma decisão justa para a sociedade e partes processuais. Nessa

⁵⁴ ROCHA, Claudiceia do Nascimento. **A produção probatória ex officio pelo juiz frente ao princípio da imparcialidade e do devido processo legal**. JurisWay. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15035>. Acesso em: 24 out. 2015.

⁵⁵ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 453-455.

linha, os poderes instrutórios do juiz, que implicam numa maior participação ativa na colheita de provas, seria elemento primordial para difundir a decisão justa.

Não se admite, portanto, a posição de que o juiz, ao intervir no processo, estaria baseado pelo sistema inquisitório, isso porque a atividade exercida pelo magistrado não é livre, sempre deve respeitar o contraditório, a obrigatoriedade da motivação de suas decisões, bem como a licitude e a legitimidade das provas.

Dessa forma, a inércia do juiz representa certa ineficácia do Estado em promover a devida justiça, a qual é necessária, e, por isso que o ativismo é uma ferramenta, um dever ou, ainda, uma obrigação, que deve ser utilizada, pois o resultado do processo não interessa apenas às partes e ao juiz, mas, também, à sociedade. Com isso, o que se espera uma decisão justa, com o esgotamento de todas as provas a serem produzidas, independente de serem elas no âmbito da acusação ou da defesa⁵⁶.

⁵⁶ SALMEIRÃO, Cristiano. **Do procedimento probatório e do momento da sua produção com participação ativa do magistrado em busca da decisão justa no direito processual penal.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11325>. Acesso em: 25 out. 2015.

2. POSIÇÃO DO MAGISTRADO NA INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS

O primeiro cuidado de quem pretende conhecer a verdade deve ser o de não se influenciar por preconceitos de espécie alguma e procurar os acontecimentos com absoluta isenção e serenidade.

Hélio Tornaghi⁵⁷

Atualmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência divergem sobre como deve ser a posição do magistrado no momento da audiência de instrução. Nesse âmbito é discutido se o juiz deve se manter inerte na colheita da prova oral ou se é possível que instrua o processo fazendo suas próprias perguntas às testemunhas.

Essa discussão segue a mesma linha sobre as diversas opiniões existentes quanto à possibilidade de o magistrado produzir provas, ou seja, se há possibilidade de que o juiz ocupe uma posição ativa no decorrer do processo. Para analisar os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, necessário antes relembrar o que é a prova testemunhal e qual a sua importância no processo penal.

2.1 A PROVA TESTEMUNHAL

De acordo com sinalado no primeiro tópico do presente trabalho, o vocábulo verdade tem o sentido de exatidão, realidade, conformidade com o real. No processo, a meta da parte é convencer o julgador acerca de sua verdade e, conseqüentemente, de que a noção da realidade por ela apresentada é correta. Assim, por meio das provas carreadas ao feito, busca-se demonstrar que os fatos efetivamente se passaram como descrito na denúncia (ou queixa) ou nas peças elaboradas pela defesa do acusado.

Convencendo-se disso, o magistrado alcança a certeza necessária para proferir uma decisão de mérito, ainda que sua convicção esteja equivocada, o que se verifica quando a compreensão do julgador sobre os fatos discutidos no processo não corresponde à realidade. De qualquer sorte, para que seja prolatada uma sentença condenatória, exige-se que o julgador alcance um estado de certeza, não se podendo valer de mera probabilidade.

Todas as versões alegadas no decorrer do processo, portanto, devem vir consubstanciadas em provas, que têm como objetivo a reconstrução do fato.

⁵⁷ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 15.

Para isso, o Código de Processo Penal, mais particularmente no Título VII, determinou as regras que regulamentam a produção probatória no processo criminal, como os critérios a serem utilizados pelo magistrado na valoração dos elementos de convicção e ao ônus probante, bem como determinou os meios específicos de prova que poderão ser trazidas ao processo, capazes de orientar o juiz na busca da verdade dos fatos.

Uma vez que o Código de Processo Penal e as Constituições que o sucederam não estabeleceram critérios rígidos para o exame das provas no processo, conferiu-se ao juiz, salvo algumas exceções, a liberdade na formação de seu convencimento, sem prejuízo da necessária fundamentação de suas decisões, como dispões o artigo 93, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, a prova visa à formação do convencimento quanto aos atos, fatos e circunstâncias. Destina-se, dessa forma, ao magistrado, a fim de instruir a decisão de procedência ou improcedência da ação penal⁵⁸.

Para o termo prova existem três sentidos, quais sejam: o ato de provar, que é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do que foi alegado pela parte no processo; o meio, que se trata do instrumento pelo qual se demonstra o ocorrido; e o resultado da ação de provar, que é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato⁵⁹.

Nesse contexto, importante revelar que o rol dos meios de provas contidos no Código de Processo Penal não é taxativo. Assim, para que o estudo do caso se dê por completo, não se pode contentar-se apenas com o rol fixado no código, de forma que é necessária a inclusão de outras provas, como, por exemplo, as contidas em legislações extravagantes, desde que elas não contrariem o ordenamento jurídico⁶⁰.

Por objeto de prova compreendem-se os fatos que, influenciando na apuração da existência (ou não) de responsabilidade penal, são capazes de gerar dúvida no magistrado, motivo pelo qual se exige a devida comprovação.

Quanto aos fatos incontroversos, ao contrário do que ocorre no processo civil, não se dispensam as provas, inclusive, pode o juiz determinar no curso da instrução

⁵⁸ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 438-440.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 388-389.

⁶⁰ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 182-184.

ou antes de proferir sentença a realização de diligências para dirimir suas dúvidas. Tal fato não poderia ser diferente, até porque a própria confissão do réu não é suficiente para um juízo condenatório, de forma que se exige confronto com os demais elementos de prova angariados no processo, pois a simples contestação não possui força suficiente para elidir a produção probatória⁶¹.

Na lição de Mittermaier, a prova seria a soma dos motivos que geram a certeza sobre o ocorrido, imprescindível para a convicção o juiz, como segue:

Todas as vezes que um indivíduo aparece como autor de um fato, que é, por força de lei, de consequências aflitivas, e que se trata de lhe fazer a aplicação devida, a condenação repousa sobre a certeza dos fatos, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz⁶².

Ainda, para o autor “provar é querer, em substância, demonstrar a verdade e convencer o juiz, o qual para decidir há mister de adquirir plena certeza⁶³”. Destarte a prova é o elemento fundamental para a decisão de uma lide. Tem como objeto fato jurídico relevante, isto é, aquele que possa influenciar no julgamento do feito. Assim, não é qualquer fato que carece ser provado, mas sim, aquele que, no processo penal, possa influenciar na tipificação do fato delituoso ou na exclusão de culpabilidade ou de antijuridicidade.

Para que os fatos produzam efeitos jurídicos, é necessário que neles sejam empregadas normas jurídicas, ou seja, para que casos concretos produzam efeitos jurídicos, há a necessidade dos julgadores terem conhecimento de todos eles, para que possam empregar nestes casos normas do direito. Assim, a prova tem como finalidade permitir que o julgador conheça o conjunto sobre os quais fará incidir o direito.

No nosso Código de Processo Penal são admitidas todas as provas obtidas por meio lícito e não somente aquelas inseridas no Código de Processo Penal, porém, a fim de instruir o presente trabalho, vale um estudo mais aprofundado sobre a prova testemunhal.

A prova testemunhal exsurge como fundamento de grande parte das sentenças condenatórias e absolutórias proferidas em processos criminais de nosso

⁶¹ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 440-441.

⁶² MITTERMAIER, Carl Josef Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 2. ed, Campinas: Bookseller, 1997, p. 55.

⁶³ *Idem*.

país. Por essa razão é que não são raros os posicionamentos tendentes a questionar a credibilidade e a possível fragilidade deste importante meio de prova.

Nas palavras de Marcelo Batlouni Mendroni, “a prova testemunhal é, no fundo, o processamento dos dados elaborados pela mente humana a partir da captação de determinados fatos através dos sentidos”⁶⁴.

Para Nucci, testemunha é a pessoa que declara ter conhecimento de algo relacionado ao episódio objeto do processo, que pode confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob compromisso de ser imparcial e dizer a verdade⁶⁵.

Acrescenta Norberto Avena, ainda, que a testemunha, além de referir sobre o que sabe do litígio perante o juiz, pode depor sobre as suas percepções sensoriais a respeito do fato imputado ao acusado⁶⁶.

Há, também, o depoente informante ou declarante, que é a pessoa que fornece parecer acerca de algo, porém, não possui vínculo com a imparcialidade e com a obrigação de dizer a verdade. Desse modo, o informante não presta compromisso, motivo pelo qual não deve ser considerado como testemunha⁶⁷.

O capítulo VI, situado no Título VII do Código de Processo Penal, trata sobre a prova testemunhal e o artigo 202 desse mesmo dispositivo refere que toda pessoa pode testemunhar em juízo, sendo suficiente que o indivíduo possua condições de perceber os acontecimentos ao seu redor e possa narrar o resultado de suas percepções. Plenamente possível, portanto, arrolar como testemunha o inimputável, o interdito, o surdo, o mudo, etc. O que pode mudar, em certos casos, é o valor de cada depoimento a ser conferido pelo magistrado por ocasião da sentença⁶⁸.

Exclui-se, do rol testemunhal, a pessoa jurídica, porquanto a responsabilidade penal, salvo expressa disposição em contrário, concerne somente à pessoa humana (natural). Ilógico falar que uma pessoa jurídica esclareceria o fato, uma vez que inviável tomar suas declarações. Isso porque, a narração dos fatos supõe uma memorização de prévia percepção, fenômeno esse que é estrito e exclusivo da pessoa física.

⁶⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal: Estudo sobre a Valoração das Provas Penais**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 74.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 460.

⁶⁶ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 554.

⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Op. cit.**, p. 462.

⁶⁸ AVENA, Norberto. **Op. cit.**, p. 554.

Importante mencionar a possibilidade de um único depoimento ser suficiente para a decisão final, seja ela condenatória ou absolutória. Nesse sentido, não mais prevalece, no nosso ordenamento jurídico, o princípio de que um único testemunho seja desprovido de validade. Tudo depende da credibilidade que as palavras proferidas transmitiram ao juiz, dentro do livre convencimento motivado.

O que prevalece, portanto, não é o número de testemunhas efetivamente ouvidas em juízo, mas a credibilidade dos respectivos depoimentos e o critério de apreciação da prova utilizado pelo julgador.

A norma processual dispõe, ainda, que a testemunha irá prestar compromisso antes de expor suas declarações, devendo dizer a verdade. Trata-se do compromisso de dizer a verdade ou do juramento. Nessa linha, o magistrado possui o dever de compromissar o depoente, posto que deve informar que responderá por falso testemunho no caso de não relatar a verdade. Trata-se de uma formalidade legal que impõe à testemunha o dever jurídico de falar o que realmente sabe.

Com isso, vital que a testemunha seja compromissada, uma vez que é possível incorrer nas penas do artigo 343, do Código Penal. Quanto ao tema o Código de Processo Penal é claro no sentido de que a testemunha tem o dever de falar tudo o que sabe, independente de prejudicar outras pessoas⁶⁹.

Na atualidade, a definição de compromisso tem sido repensado, porque significa, praticamente, dizer que a testemunha não compromissada pode mentir, postura inaceitável na sociedade, dada a seriedade do processo penal. Assim, o instituto do compromisso não mais deveria ser considerado como o dever de verdade⁷⁰.

Sucedem que algumas pessoas, por fatores diversos, não prestam compromisso, sendo ouvidas como meros informantes ou declarantes, ainda que possam colaborar, igualmente, para a apuração da verdade. Tais indivíduos não são compromissados pelo magistrado em razão da relação que mantêm com o réu (laços de parentesco ou conjugais) ou por condições naturais, como os menores de 14 anos - em virtude da possibilidade de fantasiarem o que viram e sabem - ou os deficientes e doentes mentais que não têm o discernimento necessário para a validade exigida pelo compromisso, consoante disposto nos artigos 206 e 208 do

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 464-465.

⁷⁰ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 557-558.

Código de Processo Penal. Imperioso consignar que as citadas pessoas não estão impedidas de depor, todavia, por não serem compromissadas, suas declarações deverão ser apreciadas com reservas quando da valoração da prova na sentença.

Em outra dimensão, encontram-se aqueles proibidos de depor em razão de função, ministério, ofício ou profissão, que imponha o dever de sigilo. Trata-se de proteção ao sigilo profissional, mas que poderá ser dispensada, visto que o artigo 207 do Código de Processo Penal permite que esses profissionais prestem depoimento, desde que sejam desobrigados pelo interessado. É o caso, por exemplo, dos psiquiatras, psicólogos, padres, pastores, dentre outros profissionais que obtenham conhecimento dos fatos a partir do exercício das respectivas funções.

Tendo em vista que o juiz poderá valorar a prova testemunhal quase que deliberadamente, bem como pelo fato desta prova fundamentar a maioria das decisões judiciais em processos criminais, trata-se de um meio de prova dentre os mais criticados dentro do nosso mundo jurídico.

Por tais motivos é que para Aury Lopes Jr., está acentuada a crise de desconfiança sobre a credibilidade de tal prova, sendo “o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro e, ao mesmo tempo, a mais perigosa, manipulável e pouco confiável”⁷¹.

Eugenio Pacelli também discorre sobre o tema, afirmando que o conteúdo da prova testemunhal não corresponde à realidade:

Todo depoimento é uma manifestação do conhecimento, maior ou menor, acerca de um determinado fato. No curso do processo penal, a reprodução desse conhecimento irá confrontar-se com diversas situações da realidade que, consciente ou inconscientemente, poderão afetar a sua fidelidade, isto é, a correspondência entre o que se julga ter presenciado e o que se afirma ter presenciado⁷².

Para o autor, isso ocorre porque o sujeito que descreve durante a prova testemunha o seu conhecimento sobre o fato é o ser humano, possuidor de diversas potencialidades e inúmeras vulnerabilidades, tudo a depender das emoções e situações que estiverem diante de si. Desse modo, a verdade real tanto buscada nos trâmites processuais poderá não ser única e unânime. Trata-se, portanto de verdade relativa, dependente do sujeito que a estiver relatando.

⁷¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**, vol. 2, 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 656.

⁷² OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 412.

Concernentemente à análise valorativa da prova testemunhal, não há critério - legal ou científico - estabelecendo elementos norteadores para que o julgador proceda à avaliação da prova oral colhida em juízo. Contudo, doutrinadores como Adalberto José de Camargo Aranha sugerem que o magistrado, ao valorar os depoimentos obtidos em audiência, deveria estar atento a dois elementos: o sujeito da prova testemunhal e o conteúdo da narrativa.

Primeiramente, o julgador deveria observar a pessoa do depoente, social e psicologicamente, retirando fatores de maior ou menor credibilidade. Como fatores sociais, o precitado autor menciona os antecedentes pessoais, a profissão exercida e as condições essenciais para o seu exercício, a posição e o meio social, a educação, a postura etc. Entre os fatores psicológicos, estaria o estado emotivo revelado ao prestar depoimento, a sugestibilidade ou firmeza diante das perguntas, a idade etc.

Em seguida, o magistrado deveria examinar o conteúdo do depoimento prestado, fazendo observações sobre coerência ou incoerência, verossimilhança ou possibilidade de imaginação, inclusão de detalhes ou sua falta, concordância com elementos secundários do fato ou não, preparação ou espontaneidade, dentre outros⁷³.

Outro fato relevante sobre a prova testemunhal é quanto ao comportamento inquiridor daquele que faz as perguntas ao depoente. Tal situação é, muitas vezes, fator decisivo para a coerência ou não do relato prestado. Isso porque o responsável pela inquirição poderá formular suas perguntas visando a obter determinada resposta e, dessa forma, acabar influenciando na prova oral colhida.

Nesse aspecto é que entra a importância do juiz intervir, sempre que necessário, na condução do processo, nesse caso, mais especificamente na colheita da prova testemunhal.

De pronto o magistrado deve vedar a realização de questionamentos que possam induzir a resposta, não forem relacionadas com a causa ou se tratarem de perguntas repetidas, conforme preceitua o artigo 212⁷⁴, do Código de Processo Penal. Isso é cabível em razão do poder de fiscalização do julgador, que deve

⁷³ ARANHA, Adalberto Jose Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 187.

⁷⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 20 out. 2015.

conduzir o processo de maneira correra, com a finalidade de conter os abusos praticados pelas partes durante a inquirição.

Nesse contexto, a posição dos sujeitos processuais durante a inquirição das testemunhas encontra inegável importância, pois, como visto, a condução dos depoimentos poderá influenciar no resultado da prova oral a ser colhida.

Como já visto, a atuação do magistrado ao conduzir a prova testemunhal é fonte de diversas críticas, inclusive já citadas no capítulo anterior, vez que possui relação com os poderes instrutórios do juiz e com a busca da verdade real no processo penal. Diante de tal fato, importante, ainda, analisar a posição do magistrado durante o depoimento das testemunhas.

2.2 A ORDEM DOS QUESTIONAMENTOS NO PROCEDIMENTO DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS

A nova redação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal, operada pela Lei nº 11.690/08, buscou maior celeridade ao processo penal, alterando a matéria referente à colheita da prova oral. Com isso, a inquirição de testemunhas, atualmente, tem sido objeto de inúmeras críticas, uma vez que diz respeito à limitação da iniciativa probatória judicial. O citado artigo restou assim definido com a nova redação:

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.⁷⁵

Observa-se que houve nova forma de questionamento das testemunhas, não sendo mais necessária a “repergunta” pelo magistrado, implicando no abandono do antigo sistema presidencialista, sem embargo da possibilidade que assiste ao juiz em não admitir questionamentos irrelevantes ou impertinentes. Todavia, o que mais gerou discussão foi a criação do parágrafo único ao dispositivo que, em análise

⁷⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 16 jun. 2015.

literal, coloca o juiz em situação mais limitada. Diante da alteração do artigo, mais especificamente sobre o parágrafo único surgiram duas posições diferentes.

Em síntese, uma das posições justifica que o artigo visou preservar a essência do sistema acusatório, em que cabe ao magistrado fazer suas perguntas por último, no sentido de complementar o que já foi feito. A outra visão doutrinária refere que a redação atual do artigo não impediu o magistrado de realizar suas perguntas em primeiro lugar⁷⁶.

No sentido da segunda corrente, a alteração questionada não modificou o molde da inquirição das testemunhas, sendo crível que, normalmente, ainda é o magistrado quem começa a ouvir as testemunhas, permanecendo como presidente dos trabalhos e da colheita da prova. Nesse sentido, leciona Guilherme de Souza Nucci:

A nova redação dada ao art. 212 manteve o básico. Se, antes, dizia-se que "as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha", agora se diz que "as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha [...]". Nota-se, pois, que absolutamente nenhuma modificação foi introduzida no tradicional método de inquirição, iniciado sempre pelo magistrado. Porém, quanto às perguntas das partes (denominadas reperfuntas na prática forense), em lugar de passarem pela intermediação do juiz, serão dirigidas diretamente às testemunhas. Depois que o magistrado esgota suas indagações, passa a palavra à parte que arrolou a pessoa depoente.⁷⁷

O autor segue seu pensamento, ainda, referindo que apenas o sistema de inquirição feito pelas partes foi alterado e nada mais, de forma que o juiz, como presidente da instrução e destinatário da prova pode continuar abrindo o depoimento, formulando suas perguntas às testemunhas de acusação, de defesa, ou do juízo. Após isso, pode passar a palavra às partes. Ademais, ao final pode o magistrado, novamente, realizar perguntas, assim como sempre pôde, com a finalidade de esclarecer algum ponto obscuro ou incontroverso.

Importante analisar, ainda, outra referência feita por Guilherme de Souza Nucci, em que o autor refere que, mesmo após a reforma do Código de Processo Penal no ano de 2008, as partes não passaram a ter o domínio da audiência, sendo este um poder exclusivo do magistrado:

⁷⁶ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 572.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 512-513.

A pretensão de transformar o processo penal brasileiro no sistema americano ou partir para o acusatório puro é frágil e inadequada. Não se terá um novo sistema processual penal pela modificação de um único artigo do Código de Processo Penal. Olvida-se, afinal, poder o magistrado produzir tantas provas quantas ele desejar, de ofício, sem que nenhuma das partes manifeste interesse. Olvida-se que, no cenário das testemunhas, o juiz do feito pode arrolar quem bem quiser, sem prestar contas às partes. Enfim, o julgador, mesmo após a reforma de 2008, continua o presidente da instrução, não sendo cabível que se diga ser o último a perguntar. As partes não passam a ter o domínio da instrução ou da audiência; apenas reperguntam, isto é, dirigem indagações às testemunhas, quando não houver pergunta formulada pelo magistrado.⁷⁸

Em sentido contrário, é defendido que a iniciativa probatória do juiz, no caso de continuar questionando as testemunhas quando entender pertinente e não apenas no sentido de complementar a instrução criminal, implicaria na adoção do sistema inquisitorial, de modo que a acusação e o magistrado exerceriam a mesma função - a produção de provas. Esse é o pensamento do autor Aury Lopes Jr.:

Com relação à separação das atividades de acusar e julgar, trata-se realmente de uma nota importante na formação do sistema. Contudo não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora. (...) Fica evidente a insuficiência de uma separação inicial de atividades se, depois, o juiz assume um papel claramente inquisitorial. O juiz deve manter uma posição de alheamento, afastamento da arena das partes, ao longo de todo o processo (...) ⁷⁹.

Nesse sentido, essa corrente esclarece que o juiz se convence de uma decisão e após busca provas para fundamentá-la posteriormente.

Não muito diferente disso é a posição de Thiago André de Ávila, que defende que o artigo deve ser interpretado na sua literalidade, referindo, ainda, que seria absurda a interpretação no sentido que possibilita o juiz a questionar as partes em primeiro lugar. A finalidade dessa interpretação é instituir um sistema garantista, colocando o juiz em uma postura mais distanciada da responsabilidade de comprovar a prática da infração penal. O autor assim segue:

A interpretação deste dispositivo é literal e cristalina: as partes perguntam primeiro que o juiz, as perguntas feitas pelo juiz são complementares e facultativas. Para esta interpretação literal, basta analisar a seqüência das disposições: primeiro o caput autoriza as partes a perguntarem e, na

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 476-477.

⁷⁹ LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos de instrumentalidade garantista**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

seqüência, o parágrafo único autoriza o juiz a perguntar. Ademais, o parágrafo único utiliza a expressão complementação, de sorte que, para o juiz complementar algo necessariamente deverá haver os pontos não esclarecidos, decorrentes das perguntas formuladas pelas partes. Finalmente, o parágrafo único utiliza a expressão "poderá", indicando que a intervenção do juiz na produção da prova não é obrigatória mas facultativa, e apenas poderia ser facultativa se as perguntas fossem formuladas pelas partes⁸⁰.

Seguindo essa interpretação é definido, pelos autores que a seguem, que o país rompeu suas raízes com o sistema inquisitório.

Da mesma forma, Lênio Luiz Streck se posiciona pela leitura literal da nova redação do artigo 212 do Código de Processo Penal, criticando quem se alinha ao pensamento de que nova redação do dispositivo não deve ser interpretada na sua literalidade, assim esclarecendo:

[...] extremamente preocupante que setores da comunidade jurídica do Brasil (por todos, citemos Guilherme Nucci e Luiz Flávio Gomes), por vezes tão arraigados aos textos legais, neste caso específico ignorem até mesmo a semântica mínima que sustenta a alteração. Daí a nossa indignação: em nome de que e com base em que é possível ignorar ou "passar por cima" de uma inovação legislativa aprovada democraticamente? É possível fazer isso sem lançar mão da jurisdição constitucional?⁸¹

Por outro lado, vale destacar, também, o entendimento de Luiz Flávio Gomes, que defende a manutenção dos poderes probatórios do julgador no momento da prova oral, ou seja, que não há obstáculo para que o juiz continue realizando seus questionamentos mesmo que antes das partes quando entender pertinente, afirmando que a interpretação literal do artigo 212, do Código de Processo Penal, deve ser realizada com ressalvas:

A leitura apressada deste dispositivo legal pode passar a impressão de que as partes devem, inicialmente, formular as perguntas para que, somente a partir daí, possa intervir o juiz, a fim de complementar a inquirição. Não parece ser exatamente assim. Basta ver, por exemplo, a redação do art. 188 do CPP, a determinar que, no interrogatório, de início as perguntas são formuladas pelo juiz que, depois, consultará às partes se há algo a ser esclarecido. E mesmo a atual redação do art. 473 do CPP, que, no plenário do júri, determina a primazia do juiz de colher o depoimento da vítima e das testemunhas, para depois facultar às partes a formulação de perguntas.

⁸⁰ ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **A nova ordem das perguntas às testemunhas no processo penal**. BuscaLegis. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18818-18819-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2015.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias processuais penais?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 56.

Afrontaria mesmo nossa tradição conceder-se, desde logo, a palavra às partes, para que o juiz, por último, pudesse perguntar á testemunha.⁸²

Desviando-se um pouco da visão doutrinária, ressalta-se que a jurisprudência também discute e se posiciona sobre o assunto.

Nesse aspecto, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus nº 105538/GO, decidiu que não há violação do já referido dispositivo quando o juiz faz as suas próprias perguntas às testemunhas antes das partes formularem as suas, e, conseqüentemente, não há que se falar em nulidade do processo. Sobre isso, destaca-se um trecho do Relator Marco Aurélio:

Quanto à ordem de feitura das perguntas às testemunhas, o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal não se mostra peremptório ao prever que serão formalizadas pelas partes diretamente, podendo o magistrado complementar a inquirição. O fato de este último proceder, antes da veiculação das perguntas pelas partes, a indagações não atrai o vício de procedimento capaz de levar à nulidade do processo, mesmo porque difícil seria estabelecer o prejuízo.⁸³

Não é demais citar outra jurisprudência no mesmo sentido, isso porque se trata de assunto relevante e divergente. Assim sendo, cabe salientar que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o tema em questão, alegando, igualmente, que não há que se falar em nulidade quando não se demonstrar prejuízo no caso em que o magistrado formula perguntas antes das partes. Segue a decisão:

A nova redação do art. 212 do CPP dada pela Lei 11.690 /2008 permitiu a inquirição das testemunhas diretamente pelas partes, mas não extinguiu a possibilidade de o Juiz também formular diretamente perguntas. Dessa forma, não há falar em nulidade quando o Magistrado, primeiramente, inquire as testemunhas, principalmente se, como no caso dos autos, foi dada a palavra à defesa que, quando achou oportuno, formulou perguntas diretamente às testemunhas/vítimas. - Ademais, a jurisprudência desta Corte Superior posicionou-se no sentido de que eventual inobservância do art. 212 do CPP gera nulidade meramente relativa, sendo necessário, para seu reconhecimento, a manifestação oportuna e a comprovação do efetivo

⁸² GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 302.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que denegou a ordem de habeas corpus**. Habeas corpus nº 105.538/GO. Antônio Belamino da Silva e Daniel da Silva Oliveira Junior e outro (a/s). Relator: Min. Marco Aurélio. 10 e abril de 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21556379/habeas-corpus-hc-105538-go-stf>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

prejuízo, conforme o princípio do *pas de nullité sans grief*, previsto no art. 563 do CPP⁸⁴.

Aliás, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul também defende a tese de que a nova redação do artigo não retirou do magistrado o poder de questionar as testemunhas arroladas pelas partes. Nesse sentido, a ementa:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELA ESCALADA E PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. TENTATIVA. PRELIMINARES REJEITADAS. NULIDADE DA INSTRUÇÃO. ART.212 DO CPP. O art. 212 do CPP, com a redação dada pela Lei 11.680/08, permite que as partes façam perguntas diretamente aos que são ouvidos em audiência. Porém, tal faculdade não retirou do juiz a possibilidade de também questioná-las. NULIDADE DO AUTO DE AVALIAÇÃO INDIRETA. (...) PRELIMINARES REJEITADAS. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70060286317, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 27/08/2014)⁸⁵

Na presente decisão foi mencionado que não há vedação ao juiz de questionar aqueles que são ouvidos em audiência. No caso, foi permitido às partes formularem suas perguntas de forma direta às testemunhas, réus e informantes, cabendo ao juiz interferir quando não tiverem relação com a causa ou forem repetidas, não sendo mais exigível a participação do julgador para a realização de todos os questionamentos (reperguntas). Evidente que permanece ele com a possibilidade de inquirir e intervir, pois o juiz é quem preside a audiência e necessita de todo o esclarecimento possível acerca dos fatos.

Definido, portanto, que o fato do juiz questionar as testemunhas antes de passar a palavra às partes não infringe o disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal, mormente porque não foram suscitados prejuízos diante disso.

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que não conheceu o habeas corpus**. Habeas corpus nº 161.186/RJ. André Luiz Silva Gomes e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marylza Mainard. 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25043155/habeas-corpus-hc-161186-rj-2010-0018790-5-stj>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão de parcial provimento ao recurso defensivo**. Apelação crime nº 70060286317. Oitava Câmara Criminal. Relatora: Isabel de Borba Lucas. 27 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70060286317%26num_processo%3D70060286317%26codEmenta%3D5914670+70060286317++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70060286317&comarca=Comarca%20de%20Carazinho&dtJulg=27/08/2014&relator=Isabel%20de%20Borba%20Lucas&aba=juris>. Acesso em: 28 out. 2015.

Não só, outra decisão do mesmo Tribunal refere que, mesmo após o advento da lei que alterou o dispositivo que trata sobre a colheita da prova testemunha, não há que se falar em limitação ao poder instrutório do julgador, inclusive com o direito de questionar as testemunhas em primeiro lugar, não podendo ser considerado como acusador no processo, como se vê na seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. 1. PRELIMINARES. Pena-base. (...) Art. 212 do CPP. Embora a Lei 11.690/2008 tenha alterado a redação do art. 212 do CPP, possibilitando que as partes formulem suas indagações diretamente à testemunha, ao juiz é dado interferir nos questionamentos, nada impedindo que as argua primeiramente, sem que com isso esteja a imiscuir-se na função de acusador. Na hipótese dos autos, conquanto a magistrada monocrática tenha permitido à acusação perguntar diretamente às testemunhas, e, quanto à defesa, adotado o sistema anterior das reperguntas, no que diz com a vítima e uma das três testemunhas, não se observa prejuízo capaz de macular o ato. Preliminares rejeitadas. (...) PRELIMINARES REJEITADAS. APELO IMPROVIDO. CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL PARA FAZER CONSTAR QUE A CONDENAÇÃO TAMBÉM SE DÁ COM BASE NO INCISO VI DO ART. 1º DA LEI Nº 8.072/90. (Apelação Crime Nº 70057767113, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 27/08/2014)⁸⁶

Importante destacar da referida decisão que, assim como ocorria anteriormente, não há vedação legal à efetiva participação do magistrado na coleta da prova. Em contrário, a novel legislação explicitou que ao juiz, destinatário final de todos os dados de persuasão colacionados autos, é possibilitado, ao efeito de firmar sua convicção, tornar claro todo e qualquer ponto que entender obscuro. Inclusive, da leitura do artigo 212, do Código de Processo Penal, não é possível concluir que somente após as perguntas feitas pelo órgão do Ministério Público e pela defesa abre-se oportunidade para os questionamentos do magistrado. Afronta à lógica tal perspectiva, uma vez que nenhum prejuízo causará, a qualquer uma das partes, as inquirições que possa fazer o condutor da ação penal, logo ao início, porque, na relação processual, ocupa ele lugar diverso das partes, a elas se sobrepondo, em razão da função que lhe é atribuída no nosso sistema processual.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão em que foi negado provimento ao apelo.** Apelação crime nº 70057767113. Oitava Câmara Criminal. Relatora: Fabianne Breton Baisch. 27 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70057767113%26num_processo%3D70057767113%26codEmenta%3D5910211+70057767113++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70057767113&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Luiz%20Gonzaga&dtJulg=27/08/2014&relator=Fabianne%20Breton%20Baisch&aba=juris>. Acesso em: 28 out. 2015.

Ademais, o legislador, ao adotar redação semelhante à anteriormente existente, indicou que não tinha intenção de remanejar, modo peremptório e definitivo, o momento de intervenção dos envolvidos na cena judiciária, tanto assim o é, que manteve inalterados os artigos 188 e 473 do citado diploma, no que se refere ao procedimento do Tribunal do Júri. Aliás, no acórdão restou mencionado que na exposição de motivos que precedeu às reformas processuais contidas na Lei n.º 11.690/2008 constava que o objetivo da reforma era de agilizar o procedimento de produção da prova testemunhal – atendendo igualmente à exigência do contraditório mais efetivo – de forma que foi proposta a alteração do artigo 212, cabendo às partes a formulação direta de perguntas à testemunha, sem prejuízo do controle judicial e da complementação da inquirição pelo juiz.

Dessa forma, a modificação legislativa alcançou apenas o método de inquirição, com supressão da intermediação do magistrado em relação às perguntas. Por consequência, o fato de o julgador iniciar os questionamentos não enseja nulidade processual.

Outrossim, a iniciação dos questionamentos pelo magistrado não gera qualquer restrição ao direito das partes de formular questionamentos no momento próprio. É evidente que não há substituição das partes pela atuação do juízo e, muito menos, mitigação da partição das funções processuais que seria inerente ao sistema acusatório. Ainda, a redação do artigo não delimita, em qualquer hipótese, que o juiz somente possa formular perguntas após as partes, tendo deixado expressa apenas a faculdade do magistrado de complementar as indagações das partes.

É bom lembrar que a produção probatória tem por único objetivo auxiliar a formação do convencimento do órgão julgador, que, como bem se sabe, está obrigado a fundamentar suas decisões nas provas produzidas. Portanto, ainda que não fosse prevista, a atuação do magistrado em questões probatórias estaria constitucionalmente embasada como corolário da teoria dos poderes implícitos.

Ademais, questiona Vlamir Magalhães por qual motivo a ordem da inquirição de testemunhas não foi alterada em todas as disposições do Código, já que parte da doutrina insiste afirmar que a reforma da Lei teve como objetivo imobilizar os atos do juiz, como segue:

Se o objetivo do legislador era verdadeiramente alterar o sistema de inquirição para evitar ofensa a uma ilusória prerrogativa das partes, porque a ordem de todas as oitivas previstas na legislação processual não foi também alterada para ser iniciada por questionamentos das partes? Verifica-se que esta é apenas uma das questões que vagam sem resposta no mar de incongruências e aberrações em que flutua a tese defensora da "nova ordem".⁸⁷

Em verdade, a suposta prerrogativa das partes quanto à iniciação da inquirição é fruto de interpretação aditiva, isto é, que visa a incluir no texto legal aquilo que determinados setores almejam ver consagrado.

Noutro giro, ainda que se considerasse, hipoteticamente, que a ordem de inquirição foi alterada, é desarrazoada a afirmação de que eventual inobservância desta constitui nulidade absoluta, a ponto de tornar desnecessária a arguição imediata pela parte que se julga prejudicada e, sobretudo, a comprovação de efetivo prejuízo.

Para Guilherme de Souza Nucci não há que se falar em nulidade quando o juiz inicia os questionamentos às testemunhas, porém, o autor refere que, caso seja adotada a posição de que o magistrado deve realizar suas perguntas somente ao final da audiência, no sentido de complementar a instrução, a nulidade gerada quando o juiz perguntasse no início da audiência seria relativa, de modo que seria necessário que as partes demonstrassem algum prejuízo causado por tal ato. É defendido pelo autor que anular o processo por conta da discussão existente em torno do artigo 212 não seria razoável e nem estaria de acordo com a moderna visão do processo penal brasileiro, que busca a celeridade processual com a devida segurança⁸⁸.

Afora isso, complementarmente, é sabido que a divergência ocorre, igualmente, no que tange à busca de provas no processo penal de um modo geral, não apenas na questão da inquirição de testemunhas.

Diante disso, da mesma forma, há corrente no sentido de que o juiz, no caso de surgirem dúvidas sobre pontos relevantes no caso a ser julgado, pode buscar ou requerer a produção de provas, a fim de esclarecer pontos necessários para o devido julgamento. Tal posicionamento refere que, no caso da iniciativa probatória

⁸⁷ MAGALHÃES, Vlamir Costa. **A inquirição de testemunhas em audiências criminais**. JusNavigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19093/a-inquiricao-de-testemunhas-em-audiencias-criminais>>. Acesso em: 20 out. 2015.

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 478.

do magistrado, não se pode falar em aventura irresponsável, passando ao juiz o papel de acusador, tendo em vista que é dever deste corrigir o caminho a ser trilhado no processo, esclarecendo os pontos controvertidos que surgirem.

Ademais, não é proibido que o juiz queira realizar a inquirição de outras testemunhas que lhe pareçam úteis ou mesmo necessárias para o esclarecimento de pontos relevantes, com a finalidade de uma adequação fática, uma vez que é prática natural em razão da liberdade de provas e a iniciativa probatória realizada pelo juiz.

Todavia, para Marcos Alexandre Coelho Zilli, a instrução probatória feita pelo magistrado deve ser realizada com ressalvas, mais no sentido de complementar algo que já foi posto pelas partes, ou seja, que tenha a finalidade de dirimir dúvida que porventura surja. Não só, necessário que os atos realizados pelo juiz estejam todos motivados. Com isso, cumpre ao juiz indicar os fatos cujos esclarecimentos se façam necessários, pois assim estariam as partes munidas para a realização do contraditório e ampla defesa⁸⁹.

Nesse ponto, imprescindível destacar o posicionamento da autora Ada Pellegrini Grinover, que revela a necessidade de o juiz agir no momento em que observa a indispensabilidade da produção probatória, com o objetivo de esclarecer os fatos.

O juiz deve tentar descobrir a verdade e, por isso, a atuação dos litigantes não pode servir de empecilho à iniciativa instrutória oficial. Diante da omissão da parte, o juiz em regra se vale dos demais elementos dos autos para formar seu convencimento. Mas se os entender insuficientes, deverá determinar a produção de outras provas, como, por exemplo, ouvindo testemunhas não arroladas no momento adequado. Até as regras processuais sobre a preclusão, que se destinam apenas ao regular desenvolvimento do processo, não podem obstar ao poder-dever do juiz de esclarecer os fatos, aproximando-se do maior grau possível de certeza, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente acontecerá se o provimento jurisdicional for o resultado da incidência da norma sobre fatos efetivamente ocorridos⁹⁰.

Ainda nessa linha, tem-se que o impulso oficial do juiz não apresenta incompatibilidade com o sistema penal acusatório, uma vez que é direito conferido

⁸⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 180-181.

⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Ibccrim. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/busca/?tipo=&titulo=A+iniciativa+instrut%F3ria+do+juiz+no+processo+penal+acusat%F3rio+&autor=ada&conteudo=>>>. Acesso em: 18 out. 2015.

ao juiz ordenar diligências com a finalidade de buscar a solução das dúvidas que aparecerem, conforme dispõe o artigo 156, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 11.690/08.

Desse modo, a própria reforma processual penal realizada no ano de 2008 não restringiu os poderes do magistrado. Assim, a busca de provas com a finalidade de solucionar as dúvidas sobre pontos relevantes não é sinônimo de acusação, mas sim de uma providência necessária para chegar à verdade real, como realmente ocorreu o fato⁹¹.

Aliado a isso, imprescindível dizer que o juiz deve conduzir o processo a fim de alcançar elementos concretos para a produção da sentença, não se conformando apenas com presunções. Dessa forma, cabe dizer que o objetivo máximo é chegar à elucidação do fato, regendo-se pelo princípio da verdade real⁹².

Contudo, como já dito, trata-se de tema bastante discutido, de forma que há quem se posiciona no sentido de que o juiz, ao dar impulso oficial na busca de provas, estaria violando o princípio constitucional da ampla defesa. Nesse contexto, defende-se que o juiz já estaria convencido a uma específica solução do processo, buscando apenas argumentos para fundamentar a futura decisão, além de infringir, também, o princípio do contraditório⁹³.

Destarte, analisando-se os posicionamentos adotados, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, é possível verificar que não há consenso sobre o assunto, uma vez que se trata de um tema bastante debatido, atualmente. Por isso, é válida a pesquisa acerca da nova redação do artigo 212, do Código de Processo Penal, relacionando-se com a posição do juiz na colheita da prova oral.

⁹¹ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquemático**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 14-15.

⁹² *Ibidem*, p. 18.

⁹³ MARQUES JUNIOR, Carlos André. **A produção de provas pelo juiz na persecução penal**. Jusbrasil. Disponível em: <<http://carlosamju.jusbrasil.com.br/artigos/112295603/a-producao-de-provas-pelo-juiz-na-persecucao-penal>>. Acesso em: 18 jun. 2015.

CONCLUSÃO

Os sistemas processuais penais apresentam características próprias, a depender de como as normas e regras se relacionam dentro do ordenamento jurídico, de acordo com a política de Estado adotada. A partir disso, no Brasil, surgiu a discussão de qual o sistema vigente no país, se é o misto ou o acusatório.

Junto à discussão supracitada, os poderes instrutórios do juiz e a consequente busca pela verdade real também se tornaram pautas de debates. Até porque os três assuntos possuem ligações entre si.

Na área do direito processual penal, a busca pela verdade real – ou aproximação desta - representa o vínculo entre a reconstituição histórica dos fatos e o dever estatal de responder com a prestação jurisdicional justa e adequada às provas dos autos.

Assim, tendo como finalidade a efetiva produção de justiça e a segurança da paz social, não se pode cercear a busca da verdade, uma vez que é instrumento fundamental para que a justiça se concretize, pois não se concretiza a justiça antes de se buscar a verdade, posto que ambas complementam-se e são inseparáveis.

Embora existentes diversas posições contrárias à aplicação do referido princípio, com argumentos de que é impossível se encontrar a verdade real, imprescindível dizer que não haveria motivos para a existência do processo penal caso não se buscasse a verdade dos fatos, sobretudo porque o objetivo do processo penal é assegurar a justiça e obstar a prática de crimes, sendo crível, para isso, que se encontre a verdade real, ou, ao menos, se chegue ao mais perto disso.

Além disso, o princípio da verdade real possui relação com os poderes instrutórios do julgador, uma vez que, para e reconstruir o fato apurado no processo, deve haver diligências para esse fim.

Nesse âmbito, alinhado ao fato de que o juiz é a figura a quem a prova deve ser dirigida, tem ele o dever de decidir sobre a suficiência probatória para instruir sua decisão final, a fim de afirmar seu convencimento. E, sendo as provas insuficientes, o artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal, plenamente autoriza o juiz ampliar o conjunto probatório.

Duas correntes existem sobre a temática da participação do juiz na tarefa de apresentar provas, como já explanado no trabalho. Uma afirma que o juiz deve

manter-se inerte no momento da colheita de provas, porque se trata de atividade exclusiva das partes, ou seja, de quem alega, devendo o julgador apenas analisar o que já foi exposto nos autos. A outra defende a ativa participação do magistrado na atividade instrutória, alegando que, para que haja a justiça social, finalidade do processo, o juiz deve suprir qualquer lacuna existente nos autos, não podendo fechar os olhos quando necessária a produção de outras provas.

Quem se posiciona no sentido da primeira corrente alega que, na existência de dúvidas, deve ser aplicado, imediatamente, o princípio do *in dubio pro reo*. Contudo, este princípio não é ignorado por quem segue a corrente da iniciativa instrutória do julgador, uma vez que ele deve ser aplicado no momento em que, mesmo com a produção de todas as provas possíveis, não se pôde chegar a uma conclusão sobre o fato, de forma que se deve resolver o caso em benefício do acusado.

Nesse contexto, a colheita de provas pelo magistrado não obsta a sua imparcialidade. Isso porque não conhece o juiz o resultado da prova, e nem a consequência que tal prova trará ao processo, se favorecerá à acusação ou à defesa. Por isso não há que se falar que o juiz, ao produzir provas, estaria ocupando a função de acusar. Até porque, é dever imprescindível do julgador motivar toda e qualquer decisão.

Nesse ponto, há que se afirmar que o juiz deve fundamentar sua decisão, mesmo que seja pela busca da certeza de que o réu, por exemplo, não foi o autor do crime.

O único objetivo da produção probatória realizada pelo juiz é, portanto, de instruir o processo da forma mais coerente possível, reconstruindo os fatos e alimentando o contraditório, além de sanar as eventuais falhas dos litigantes. Tudo isso para que esteja convicto sobre o fato e o seu livre convencimento seja baseado na totalidade das provas apresentadas, afastando qualquer deficiência que possa interferir no seu livre convencimento.

Nesse passo, a iniciativa judicial do acusado não é ampla, posto que observa os limites doutrinários e legais, quais sejam: a observância do contraditório, a obrigatoriedade da motivação de suas decisões, bem como a licitude e a legitimidade das provas merecem ser absolutamente respeitadas pelo julgador, como já narrado.

A discussão continua no âmbito da prova testemunhal, a qual fundamenta a maioria esmagadora das sentenças prolatadas no nosso país, sendo, por isso, uma das provas mais criticadas pela doutrina, a qual refere que é prova frágil, em razão de que o juiz possui o poder de avaliá-la como quiser, pelo princípio do livre convencimento motivado.

E, dentro de tal discussão, um dos principais focos é a questão da ordem da realização dos questionamentos. A Lei nº 11.690/08 alterou a redação do artigo 212 do Código de Processo Penal, não sendo mais necessária a intermediação do magistrado no momento das perguntas. Porém, o ponto de discordância entre a doutrina e jurisprudência diz respeito ao disposto no parágrafo único do citado artigo, por não ter esclarecido o legislador sobre a real posição do magistrado, surgindo, com isso, mais de uma interpretação.

Por meio de uma interpretação alinhada ao disposto no artigo 156, inciso II e, também, baseando-se pela exposição dos motivos que culminaram com a referida alteração do artigo 212 do Código de Processo Penal, chegou-se a conclusão de que a intenção da alteração não foi de cercear ou reduzir os poderes do magistrado durante a inquirição das testemunhas, sendo crível afirmar que pode, o juiz, continuar realizando suas perguntas antes das partes. Ademais, o único objetivo da nova redação do artigo foi o da celeridade processual, dando o direito das partes realizarem os seus questionamentos diretamente às testemunhas.

Com efeito, a alteração dada na legislação em questão teve como escopo tão somente agilizar e aperfeiçoar a produção e a apreciação das provas no juízo criminal, não havendo modificação na ordem da inquirição das testemunhas.

Aliás, caso o objetivo do legislador fosse a alteração na ordem dos questionamentos ou, então, a redução dos poderes do magistrado, teria modificado, da mesma forma, a ordem do procedimento do Tribunal do Júri, ou, ainda, a proibição da iniciativa instrutória do juiz genericamente, o que não ocorreu. O próprio artigo 156, do Código de Processo Penal, foi objeto de alteração da lei em comento, sendo que a atuação de ofício do magistrado continuou possível, inclusive antes de iniciada a ação penal.

Outro exemplo é a redação do artigo 473, do Código de Processo Penal, que estabelece que o juiz deva inquirir as testemunhas por primeiro, no plenário do júri, sendo facultado às partes fazerem seus questionamentos posteriormente.

Dessa forma, sendo necessário que o juiz tenha esclarecimento total acerca do fato ocorrido, não se pode limitar sua atuação, principalmente no que tange a prova testemunhal. Aliás, o juiz, no processo penal brasileiro, nunca foi inerte na relação processual, isso porque sempre foi dada a possibilidade de o juiz aplicar a lei penal quando as provas carreadas no processo estiverem o mais próximo possível da verdade, a fim de que efetive a justiça. Dessa forma, inaceitável que o juiz seja apenas mero espectador do processo.

Cediço que o juiz deve conduzir o processo a fim de alcançar elementos concretos para a produção da sentença, não se conformando apenas com presunções. Dessa forma, tendo como objetivo máximo chegar à elucidação do fato, regendo-se pelo princípio da verdade real, plenamente cabível que o magistrado inicie seus questionamentos, ou, ao menos, suscite suas dúvidas complementando o que já foi questionado pelas partes.

A alteração dada pela Lei nº 11.690/08, portanto, não retirou o direito de o julgador perguntar às partes, com o intuito de elucidar o ocorrido, pois, mesmo que subsidiariamente, há a possibilidade de o magistrado fazer seus questionamentos para o fim de buscar a solução do conflito e assegurar a decisão mais justa às partes e à sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Adalberto Jose Q.T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARMBORST, Aline Frare. **A atuação instrutória do juiz no processo penal brasileiro à luz do sistema acusatório**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2008_2/aline_frare.pdf>. Acesso em: 25 out. 2015.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

ÁVILA, Thiago André Pierobom. **A nova ordem das perguntas às testemunhas no processo penal**. BuscaLegis. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18818-18819-1-PB.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2015.

BALDISSERA, Rafael dos Reis. **O juiz como garantidor do processo penal**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15114>. Acesso em: 23 out. 2015.

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

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5.ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru, SP: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 8. ed. Brasília: UNB, 1996.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 10 set. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão de parcial provimento ao recurso defensivo**. Apelação crime nº 70060286317. Oitava Câmara Criminal. Relatora: Isabel de Borba Lucas. 27 de agosto de 2014. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70060286317%26num_processo%3D70060286317%26codEmenta%3D5914670+70060286317++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70060286317&comarca=Comarca%20de%20Carazinho&dtJulg=27/08/2014&relator=Isabel%20de%20Borba%20Lucas&aba=juris>. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul. **Acórdão em que foi negado provimento ao apelo**. Apelação crime nº 70057767113. Oitava Câmara Criminal. Relatora: Fabianne Breton Baisch. 27 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70057767113%26num_processo%3D70057767113%26codEmenta%3D5910211+70057767113++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70057767113&comarca=Comarca%20de%20S%C3%A3o%20Luiz%20Gonzaga&dtJulg=27/08/2014&relator=Fabianne%20Breton%20Baisch&aba=juris>. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão que negou provimento ao recurso defensivo**. Apelação crime nº 70064917321. Segunda Câmara Criminal. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima. 30 de julho de 2015. Disponível em: <

http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70064917321%26num_processo%3D70064917321%26codEmenta%3D6432270+verdade+real++++&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70064917321&comarca=Comarca%20de%20Novo%20Hamburgo&dtJulg=30/07/2015&relator=Victor%20Luiz%20Barcellos%20Lima&aba=juris>. Acesso em: 17 set. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que não conheceu o habeas corpus**. Habeas corpus nº 161.186/RJ. André Luiz Silva Gomes e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marylza Mainard. 20 de março de 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25043155/habeas-corpus-hc-161186-rj-2010-0018790-5-stj>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que denegou a ordem de habeas corpus**. Habeas corpus nº 105.538/GO. Antônio Belamino da Silva e Daniel da Silva Oliveira Junior e outro (a/s). Relator: Min. Marco Aurélio. 10 e abril de 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21556379/habeas-corpus-hc-105538-go-stf>>. Acesso em: 17 jun. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da verdade real**. Jusbrasil. Disponível em: <<http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121915673/principio-da-verdade-real>>. Acesso em: 17 out. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Ibccrim. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/busca/?tipo=&titulo=A+iniciativa+instrut%F3ria+do+juiz+no+processo+penal+acusat%F3rio+&autor=ada&conteudo=>>>. Acesso em: 18 out. 2015.

LOPES, Hálisson Rodrigo. **A verdade dimensionada nos sistemas processuais penais**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9699&revista_caderno=22>. Acesso em: 15 out. 2015.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos de instrumentalidade garantista. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **A inquirição de testemunhas em audiências criminais**. JusNavigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19093/a-inquiricao-de-testemunhas-em-audiencias-criminais>>. Acesso em: 20 out. 2015.

MARQUES JUNIOR, Carlos André. **A produção de provas pelo juiz na persecução penal**. Jusbrasil. Disponível em: <<http://carlosamju.jusbrasil.com.br/artigos/112295603/a-producao-de-provas-pelo-juiz-na-persecucao-penal>>. Acesso em: 28 set. 2015

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal**: Estudo sobre a Valoração das Provas Penais. São Paulo: Atlas, 2010.

MITTERMAIER, Carl Josef Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 2. ed, Campinas: Bookseller, 1997.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Sistemas Processuais Penais**. Direitonet. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6193/Sistemas-Processuais-Penais>>. Acesso em: 03 out. 2015.

NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. **Processo Penal Brasileiro: Sistema acusatório ou inquisitivo garantista?**. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2690>. Acesso em: 14 out. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Curso de Processo Penal**. 15. ed, São Paulo: Atlas, 2012.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Iniciativa Probatória de Ofício e o Direito ao Juiz Imparcial no Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROCHA, Claudiceia do Nascimento. **A produção probatória ex officio pelo juiz frente ao princípio da imparcialidade e do devido processo legal**. JurisWay. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=15035>. Acesso em: 24 out. 2015.

RODRIGUES, Martina Pimentel. **Os Sistemas Processuais Penais**. Jusnavigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26262/os-sistemas-processuais-penais>>. Acesso em: 07 out. 2015.

SALMEIRÃO, Cristiano. **Do procedimento probatório e do momento da sua produção com participação ativa do magistrado em busca da decisão justa no direito processual penal**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11325>. Acesso em: 25 out. 2015

SOUZA, Carlos Murilo Laredo. **O processo não é um jogo**. JusNavigandi. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25889/o-processo-nao-e-um-jogo>>. Acesso em: 19 set. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.